

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

Београд
Година XLXI

Број
4-6

2014

UDK 347.7
ISSN 0354-3501



Sprovedeno od strane:

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH



The project is co-funded by
the European Union

Program
za pravne i
pravosudne
reformе
www.pravnareforma.rs



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 рецензената које одређује Редакција.

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

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

тел./факс: 3234-985

e-mail: udruzpip@eunet.rs

www.pravniciuprivredi.org.rs

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Графичка припрема

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

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
4-6

2014

САДРЖАЈ

ОСНОВНА ТЕМА

Мирко **ВАСИЉЕВИЋ**

Реформа права у привреди 13

ПРАВО ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Зоран **АРСИЋ**

Заступање акционара од стране банака које воде збирне или кастоди рачуне 35

Марко **РАЈЧЕВИЋ**

Регистрација пословних субјеката у Републици Српској 50

Вийомир **ПОПОВИЋ**

Право располагања удјелима друштва са ограниченом одговорношћу у праву Републике Српске 62

Илија **БАБИЋ**

Јавни бележник и јавнобележничке исправе – записници органа привредних друштава и овере њихових оснивачких аката 74

Таијана **ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ**

Регулисање прекограничних конверзија 89

Владимир САВКОВИЋ

Право Европске уније и учешће запослених у управљању
привредним друштвима – стање и перспективе. 114

Најаша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ

Одговорност директора за штету по Закону о привредним
друштвима. 130

Мирјана РАДОВИЋ

Појам уговора у име будућег друштва. 148

Јована ВЕЛИЧКОВИЋ

Начин утврђивања и правне последице неизвршења обавезе
додатне уплате 176

Јелена ТОДИЋ

Политика и акти организација Уједињених нација
о друштвеној одговорности компанија – људска права
и бизнис 197

СТЕЧАЈНО ПРАВО

Душица ПАЛАЧКОВИЋ

Стандард „правично суђење“ у стечајном поступку. 231

Марко РАДОВИЋ

Положај заложних („хипотекарних“) поверилаца
у стечајном поступку 245

ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛ

Најаша МРВИЋ-ПЕТРОВИЋ

Одговорност правних лица и предузетника по новом Закону
о прекршајима 261

Игор ВУКОВИЋ

Одговорност правног лица за кривична дела са последицом
смрти (*corporate manslaughter*) или тешке телесне повреде
према српском праву 273

ФИНАНСИЈСКА ТРЖИШТА

Рајнер КУЛМС

Биткоин – дигитална валута између приватног уређења
и регулаторне интервенције 288

Бранко ВАСИЉЕВИЋ, *Миона* ДЕЛИЋ

Агенције кредитног рејтинга на јединственом европском
финансијском тржишту 310

Срђан СТОЈИЛКОВИЋ

Намештање међубанкарских каматних стопа Либор и
Еурибор на светском финансијском тржишту и
потенцијалне последице на српско хипотекарно тржиште . . . 319

Дамјан ДАНИЛОВИЋ

Свјетска финансијска криза – лоше научена лекција
корпоративног управљања? Лоше одиграна улога државе?
Чињеница да банке увијек могу послужити као окидач
кризе? 340

Александра ВИШЕКРУНА

СТИЦАЊЕ И ПОНИШТАЈ СОПСТВЕНИХ АКЦИЈА – ИЗУЗЕТАК
ОД ОБЈАВЉИВАЊА ОБАВЕЗНЕ ПОНУДЕ ЗА ПРЕУЗИМАЊЕ? 356

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ

Доктрина строге саобразности код документарног
акредитива и меке клаузуле 372

Александар ЋИРИЋ

Споразум Светске трговинске организације о трговинским
олакшицама 390

Душанка ЂУРЂЕВ, *Синиша* ДОМАЗЕТ

Државна помоћ за железнички превоз као допринос
развоју одрживог транспорта у Европској унији 409

Јелена ПЕРОВИЋ

Искључење одговорности због немогућности испуњења
уговорне обавезе 429

Слободан НЕНАДОВИЋ

Гаранције према Јединственом трговинском закону САД. 445

Урош ЗДРАВКОВИЋ

Интерпретативна надлежност панела и апелационог тела у поступку решавања спорова пред Светском трговинском организацијом 462

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

Борис БЕГОВИЋ

Аргумент економске ефикасности у оцени концентрација: случај *AT&T* и *T-Mobile USA* 476

Душан В. ПОПОВИЋ

Појединачна изузећа од забране рестриктивних споразума у праву Србије 489

Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ

Реформа концепта (злоупотребе) доминантног положаја тржишног учесника 506

Ивана РАКИЋ

Примена прописа о контроли концентрација на структурне везе – осврт на предлог Европске комисије. 523

ПРАВО ОСИГУРАЊА

Нина ПЛАНОЈЕВИЋ

Нека питања у вези осигурања од одговорности за штете по здравље клиничких испитаника 537

Предрај ДЕДЕИЋ, Гордана ГАСМИ

Надзор у осигурању и релевантни модели у ЕУ. 553

Владимир ЧОЛОВИЋ

Обавеза обавештавања уговарача осигурања и осигураника као вид заштите потрошача 565

Слободан ИЛИЈИЋ

Правни положај композитног друштва у Србији. 580

Рок Фелицијан ПРИСТОВШЕК

Осигурање од лекарске одговорности у Словенији
и Србији 595

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 610

TABLE OF CONTENTS

MAIN TOPIC

Mirko VASILJEVIĆ

Reform of Law in Economy..... 13

BUSINESS ORGANIZATIONS

Zoran ARSIĆ

Institutional Representation of Shareholders 35

Marko RAJČEVIĆ

Registration of Business Subjects in Republic of Srpska..... 50

Vitomir POPOVIĆ

The Right of Disposition with Shares of Limited Liability
Company under Law of the Republic of Srpska..... 62

Ilija BABIĆ

Notary Public and Notary Public Documents – Records of
Commercial Organizations and the Verificaton
of the Memorandum of Associaton 74

Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ

Regulation on Cross-Border Conversions..... 89

Vladimir SAVKOVIĆ	
European Union Law and Employee Involvement in Managing Companies – Current Status and Perspective.....	114
Nataša PETROVIĆ TOMIĆ	
Liability of Directors for Damage according to Companies Act ..	130
Mirjana RADOVIĆ	
Defining Pre-Incorporation Contracts.....	148
Jovana VELIČKOVIĆ	
Method of Establishing and Legal Consequences of Failure to perform Additional Payment Obligation.....	176
Jelena TODIĆ	
Politics and Acts of United Nations Organizations Regarding Corporate Social Responsibility – Human Rights and Business ..	197

INSOLVENCY LAW

Dušica PALAČKOVIĆ	
“Fair Trial” Standard in a Bankruptcy Proceeding.....	231
Marko RADOVIĆ	
Status of Lien (“Mortgage”) Creditors in Bankruptcy Proceeding	245

COMMERCIAL CRIME

Nataša MRVIĆ-PETROVIĆ	
Liability of Legal Persons and Entrepreneurs in the New Misdemeanors Act.....	261
Igor VUKOVIĆ	
Corporate Criminal Liability for Manslaughter and Serious Bodily Harm in Serbian Law.....	273

FINANCIAL MARKETS

Rainer KULMS	
Bitcoin – A Digital Currency between Private Ordering and Regulatory Intervention	288

Branko VASILJEVIĆ, Miona DELIĆ	
Credit Rating Agencies at the Single European Financial Market	310
Srđan STOJILKOVIĆ	
Fixing Interbank Reference Interest Rates Libor and Euribor on the Global Financial Market and Potential Effects on the Serbian Mortgage Market.....	319
Damjan DANILOVIĆ	
Global Economic Crisis – an Unlearned Lesson of Corporate Governance? A Bad Role of a State? A Fact that Banks can Always Serve as the Source of Crisis?	340
Aleksandra VIŠEKRUNA	
Share Buyback and Cancellation of own Shares – Mandatory Bid Rule Exception?	356

INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW

Radovan D. VUKADINOVIĆ	
The Doctrine of Strict Compliance and Soft Clauses in Letters of Credit	372
Aleksandar ĆIRIĆ	
World Trade Organization Agreement on Trade Facilitation.....	390
Dušanka ĐURĐEV, Siniša DOMAZET	
State Aid for Rail Transport as Contribution to the Development of Sustainable Transport in the European Union.....	409
Jelena PEROVIĆ	
Exclusion of Contractual Liability due to Impossibility of Performance.....	429
Slobodan NENADOVIĆ	
Warranties under the U.S. Uniform Commercial Code	445
Uroš ZDRAVKOVIĆ	
Interpretative Competence of the Panels and Appellate Body in Dispute Settlement Procedure before World Trade Organization.....	462

COMPETITION LAW

***Boris* BEGOVIĆ**

- Efficiency Defense in Merger Control: the Case of AT&T and
T-Mobile USA 476

***Dušan V.* POPOVIĆ**

- Individual Exemptions from Prohibition of Anti-Competitive
Agreements in Serbian Law 489

***Sanja* DANKOVIĆ STEPANOVIĆ**

- Reform of the Notion of the Abuse of Dominant Market
Position by Market Participant 506

***Ivana* RAKIĆ**

- Application of Merger Control Rules to Structural Links –
a Review of European Commission's Proposal 523

INSURANCE LAW

***Nina* PLANOJEVIĆ**

- Some Issues Regarding Insurance from Responsibility for
Damage against Health of Clinical Research Subjects 537

***Predrag* DEDEIĆ, *Gordana* GASMI**

- Supervision in Insurance Area and Relevant Models in EU 553

***Vladimir* ČOLOVIĆ**

- Obligation of Informing the Contractor of Insurance
(Policyholder) and Insured as a Form of Consumer
Protection 565

***Slobodan* ILIJIĆ**

- The Legal Status of Composite Insurance Company in Serbia ... 580

***Rok Felicijan* PRISTOVŠEK**

- Medical Liability Insurance in Slovenia and Serbia 595

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 610

ОСНОВНА ТЕМА

др **Мирко ВАСИЉЕВИЋ**
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
председник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори
Србије

РЕФОРМА ПРАВА У ПРИВРЕДИ*

Резиме

У овом раду аутор анализира нека остворена ишћања стања и пер-
спективне реформе права у привреди у контексту односа државе и при-
вреде (вечита дилема колико команде а колико слободе, колико „видљиве
руке државе и невидљиве руке тржишта“). Аутор анализира: прво, оп-
шти дијагнозу стања права у привреди (констатишујући постојање кван-
титативна права, али не и квалитативна); друго, посебну дијагнозу
стања права у привреди (констатишујући снажну потребу реформе по-
реских пројиса, пројиса о раду, стечају, приватизацији, планирању и
изградњи, као и потребу уређења делатности слободних професија);
треће, стање регулативе јавног сектора привредне (констатишујући низак
ниво економских слобода овог сектора и парцијску зависност); чет-
врто, ишћање регулативе привредних друштва (констатишујући потре-
бу ширења правних форми привредних друштва и потребу одбацивања
институција који нису арсенал европског права, а не одговарају ни духу
нашег права) и, петом, ишћање заштитне инвестиционог (политичке и
правне вредности и посебно специфичности регулативе и потреба
заштитне инвестиционог на тржишту капитала).

Аутор закључује, коначно, да и поред промене карактера привред-
не регулативе (развој меког права и подруштвавање привредне регула-

* Рад је написан у оквиру вишегодишњег пројекта Правног факултета Универзитета
у Београду *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ – правни,
економски и социолошки аспекти* (2014).

тине) држава има кључну улогу у неопходној реформи права у привреди: регулаторна, мониторинг и развојна функција, чиме обезбеђује себи потребну позицију (дискрециони економски интервенционизам у спољној трговини, подстицај неразвијених подручја, подршка странишким фирмама и слично), с тим да таква регулатива буде у служби привреде, како би унапредила економску ефикасност, а не у служби политике, како не би била на услузи другим интересима, а не економским (што би последично водило социјализацији и неконкурентности привреде).

Кључне речи: привреда, реформа права, јавни сектор, привредна друштва, приватизација, заштитна инвестиција, стечај.

I Постављање проблема

Правни оквир привреде Србије већ двадесетак година креће се, судећи по свом формалном изгледу, тржишним водама. На том путу потребно је отклонити многе препреке и створити бројне претпоставке: промена својинског оквира (приватизација, реприватизација), нови институционални оквир, нова улога државе, промена законодавног оквира, пре свега. Како је стварање ових претпоставки и отклањање ових препрека праћено бројним отвореним питањима, то је овај поступак обележен изузетном дуготрајношћу и неконзистентношћу решења. Нема сумње да је опште струковно уверење да је привреди Србије потребан нови правни оквир у новом својинском и институционалном окружењу. Ипак, тражење тог правног оквира на овом путу праћено је бројним препрекама-заблудама.

Препреке-заблуде које представљају врхунац овог леденог брега свакако представљају: прво, доминација дужничке привреде и правни оквир чија је одлика у таквом окружењу заштита дужника уместо заштите повериоца; друго, партијска феудализација јавног сектора привреде који обавља делатност од јавног интереса; приватизација мотивисана идеолошким разлозима „тржишног фундаментализма“ (идеја да нерегулисана тржишта сама од себе могу да осигурају тржишни опоравак),¹ односно „либералног фундаментализма“ (Ф. Фукајама) – изведена са „погрешним средствима“ и „погрешним људима“; треће, непостојање чврстог правног оквира и арбитражност у његовој примени;²

1 Џозеф Штиглиц, *Слободан њад*, Нови Сад, 2013, стр. 9.

2 „Нећу да рушим Николићима викендице. Треба донети закон који ће омогућити легализацију бесправно подигнутих кућа на обали Саве, међу којима су и викендице породице председника Србије“, изјава министра грађевине Велимира Илића, „Блиц“, 22. јануар. 2014. године, стр. 1 и 4.

четврто, непоштовање усвојених правила чак и од стране саме државе која њихову примену треба да гарантује; пето, пресађивање („правни транспланти“) правних правила других правних култура који немају „корен“ у култури нашег друштва, а тиме ни претпоставки за успешно функционисање; шесто, слабост постојећих институција и некритичко пресађивање или калемљење институција из другог окружења које имају слабе гаранције успеха у новом окружењу; седмо, утицај снаге традиције и тиме владавине људи (политичких и политички организованих са благословом партијске државе) уместо владавине објективног права; осмо, укључивање државе у тржишну игру или чак и мењање правила те игре у току саме тржишне утакмице у корист „својих“ клијената (чиме, уместо да буде слуга тржишних субјеката, постаје њихов пристрасни господар); девето, „олако обећана брзина“ доношења свакојаким прописа, чија је мисија контроверзна и као појам и као порука (чиме се компромитује и сама идеја права и код привредних субјеката ствара осећај креирања слободе – применити или не применити закон); десето, замена места законодавне и економске слободе, тако да држава, уместо афирмације слободе привредних субјеката (економске слободе),³ афирмише слободу законодавца⁴ (уместо „где год нађеш згодно место, ту дрво посади“ дешава се „где год помислиш да постоји правна празнина, ту закон донеси“). Није овде крај препрека-заблуда нашег привредноправног оквира (а како би само било добро да јесте!), али и ово је превише.

Компромисијација идеје закона мора бити отклоњена добрим промишљањем потребе доношења новог закона (шта се законом жели постићи), односно постојање економских услова за примену закона.⁵ Олако стварање, у принципу, лошег права осим што компромитује и саму идеју права, ствара системске претпоставке за раскорак нормативног (прописаног) и стварног (фактичког), који је у нашој животној збиљи и иначе изузетно висок и, чини се, неотклоњиво утемељен. Ово

3 На традиционалној листи фондације „Херитиц“ и пословног дневника „Вол стрит џорнал“ индекс економских слобода за 2013. годину у Србији износи 59,4, чиме у свету заузима 95. место (земље на ранг листи од 91. до 151. места оцењују се као економски углавном неслободне). У односу на земље бивше СФРЈ, Србија је једино испред БиХ (101. место). Македонија је рангирана на 43. место, Црна Гора на 68. место, Словенија на 74. место и Хрватска на 87. место. Вид. „Политика“, 15. јануар 2014. године, стр. 11.

4 Петар Ивановић, „Питање ефикасности у праву и економији“, у: Веселин Вукотић *et al.* (уредници), *Економија и њраво*, Институт друштвених наука, Београд, 1998, стр. 258.

5 Пример закона за који не постоје економске претпоставке примене свакако представља Закон о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама (*Службени гласник РС*, бр. 119/2012). Вид. Мирјана Радовић, „Нови правни режим рокова измирења новчаних обавеза из трговинских уговора“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2013, стр. 241–266.

је случај чак и са добрим правом, с обзиром на то да санкције често изостају или да не постоје економски услови за њихову примену, што додатно еродира функцију права уопште и у привреди посебно. Кад се овом дода и изузетно висок степен брзине амортизације наших прописа (закони који уређују привредна друштва трају у просеку око пет година, закони који уређују приватизацију трају свега неколико година, закони који регулишу стечај такође трају највише неколико година, што важи и за процесне прописе), онда није ни чудо што је ауторитет права на недозвољиво ниском нивоу. Склапању овог беоцуга нека буду додате и још *две наше одреднице*: прва, спорост извршења судских одлука или у нетолерантној мери и неизвршивост судских одлука (врхунац компромитације и права и органа који право примењује!); друга, ослобађање одговорности или повољнији правни третман субјеката који повређују право у односу на субјекте који право примењују (ослобађање од плаћања камата или репрограм дуга без обавезе плаћања камата или делом и ослобађање од обавезе плаћања неплаћеног дуга – чест случај поступка државе према пореским неплатишама или поступања јавних предузећа према неплаћеним обавезама за извршене услуге или испоручену робу).

Претпоставка свих претпоставки ефикасне и конкурентне привреде је ефикасно и конкурентно право. Неефикасна и неконкурентна економија неминовно води и неслободној и зависној држави, а неефикасно и неконкурентно право стоји у самим темељима такве економије. Економски закони имају смисла само ако штите економске слободе, слободе привредних субјеката (индивидуалних и колективних), као и ако обезбеђују светост два основна правна института без којих нема било какве економије, а поготову конкурентне: својина (статика привредног живота) и уговор (динамика привредног живота).

Претпоставка свих претпоставки потребне реформе права у привреди је претходно опредељење привредне стратегије, односно економске политике. Тренутно се у Србији расправља о *нацрту Стратегије реиндустријализације*, коју је припремио владин Национални савет за привредни опоравак. Србија иначе не оскудева у оваквим стратегијама и према неким изворима за последњих дванаестак година било их је 107, чему треба додати још око 200 обнародованих на покрајинском и локалном нивоу. Ипак, све су углавном биле неуспешне и чак штетне (не само са становишта трошкова израде, већ и резултата такве економске политике).⁶ Србија већ дуго пати од недостатка сопствене акумулације, а у таквим условима „губи смисао свака расправа о развојној стратегији“, с обзиром на то да се ниједна земља не може успешно развијати без

6 Тако Љубомир Маџар, „Стратегија и ограничења“, *Политика*, 25. децембар 2013. године, стр. 24.

сопствене акумулације.⁷ У таквим околностима сасвим су на месту упозорења да је „највећи проблем са Стратегијом реиндустријализације што, иако се понекад позива на неке нове концепте, она заправо представља жал за неповратном прошлошћу“ и практично је реквијем за стару индустрију, а Србији треба визија и стратегија развоја, која се мора одредити за освајање нових светских знања и тржишта, а не за реиндустријализацију.⁸

II Општа дијагноза стања права у привреди Србије

Преиспитивање и улоге тржишта и улоге државе (тима и права) у привреди одавно је отворена тема. О овој дилеми Штиглиц каже: „Показало се да је доктрина ‘тржиште је најбољи регулатор’ – лажна. Сви су хтели *минимум државној регулацији* и направили су штету од које је страдао цео свет. Регулација је врло важно јер се одражава на целу глобалну економију. Нисам оптимиста да ћемо нешто изменити. Зашто? Зато што постоје *интересни кривови који су инсистирали на дерегулацији* и на томе зарадили велики новац који су потом улагали у политичке процесе. Они можда нису тако добро инвестирали у обрт и некретности, али су добро уложили у политику и добили не само мере против регулација, већ и огромну помоћ банкама у кризи. *Сада покушавају да тај капитал искористе да сирече регулацију.*“⁹ А не треба заборавити да су кључне економске категорије у САД створене уз помоћ државе – интернет, медицина и многе друге. Оне се после обраћају приватним финансијерима, али катализатор је држава. У перспективи се мора решити питање како наћи *баланс интереса тржишта и државе.*“¹⁰ Да је Штиглиц био у праву, доказ је Светски економски форум у Давосу

7 Љ. Маџар, *нав. чланак*, стр. 24.

8 Вид. Кори Удовички, „Реквијем за стару индустрију“, *Политика*, 20. новембар 2013. године, стр. 27.

9 „Они који говоре у корист дерегулације – и настављају да то чине упркос очигледним последицама – тврде да трошкови регулације премашују губитке.“ Ипак „дanas, након слома, скоро свако каже да постоји потреба за регулацијом – или барем за више регулације него што је постојало пре кризе“. Тако: Џ. Штиглиц, *Слободан њад*, стр. 38 и 43.

10 Џозеф Штиглиц, „Интервју“, *Политика*, 6. јул 2009. године, стр. 3. „Државе треба да имају одређену улогу не само у спасавању привреде када тржишта погреше, него и у регулацији тржишта да би отклониле одређене врсте тржишних недостатака које управо преживљавамо. Привредама је потребна равнотежа између улоге тржишта и државе – са значајним доприносом нетржишних и невладиних институција. У последњих двадесет пет година, Америка је изгубила овај баланс и наметнула је небалансирани приступ између тржишта и државе и остатку света.“ Тако: Џ. Штиглиц, *Слободан њад*, стр. 8.

(2010), посвећен „будућности капитализма“, који управо закључује да је „вишак њројиса узрок кризе“, те да „креатори светске економске политике чине фундаменталну грешку кад мисле да могу дизајнирати строжу финансијску регулацију којом ће избећи настанак неких других непредвидивих и нежељених последица“.¹¹

Квалијетет сиварања њрава за њојребе њривреде у Србији, у контексту правних вредности (попут правне сигурности, владавине права, правде и слично), осим номотехничких и језичких недостатака, посебно одликују: 1) „покрет правне трансплантације“ који, уз разумљиве потребе индиректне хармонизације права на овој основи, често води разним полурешењима или решењима која, са становишта локалне правне културе и правне традиције, нису прихватљива (то је посебно случај са некритичким прихватањем бројних института англосаксонског права у континенталном праву и пракси); 2) прихватање концепта „дерегулације“ („гиљотина прописа“ или институција са пуно злурадости названа „СРП“, како говори извршна сфера власти), нарочито у пословноправној сфери или новог концепта регулације тзв. меким правом (*soft law*), као да је хармонија друштвених односа на таквом нивоу да, марксистички речено, право може да почне да „одумире“; 3) повреда принципа важења закона у времену при самом доношењу прописа (ретроактивност права);¹² 4) хипертрофија прописа, као контратежа „дерегулацији“ и као својеврсна компромитација права, проистекла из уверења да све треба регулисати, без стварне намере примене, како би се у правној свести грађана произвео синдром „засићености правом“; 5) правни неред (и на плану субјекта стварања права и на страни правне хијерархије – мењање закона уредбама Владе или доношење уредби уместо закона, као и „креативно мењање“ закона или уредби ставовима управе која примењује прописе); 6) нестабилност прописа и кратко временско важење (изузетно брза амортизација прописа) са честим променама, што праву одузима ауторитет.

Квалијетет њрмене њрава у њривреди, у контексту правних вредности (уз апстраховање утицаја који на то имају сам квалитет права и

11 Вид. Славиша Тасић, „Вишак прописа узрок кризе“, *НИН*, бр. 3085, 11. фебруар 2010. године, стр. 26–29; Хасиба Хрустић, *Свејска финансијска криза и државна интјервенција у одабраним земљама*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2009.

12 Слободан Перовић, *Ретјроактивностј закона и друјих ојишјих акајша*, Београд, 1984; Глигорије Гершић, „Теорија о повратној сили закона – правничка студија“, *Право и слобода*, 1994, стр. 71–77. „Други вид нарушавања постојаности закона који Макијавели одбацује јесте доношење закона са повратном снагом који руше правну сигурност и задиру у човекову слободу и урачунљивост.“ Коста Чавошки, *Макијавели*, Нови Сад, 2008, стр. 211.

узроци који су свакако у општој равни и у сфери кризе државе, кризе судства, кризе демократије), такође одликује посебно: 1) неједнако поступање у једнаким случајевима, односно различито поступање у различитим случајевима несразмерно мери различитости; 2) невезаност правом органа који примењују право;¹³ 3) давање примата целисходности (сврсисходности) у односу на правну сигурност и правду и онда када то правила решавања сукоба ових антиномија идеје права не налажу; 4) злоупотреба права.¹⁴

Међународна банка за обнову и развој и Светска банка сваке године рангирају земље по квалитету регулације из једанаест праћених области. Србија је за 2013. годину на овој листи заузела 86. место, али се појединачно посматрано у неким областима налази далеко испод овог ранга или далеко изнад. Реч је о следећим областима регулативе: 1) компанијска регулатива која се односи на улазак у посао (избор организационе форме) – Србија заузима 42. место; 2) регулатива система дозвола и сагласности – Србија је на 179. месту; 3) регулатива добијања електричне енергије – Србија је на 76. месту; 4) регулатива запошљавања радника (због специфичности недостаје рангирање); 5) регулатива регистрације својине – Србија је на 41. месту; 6) регулатива добијања кредита – Србија је на 40. месту; 7) регулатива заштите инвеститора – Србија је на 86. месту; 8) регулатива плаћања пореза – Србија је на 149. месту; 9) спољнотрговинска регулатива – Србија је на 94. месту; 10) регулатива принудног извршења уговора – Србија заузима 103. место; и 11) регулатива која се односи на окончање посла (престанак организационе форме за обављање посла) – Србија је, такође, на 103. месту.¹⁵ У овом извештају се посебно констатује да је Србија учинила видан напредак у области принудног извршења уговора и материји стечаја (иако у обе области и даље има ниско 103. место), као и у области отпочињања

13 Илустративан пример јесте стечај четири раније водеће српске банке (Беобанка, Београдска банка, Инвестбанка и Југобанка – „Четири чудна стечаја“) налогом извршне власти након „октобарских промена“ 2000. године, по методу неореволуционарне власти (2002), иако су у том моменту имале потраживања далеко већа од дуговања (формалноправно нису били испуњени услови за стечај), што је касније потврђено извештајем надзорне Агенције за осигурање депозита. Вид. „НИН“, бр. 3051, 18. јун 2009. године, стр. 17-18. „Трећи вид повреде законитости који Макијавели осуђује јесте доношење закона који се не поштује... лош пример даје онај ко не поштује донети закон, поготову ако је то онај који га је донео.“ К. Чавошки, *нав. дело*, стр. 211.

14 О злоупотреби права посебно вид. Владимир Водинелић, *Такозвана злоупотреба људских права*, Београд, 1997.

15 Вид. World Bank and the International Finance Corporation, *Doing Business 2013, How to Reform, Comparing Regulation in 175 Economies*, 2013, стр. 192 (даље у фуснотама: *Doing Business 2013*).

пословања (солидно 42. место пре свега због симболичног минималног капитала за оснивање друштва са ограниченом одговорношћу).¹⁶

Далеко испод свог укупног ранга квалитета регулативе за инвестиције Србија већ дуже времена и даље има регулативу која се односи на дозволе и сагласности и регулативу плаћања пореза. Ниско рангирање (далеко ниже од општег индекса рангирања) и поред значајног напретка у односу на ранија рангирања и даље је у области регулативе окончања бизниса (стечај) и принудног извршења уговора. Србија свакако мора да учини још много на општем плану унапређења квалитета своје регулативе за инвеститоре, како би подигла свој ранг, који се не може укупно гледано оценити тако лошим, посебно у поређењу са неким другим земљама у окружењу. Србија, међутим, посебно мора да унапреди своју регулативу која се односи на ове четири области, где значајно заостаје за општим просеком своје инвестиционе регулативе. Најлошије место регулативе критеријума дозвола и сагласности сведочи о високом степену бирократизације државне и локалне управе, као и високом степену њене регулације, што повлачи и висок ниво корупције и нетранспарентности. Дебирократизација и дерегулација државне и локалне управе, као и мере транспарентности (јавности), неодложни су императив њеног реформисања. Дуга процедура стечаја и високи трошкови, и поред похвала на том плану ефеката новог Закона о стечају, нису препорука за инвеститоре, те је такође потребно на том плану учинити у реформи закона и праксе знатно више, како би се положија поверилаца у овом поступку учинио извеснијим, што не би унапред одвраћало инвеститоре од улагања. Исто се може рећи и за процедуру принудног извршења уговора, где и поред значајног унапређења, мора бити још скраћивања рокова и више предвидивости (да њом влада само право, а не зависност од извршне власти или изазови корупције)¹⁷ и са мање трошкова. Ово, наравно, важи и за судско,¹⁸ арбитражно и медијацијско решавање привредних спорова. Коначно, због ниског рангирања по-

16 *Ibid.*, стр. 142.

17 Светска банка и Међународна банка за обнову и развој констатују да за сузбијање ове појаве није довољно само повећање плата судија, већ предлажу и додатне мере: прво, коришћење компјутерских софтвера у распореду предмета судијама; друго, увођење обавезе годишње пријаве имовине судија; треће, увођење транспарентног и објективног система селекције судија, и, четврто, публиковање случајева корупције судија, што би уверавало у озбиљност државе у вези с искорењивањем корупције. Вид. World Bank and the International Finance Corporation, *Doing Business 2007, How to Reform, Comparing Regulation in 175 Economies*, 2006, стр. 51–52 (даље у фуснотама: *Doing Business 2007*).

18 Интересантно је да Светска банка и Међународна банка за обнову и развој констатују да у земљама у којима постоји специјализовано привредно судство или специјализована привредна одељења у редовним судовима решавање привредних

требно је и посебно унапређење и регулативе наплате пореза (мудрије пореске стопе руковођене потребом што ширег пореског обухвата, како би се смањило превисок ниво тзв. сиве економије и висок проценат избегавања плаћања пореза, с обзиром на то да сами прописи имају уграђен стратешки недостатак подстицаја на непоштовање)¹⁹ и пореске праксе.

III Посебна дијагноза стања права у привреди Србије

Стварање повољније инвестиционе и уопште пословне климе у Србији претпоставља свакако и значајно унапређење правног оквира, без обзира на чињеницу што се он више година (практично од потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ) креће магистралном трасом усклађивања са правним оквиром ЕУ (у мери у којој и тај оквир постоји, с обзиром на то да значајне привредне области и даље нису на овом нивоу усклађене или су усклађене кроз форму „меког права“, која је чак и за земље снажне правне традиције, какав је добар број чланица ЕУ, нејак инструмент за једнако правно поступање и висок ниво правне сигурности).

У овом тренутку пажњу српске пословне и струковне јавности посебно су привукла четири законска пројекта, нејасне правне судбине: Закон о раду, Закон о приватизацији, Закон о планирању и изградњи и измене и допуне Закона о стечају. Ресорно министарство за привреду оценило је ове пројекте судбинским за реформу привредноправног оквира и за тржишну позицију привреде Србије. Независно од тога што је овај оквир исувише узак, иако свакако значајан, чини се да му је судбина неизвесна. Застајање са даљим поступком доношења ових законских пројеката, у предложеној форми од ресорног министарства, сведочи о непостојању минималног националног консензуса (влада, парламент, синдикати, послодавци) потребног за усвајање и примену ових законских пројеката. Спорови о мери њихове тржишности и реформској тежини, степену социјалне прихватљивости и издржљивости исувише су дубоки да би и поред заклинања у њихову снагу да отворе путеве успешнијој и конкурентнијој привреди могле да се обезбеде и минималне претпоставке применљивости и одрживости.

Појединачно посматрано, међутим, сваки од ових законских пројеката има и своје посебне „болне тачке“. Не улазећи у бројна кон-

спорова је 40% брже него у земљама у којима ово не постоји. Вид. *Doing Business 2007*, стр. 52.

19 „Српску привреду оптерећују 384 непореска намета, од којих су две трећине, односно 247 парафискални, што значи да за њих од државе не добијају никакву услугу.“ Вид. „Нови магазин“, 12. март 2014. године.

кретна предложена решења²⁰ која иритирају неку од страна кључних учесника социјалног дијалога и партнерства, чини се да им је на овом плану заједничка одлика да долазе у погрешно време (одишу превише филозофијом привредног либерализма у време кад се та филозофија видљиво напушта и у земљама њеног изворишта због петогодишње економске кризе у највећој мери њом изазване)²¹ и на погрешно место (разорено српско друштво са разореном економијом у основи погрешно спроведеном приватизацијом). У таквим условима предложена решења која су неспорно и тржишна и реформска наилазе на неразумевање и институционалне отпоре.

Тако, на пример, реafirмација института уговора о раду (институт грађанског права који почива на слободи воље и равноправности уговорних страна) или колективног уговора о раду (са елементима и уговора и нормативности), што је према нашем суду основна нит предложених решења новог Закона о раду, а што је свакако пут развоја односа запослени-послодавац, у условима евидентне незаштите запослених и практичне обесправљености и неравноправности у односу на послодавца, доживљава се не као корак напред већ као стављање „соли на живу рану“.

Слично је и са предложеним новим Законом о приватизацији. На основу сада свима јасног исхода спровођења важећег Закона о приватизацији с почетка овог века, који је мало је рећи привредна пустош, предлаже се нова филозофија приватизације преосталих неприватизованих предузећа (у комерцијалном сектору привреде њихов број је занемарљив), која се уместо „филозофије“ постојећег закона „продаје по сваку цену“ било коме и у што краћем року, заснива на новој свакако прихватљивијој филозофији, заснива више на стратешком партнерству, докапитализацији, заједничком улагању, закључењу уговора о управљању, продаји по „реалнијој“ цени купцима истоветне делатности, уз снажнију функцију надзорних државних тела и уз више јавности и одговорности. Као полазиште, нова филозофија је свакако далеко прихватљивија од претходне, али проблем је опет у погрешном времену (неприватизована предузећа тешко да се могу приватизовати по новом моделу јер су углавном економски непривлачна).²² Отуда, највећи

20 Предлоге Савета страних инвеститора за конкретна унапређења бројних српских привредних закона вид. Михаило Црнобрња и Савет страних инвеститора (редактори), *Бела књиџа – предлози за побољшање условној окружења у Србији*, Београд, 2013.

21 Сва светска штампа пренела је извештај британске невладине организације „Оксфам“ да 85 најбогатијих људи на свету поседује исто имовине колико и половина човечанства (3,5 милијарди људи). Вид. „Политика“, 26. јануар 2014. године, стр. 2.

22 Стално одуговлачење поступка реструктурирања јавних и државних предузећа „у реструктурирању“ (укупно 153) и приватизационим прописима обустава исплате

број неприватизованих предузећа завршиће у скутима Закона о стечају, пролазећи кроз неку форму реорганизације.²³

Кад је о стечају реч, како је и постојећи Закон о стечају више окренут филозофији „новог привредног почетка“ након изласка из поступка реорганизације, то и предложене промене овог закона, осим статусног дела (одговорност стечајних управника, комора стечајних управника и сл.), као и крајње правно сумњивог концепта „колективног стечаја“ повезаних лица, и немају неке посебне реформске продоре.

Конечно, нови Закон о планирању и изградњи морао би да реши три кључна правна проблема из ове области, који озбиљно стоје на путу потребној повољнијој и конкурентнијој пословној клими за инвестиције у Србији. Први, поједностављење и убрзање поступка издавања система дозвола и сагласности („систем једног шалтера“), с обзиром на то да постојећи бирократизује систем и чини га максимално коруптивним. Други, правни режим грађевинског земљишта (приватизација, дугорочни закуп) уопште и посебно режим грађевинског земљишта приватизованих предузећа (конверзија права коришћења у право својине и питање накнаде, дугорочни закуп).²⁴ Трећи, строжи и адекватнији систем санкција (постојећи познаје само новчане санкције).

IV Рeформа права јавног сектора привреде

У Србији има 740.000 запослених у јавном сектору, што чини око 1/3 буџетских расхода. Док је европски стандард један државни службеник на 1.000 запослених, Србија има 3,5 чиновника на 1.000 запослених. Следили смо „грчки сценарио“ тако што је свака влада, углавном из владајућих странака, запошљавала своје људе и тако куповала социјални мир. Партијски апетити су један од основних узрока слабих резултата пословања јавног сектора, уз углавном лоше партијске кадрове који управљају јавним сектором²⁵ („партократи-

потраживања поверилаца (страних и домаћих) по том основу, до завршетка тог поступка, носи велики ризик одговорности и државе, посебно по основу закључених билатералних споразума о заштити инвестиција са другим државама из којих су бројни страни повериоци таквих предузећа. Вид. „Блиц“, 13. април 2014. године.

23 По свему судећи таква судбина чека и већину од 425 предузећа из портфолија Агенције за приватизацију. Вид. „Блиц“, 13. април 2014. године.

24 Вид. „Уставни суд: приватизацијом Луке није купљена и земља“, *Полишика*, 3. јануар 2014. године, стр. 1 и 10. Одлука Уз – 68/2013, *Службени гласник РС*, бр. 98/2013.

25 У овом тренутку Агенција за приватизацију управља портфолиом од 153 предузећа у реструктурирању (запошљавају око 50.000 радника). Поред њих у том портфолију је и 419 предузећа која су у разним фазама приватизације – од аукције, тендера, до разних фаза припреме за приватизацију (запошљавају око 35.000 људи). Ови-

ја“).²⁶ Најбољи пример је НИС (Нафтна индустрија Србије), који након добијања већинског власника и чупањем из партијских скута постаје једна од најпрофитабилнијих компанија у Србији. Високе државне субвенције јавних предузећа у ЕУ су практично забрањене или могуће само под крајње рестриктивним условима дефинисаним законом који се стриктно примењује (поштовање правила слободне конкуренције и равноправности учесника на тржишту).²⁷

Јавни сектор, без сумње, вапи за променама. Ког типа, либералног, неолибералног? Била би то револуција у односу на постојећи статус овог сектора, а све револуције, па и економске, у принципу имају негативан предзнак и резултат. Уосталом, такав тип промена у озбиљној је одступници после светске економске кризе и берзанских крахова водећих мултинационалних компанија у земљи изворишта и коначишта, до те кризе, модела либералне привредне филозофије. Уместо тога, чини се да је упутнији модел хуманог капитализма са јавним сектором који друштвену одговорност компанија има као равноправну филозофију са филозофијом профита (филозофија еволуције уместо филозофије револуције).²⁸

Нема сумње да стоји потреба за повлачењем државе (и локалне заједнице) из највећег дела јавног сектора привреде као власника, будући да у својству привредника, с обзиром на њене бројне друге функције, не може да буде конкурентна са приватним предузетником (индивидуалним или колективним). Ово се, разуме се, односи и на комерцијални сектор привреде (у мери у којој је држава још власник дела капитала). Уместо тога, држава све више треба за себе да резервише право да *и*ројисује *и*равила *и*ржишине *и*ре за учеснике на тржишту и да обезбеди строгу контролу њихове примене. У мери у којој остаје у привредној функцији, држава треба све више да, због буџетских дефицита и неефикасности јавног сектора, напушта позицију власника, како на националном нивоу (државна јавна предузећа), тако и на нивоу територијалних јединица (локална – комунална јавна предузећа). Пут за то може бити и јавно-приватно партнерство,²⁹ као и оснивање друштава капитала у

ма треба додати и 911 предузећа у којима држава има мањинско власништво, као и још 550 друштвених и државних предузећа која су у стечајном поступку. Вид. „НИН“, бр. 3291, 23. јануар 2014. године, стр. 34–35.

26 Вид. Бошко Јакшић, „Макрожртве микропривредници“, *Политика*, 29. децембар 2013. године, стр. 6.

27 То је уређено и српским Законом о контроли државне помоћи (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009).

28 Вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2013, стр. 119–138.

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

искључивој или мешовитој својини (акционарска друштва и друштва са ограниченом одговорношћу).³⁰

Ако држава из одређених разлога остаје сопственик неких предузећа која обављају делатност јавног сектора (неатрактивност програма приватизације; ангажман на проналажењу стратешких инвеститора; национални интерес; обезбеђивање конкуренције пре приватизације – искуство показује да је *за сектор природних монопола пре приватизације иошребна демонаополизација – увођење конкуренције*, како један монопол – државни не би заменио други монопол – приватни, који је, уз то, и опаснији и тежи за отварање), онда она мора да обезбеди њихову равноправност на тржишту и транспарентност (јавност) финансијског пословања.³¹ Ако општи интерес налаже да се цене услуга или производа ових друштава формирају на нетржишном нивоу, држава је дужна да за тај износ обезбеди средства у буџету и да то обелодани (у складу са правилима о контроли државне помоћи предузећима). Само на овој основи могуће је говорити о равноправности друштава у приватној и државној својини. Специфична форма обављања делатности од општег интереса могу бити и *уговори о концесији (јавни уговори – ујравнојравни уговори)*,³² којим се прецизирају сва битна питања права, обавеза и одговорности уговорних страна (делатност друштва као профитног субјекта и општи интерес да се концесионирана делатност обавља трајно, континуирано и уз равноправан третман корисника, уз прописани режим за обављање те делатности, сходно њеној природи).

Конечно, као прелазна форма ка приватизацији јавних предузећа служи њихова корпоративизација – промена правне форме из јавних предузећа у друштва капитала (у којима су за почетак држава, или територијална јединица, једини акционар или члан). Претпоставка свих претпоставки за ово је конституисање имовине јавних предузећа (из државне својине или својине локалне заједнице) као власништва тих предузећа. Правни пут за то прописан је Законом о јавној својини³³ и новим Законом о јавним предузећима.³⁴

Једно од најосетљивијих питања делатности друштава капитала (важи и за тзв. јавна предузећа) у искључивој или већинској државној својини (и/или својини ужих територијалних јединица) јесте *ишшање њихове кон-тхроле*, посебно контроле успешности корпоративног управљања. Основна

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

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

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

33 Закон о јавној својини (Службени гласник РС, бр. 72/2011).

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

функција ове контроле је обезбеђивање функционисања ових субјеката као субјеката привредној (трговинској) права, а не као субјеката административној права (држава као носилац доминијума, а не империјума). Будући да управљање овим друштвима све више клизи ка својерсном „технократизму“, разумљиво је да се појачавају инструменти њихове контроле. Од решења овог питања зависиће и динамика приватизације ових предузећа, с обзиром на то да приватна својина сама по себи није гаранција доброг управљања (бројне компаније у приватној својини одлазе у стечај), као што ни државна својина није сама по себи предодређена за лоше управљање (ако није фактички партијска својина и ако има *квалитетно корпоративно управљање*). Ако право буде на овом путу више слушало економију (решење се налази на страни реалног приватног интереса директора компаније да управљају компанијом у њеном интересу – лични интерес да се ради у туђем интересу), „чаробни штапић“ биће пронађен. Уз то, важно је и да право више поштује само себе и да кроз механизме реалне контроле обезбеди правовремену и адекватну одговорност управе компаније. Историја ипак још није пружила задовољавајуће одговоре на питање свих питања у оваквим случајевима: *ко контролише контролора?!*

V Унапређење регулативе привредних друштава

Регулатива привредних (трговачких, трговинских) друштава, и поред честих промена закона који уређује ова друштва, те и поред принципијелне усклађености са одговарајућом регулативом ЕУ, пати и даље од бројних недостатака, спутавајућих за ефикаснију организацију привреде. Потребно је, наиме, знати да ова регулатива није у толикој мери хармонизирана на нивоу ЕУ (или није хармонизирана обавезујућим прописима) или и када јесте системом опције националном законодавцу оставља се слобода за избор решења која су у складу са националном традицијом, специфичностима и интересима. Управо у овом међупростору потребно је значајно унапређење ове регулативе, која не сме бити поводљива за неким узорима (нарочито англосаксонским), посебно када то не одговара нашим потребама и правној традицији.³⁵

Овом приликом и овим згодним поводом треба подсетити који институти Закона о привредним друштвима, који су иначе у потпуној хармонији са одговарајућим упоредним решењима, нису примењени у нашој пракси, као да нису ни постојали у закону (реч је, разуме се,

35 О неким теоријским аспектима сусрета права и економије у овој области вид. Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996; Reinier R. Kraakman, Paul Davies *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, New York, 2004; Milko Štimac, *Shareholding and Democracy*, Jefferson Institute, 2013; М. Васиљевић, *ibid.*

само о неким најважнијим, ради илустрације): 1) фидуцијарна дужност према компанији; 2) клаузула сукоба интереса; 3) *Business Judgment Rule*; 4) одговорност контролног акционара или члана; 5) деривативна тужба; 6) ограничења плаћања и забране располагања; 7) располагање имовином велике вредности; 8) имовинска одговорност чланова управног одбора; 9) привид (пробијање) правне личности (злоупотреба правног лица); 10) ништавост оснивања привредног друштва; 11) клаузула конкуренције; 12) узајамно капитал учешће; 13) заједничко деловање; 14) права мањинских акционара и чланова друштва; 15) права поверилаца у вези са реорганизацијом основног капитала друштва; 16) независни директори; 17) информисање акционара; 18) злоупотреба повлашћених информација; 19) транспарентност капитал учешћа; 20) разне форме злоупотребе правног субјективитета и слично.

Овде треба стати, с обзиром на то да нема потребе за даљим набрајањем ради доказивања једног ноторног факта: *квалитијет наших њројиса далеко је изнад квалитијета њихове њримене*, а узрок њиховог непримењивања не налази се доминантно у равни квалитета прописа, већ у равни владајућег стандарда наше правне (не)културе – *непримењивање њројиса*. Крајње је време да као друштво постанемо свесни ове чињенице, како се наша агонија не би продужавала (управо тог нивоа је димензија овог проблема) и како се парламент не би и даље уљуљкивао уверењем да рекорди у „производњи“ закона решавају проблем озбиљне и хроничне кризе права и одговорности у овој земљи.

Ипак, ни страна потребе даљег унапређења наше компанијске и повезане привредне регулативе у изложеном смислу није безгрешна. Овом приликом, без шире елаборације, изнећемо сумарно само предлоге неких најважнијих потребних унапређења: 1) проширење правних форми привредних друштава (увођење ортачког друштва са ограниченом одговорношћу – нужног посебно код делатности слободних професија; увођење компанија са неограниченом одговорношћу – нужних нарочито код друштава са ограниченом одговорношћу са симболичним минималним капиталом, када би неограничена одговорност била ангажована нарочито у случајевима злоупотребе поверилаца и намерног проузроковања стечаја; увођење тајног друштва – које и иначе постоји у пракси и треба га извести на светлост дана); 2) поред друштва са ограниченом одговорношћу са симболичним капиталом (које би морало да има одређена ограничења у пословању, плаћању и располагању добити – нека форма обавезне резерве и слично) треба увести и друштво са ограниченом одговорношћу са одређеним озбиљним минималним капиталом (нижим од акционарског али одвраћајућим за преварна оснивања таквих друштава); 3) увођење института колективних тужби посебно ради заштите мањинских акционара и потрошача; 4) унапређење

тржишта капитала (подстицање иницијалних јавних понуда, посебно у компанијама у којима је држава власник одређеног процента капитал учешћа, као и подстицање издавања државних и муниципалних обвезница); 5) престанак уписа у регистар ограничења овлашћења заступника која не делују према трећим лицима; 6) подстицање алтернативног решавања привредних спорова (разне форме арбитража и медијација); 7) јачање професионалности стечајних управника и везивање њихове накнаде за проценат намирења потраживања необезбеђених поверилаца; 8) активирање прописа о регистрацији меница; 9) довођење у везу закона који уређује хипотеку са законима који уређују планирање и изградњу; 10) целовитије уређење посебно својине, делатности слободних професија и делатности привредних услуга (потреба доношења једног кривног закона који уређује привредне услуге); 11) активирање делатности нотара.

VI Заштита инвеститора

1. Политичке и правне претпоставке

Инвеститори, власници капитала, у принципу, имају само један врховни интерес: оплођавање капитала. Претпоставка свих претпоставки за тако нешто је пре свега политичка стабилност једне земље. За ову стабилност потребно је у сваком случају неколико претпоставки: 1) дефинисан државни оквир и државно уређење; 2) стабилне и одговорне владе; 3) стабилан и одговоран парламент; 4) редовни регуларни избори; 5) одговорне и држави и народу одане политичке странке; 6) дефинисан пут регионалних интеграција; 7) професионална и одговорна државна управа; 8) макроекономска стабилност; 9) толерантан буџетски дефицит. После дуже времена, чини се, да су ове претпоставке заштите инвеститора које се налазе у политичкој равни у доброј мери обезбеђене, чиме се ствара повољна пословна клима за инвеститоре и инвестиције, стране и домаће.

Ипак, поред претпоставки заштите инвеститора које се налазе у политичкој равни, важне претпоставке за ову заштиту су свакако и оне које се налазе у правној равни и које чине некакав корпус правне сигурности и предвидивости. У ове претпоставке свакако спадају пре свега: 1) квалитет, квантитет и стабилност права и његова објективна примена, и 2) високо професионално, независно и праву одговорно правосуђе са високим степеном предвидивости судских одлука.

Заштита инвеститора није сама себи циљ, већ је њен циљ у остварењу сврхе-циља права уопште. На квалитет права посебно утиче сам

поступак стварања права (доношење прописа), који се у нас не може оценити сасвим узорним. Интелектуална тежина радних група није сама по себи довољна за квалитетне привредне законе ако се не обезбеде остале неопходне претпоставке. Овакву претпоставку свакако чини време (озбиљни закони који имају посебну важност морају се радити знатно дуже него што је то случај са нашом праксом налога извршне или неке друге неформалне власти да се такви закони припреме у задатом времену), али овакву претпоставку чини и поступак доношења важних закона, који би морао укључити и добро организовану (не симулирану) *јавну расправу* (која претпоставља укључивање и релевантних институција и појединаца), квалитетну скупштинску расправу неоптерећену временском димензијом. Институт независне стручне експертизе експерата који нису чланови радних група за припрему закона морао би бити више заступљен у поступку доношења закона. Наглашена политичка вокација парламента, без довољно квалификоване специјализоване стручне компоненте, повољан је терен само за „амандманско кварење“ законских предлога, тако да на крају испловљавају закони који немају епитет квалитетних или потпуно узорних, а који се у доброј мери разликују од нацрта експертских радних група. Кад се, уз то, зна да се до нацрта у експертским радним групама такође долази кроз туробан процес компромиса и усаглашавања, посебно у групама сачињеним од стручњака дивергентних ставова о кључним предметним питањима, онда је јасно зашто су закони такви какви заиста јесу (мање или више некавалитетни), а не онакви какви би требало да буду (у сваком погледу квалитетни и узорни).

На незадовољавајући квалитет права у нас утиче посебно и чињеница да у поступку израде прописа учествују и страни експерти, представници одређених страних институција са финансијским легитимитетом или легитимитетом моћи државе из које долазе, који, по правилу, немају довољно правно утемељење и легитимитет (част изузецима) и не познају локалне прилике и специфичности правног система, а имају лични финансијски интерес да „наметну“ одређена решења. Уз то, ту је традиционални сукоб континенталне (у озбиљној дефанзиви) и англосаксонске правне школе (у некритичкој офанзиви). Тако се Србија и њен правни систем претвара у својеврсни терен свакојаким правних експеримената (својеврсни „правни протекторат“), чиме се озбиљно урушава њена правна култура и традиција. У таквим околностима законодавним тереном Србије доминирају закони са ограниченим роком трајања („*инстинтн иройиси*“), који не остављају трага у српској правној мисли, али зато продукују својеврсни правни хаос и осећај немоћи права и институција које га примењују.

Објективну примену права и тиме узорну заштиту инвеститора може да обезбеди само независно и праву одговорно правосуђе. Добра примена закона може у доброј мери и да отклони његове мањкавости, недоследности или противречности, које су за младе изворе права и нове правне институте делом и разумљиве, а делом је то узроковано и апстрактношћу природе прописа, док је свака пракса по својој вокацији конкретизација таквог прописа и тиме је у прилици да га прилагоди конкретної потреби сваког привредног субјекта. За овакву примену закона потребне су не само високостручне, ефикасне и независне (како од извршне тако и од економске власти) судије, већ и судије које осећају потребе привреде и привредног живота и које и у том смислу имају одговарајуће искуство. Недозвољиво је да се овим позивом са благословом изборног механизма и даље баве својеврсне бирократе који немају ни дана радног искуства у привреди, а суде јој спорове изузетне вредности, са задивљујућом индолентношћу и без осећаја значаја професионалног става и временске димензије. Разлози за ово јесу вишеструки и треба их сагледати у својој целовитости, како би се успоставило трајно инвестиционо поверење.

*За судску независност, како од извршне власти тако и од економске власти, нису довољне само уставне гаранције, које данас нигде нису спорне. За ову независност потребно је одговарајуће понашање свих институција и њихових органа, које је најбољи доказ неговања културе судске независности и својеврсне правне културе уопште. Нажалост, наша животна пракса пуна је примера *практичној инорисања судске независности*, посебно челника извршне власти, чиме се у пракси показује неспремност прихватања принципа поделе власти и узајамне равнотеже власти кроз фини механизам узајамне контроле и одговорности (јавно извргавање руглу појединих судских одлука од високих државних функционера, јавно „прозивање“ судова од стране челника извршне или управне власти или стављање те власти изван права које креира парламент, а чију законитост примене контролише суд и слично).*

Посебно, у области пословног права судска (и арбитражна) пракса у земљама у транзицији није развијена, с обзиром на то да су одговарајући правни извори у овој области новијег датума, те да је судској пракси потребно време да по њима поступа и да ствара устаљену праксу. Судска пракса игра изузетно важну улогу у уклањању противречности које постоје у младој регулативи и регулативи нових правних установа, као и испуњавању правних празнина које у таквим околностима наглашено постоје, чиме на свој начин креира и право. При постојању младе судске праксе у овој области може као користан, али не и некритички путоказ, да послужи и судска (и арбитражна) пракса западних земаља, која је у

уобличавању бројних института компанијског права имала доста прилика да се изјасни (али која је код појединих питања и сама колебљива, тако да треба бити опрезан шта је доминантан став).

2. Посебно о заштити инвеститора на тржишту капитала

Колики значај финансијско тржиште придаје принципу заштите инвеститора видљиво је најбоље кроз чињеницу да документ Циљеви и принципи регулативе тржишта хартија од вредности (1998 и 2002) IOSCO (Међународна организација комисија за хартије од вредности) садржи уређење 30 (тридесет) принципа регулативе хартија од вредности, а њихову основу чине три циља ове регулативе, од којих је један управо *заштити инвеститора* (овај појам користи се за корисника услуга на финансијском тржишту).

Инвеститори на тржишту хартија од вредности треба да буду заштићени пре свега од конфузних, манипулацијских или лажних пракси, укључујући и инсајдер трговину (уз помоћ које моћне интересне групе своје пословне одлуке доносе на основу добро плаћених тајних информација реметећи тиме равноправност инвеститора) и неправилно коришћење клијентових средстава. Најважније средство које обезбеђује заштиту инвеститора на овом тржишту је *поштом обелодањивање информација* (парадоксално звучи чињеница да тржишне инспекције кажњавају трговце ципелама који продају робу без декларације, а берзе земаља у транзицији свесно без одговорности крше основне принципе тржишне транспарентности продајући на слободним берзанским тржиштима акције без јавног проспекта) и података који су од суштинског значаја за њихове одлуке. На овај начин су инвеститори у стању да правилно процене потенцијалне ризике и користи од својих улагања и да тиме заштите своје оправдане интересе. Реч је, пре свега, о рачуноводственим стандардима и стандардима ревизије, који морају бити високог и међународно прихватљивог квалитета. Прописи и институције на финансијском тржишту који се баве хартијама од вредности треба да третирају инвеститоре на адекватан и праведан начин, у складу с одговарајућим стандардима и прихваћеном праксом.³⁶ Надзор над овим институцијама, са строгошћу и прецизношћу примене прописа, треба да омогући заштиту инвеститора успостављањем минималних стандарда за учеснике на тржишту. Инвеститори на тржишту хартија од вред-

36 О неравноправности домаћих инвеститора у овом погледу вид.: Министарство привреде Републике Србије саопштило је да је у предузећима која су добила субвенције (страни инвеститори) од Агенције за страна улагања и промоцију извоза (СИЕПА) отворено 16.097 радних места, а не 55.000 како је представила та агенција. Вид. „BIZLife“, 30. март – 14. април 2014. године.

ности посебно су осетљиви на непрописно понашање институција на овом тржишту, али њихова појединачна способност за реакције је крајње лимитирана. Отуда, институције надзора на финансијском тржишту морају бити строге и ефикасне у примени прописа. Инвеститори морају имати заштиту и кроз неутралну позицију судова или других механизма за решавање спорова, који им, између осталог, морају обезбедити ефикасан механизам обештећења у свим случајевима неадекватне примене прописа. И ефективни надзор и спровођење прописа у доброј мери зависе и од тесне сарадње између регулаторних органа на домаћем и међународном плану.

VII Уместо закључка

Докле треба да сеже „видљива рука државе“ у економији? Одговор на ово питање није могуће дати у математичкој формули, али у сваком случају ниједан екстрем (државно-командни или либерално чисто тржишни) није прихватљив. „Невидљива рука тржишта“ у сваком случају не може „видљивој руци државе“ одузети улогу регулатора и креатора регулаторног оквира, заштитника две основне полуге сваке економије – *својине и уговора* и то путем снажног институционалног капацитета (снажан институционални мониторинг – надзор), као и предводника стратешких праваца развоја: 1) подршка одређеним гранама привреде; 2) подршка неразвијеним деловима земље; 3) дискретни економски патриотизам заштите домаће привреде прописивањем стандарда, нецаринских мера заштите и дозвољене економске помоћи – „економски национализам“; 4) реформа јавног сектора; 5) изградња инфраструктуре – од путева до телекомуникација; 6) унапређење пословног амбијента – правна сигурност, политичка стабилност, економска стабилност, владавина снажних институција; 7) обезбеђење макроекономске стабилности и уређених јавних финансија.

У контексту промене улоге државе у економији мења се и карактер привредне регулативе у савременом све глобализованијем свету и иде у правцу својеврсног *подрештљивљавања* – држава више није једини привредни законодавац (губитак монопола), већ се појављује више доносилаца привредне регулативе (подрештљивљавање привредне регулативе): саморегулаторне организације, привредни субјекти (аутономна регулатива као општи извор и слобода уговарања као појединачни извор). С друге стране, карактер привредне регулативе се мења утолико што привредну регулативу не прати више обавезност принудљивости извршења (државна санкција) – тзв. *тврдо право*, већ изостанак државне принудљивости извршења, уз аутономне санкције финансијских

тржишта за које је питање правне природе отворено – тзв. *меко љраво*. Својеврсно подруштљавање привредне регулативе и поред добрих намера води слабљењу квалитета и ауторитета права због дифузности санкција неизвршења, посебно изостанка санкције државне принуде извршења.

Овај процес „*разводњавања љрава*“ појачан је посебно због уверења пословне јавности да постоји блиска спрега моћних привредних лобија и институција законодавног процеса, тако да се закони доносе по мери уских монополских интереса уског круга „економских власника државе“, а не по мери општих интереса и привредноправне сигурности. Бројни недостаци и самог поступка доношења закона (недовољна јавност, некредибилност радних тела, хитност, брза амортизација, правно некритичко трансплантирање, изостанак јасне концепције развоја правног система, „кратки спојеви“ англосаксонске и континенталне регулативе, некритичко преписивање европских хармонизованих прописа и кад за то не постоји правна обавеза, интензивирање поља правне несигурности, временско раздвајање момента ступања на снагу закона и момента почетка њихове примене и слично) директно резултирају и у правном феномену „*незаконској љрава*“. Све ово умањује ефикасност закона, тиме и ефикасност привреде, која се све мање налази у окружењу економских слобода и слободе избора, а све више је укотвљена у раље политике, служећи тако управо потребама политике. Уместо тога, ако се жели конкурентност, развојност, нема бољег рецепта од повратка привреде привредним слободама (схваћеним као могућност избора) и тиме и самој себи, у дефинисаним законским оквирима. Ако јој на том путу сапутник буде *љривредна рејулајива у раљама љривреде*, а не у раљама политике, њен развој и конкурентност неће изостати. У противном, ако и *љривредна рејулајива буде у раљама љолијике*, врло брзо неће бити у стању да служи ни политици која је присваја („приватизација државе“), а ни привреди ради које постоји.

Mirko VASILJEVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

President of Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce

REFORM OF LAW IN ECONOMY

Summary

The author of this article analyzes some open questions of status and perspective of reform of law in economy within the context of relation between the State and economy (eternal dilemma – how much of command and how much of freedom, how much of “visible hand of the State and invisible hand of the market”).

The author analyzes: firstly, general diagnosis of the status of law in economy (finding the existence of the quantity of law, but not of the required quality as well); secondly, special diagnosis of status of law in economy (stating intensive need of reforming tax, labor, bankruptcy, privatization, planning and construction regulations, as well as need to regulate activities of free professions); as third, status of regulations of public sector of economy (stating low level of economic freedoms of this sector and party dependence); as fourth, question of regulations of commercial companies (stating the need of widening of legal forms of commercial companies and need to reject institutes which are not an arsenal of European law and are not in the sense of our law as well) and, as fifth, question of investor protection (political and legal assumptions and, especially, specifics of regulations and need to protect investors at capital market).

The author concludes, finally, that besides of change of commercial regulations character (development of soft law and socialization of commercial regulations) the State yet has the key role in necessary reform of law in economy: regulatory, monitoring and developing function, assuring its desired position (discreet economic patriotism in foreign trade, incentives for developing areas, support to strategic branches and similar), therewith that such regulations should serve to economy, in order to improve economic efficiency, not to serve to politics, so it would not be at disposal for interests other than economic (what consequently would lead to socialization and un-competitiveness of economy).

Key words: *economy, reform of law, public sector, commercial companies, privatization, investor protection, bankruptcy.*

ПРАВО ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

др Зоран АРСИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитет у Новом Саду

ЗАСТУПАЊЕ АКЦИОНАРА ОД СТРАНЕ БАНАКА КОЈЕ ВОДЕ ЗБИРНЕ ИЛИ КАСТОДИ РАЧУНЕ

Резиме

Кредитне институције, попут кастоди банака, могу бити заступници акционара ако су за њих овлашћени од стране својих клијената. Уобичајено, ово овлашћење се односи на све акције које се налазе у депозитној институционалној заступника. Пре сваке седнице скупуштинне, институционални заступник ће акционарима послати предлог како он намерава да гласа у својству заступника. Ако акционари не реајују на овај предлог, институционални заступник може да гласа на начин на који је њих предложио или у складу са предлогом управе.

Кључне речи: акционари, заступник, гласање.

Заступање акционара од стране банака које воде збирне или кастоди рачуне регулисано је у чл. 348 Закона о привредним друштвима. У литератури се указује да је циљ постојања регулативе да се њоме, с једне стране, омогући вршење права гласа акционара од стране банака и, с друге стране, спречавање банака да право гласа акционара врше у сопственом интересу.¹

Заступање од стране банака које воде збирне или кастоди рачуне је институт који је предмет оспоравања, која су, пре свега, правнополитич-

1 Timo Holzborn у: Tobias Bürgers, Torsten Körber, *Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*, Heidelberg, 2008, стр. 894.

ке природе.² Банке, наимае, имају значајан утицај на привредна друштва.³ Он се огледа пре свега у положају повериоца по основу уговора о кредиту. Осим тога, банке су значајни акционари, што им омогућава утицај на избор органа друштва. Када се томе дода могућност да заступају велики број малих акционара и врше туђе право гласа, банке долазе у положај да се њихов утицај оцењује као претеран, посебно имајући у виду да том приликом не долази до њиховог имовинског учешћа. Насупрот томе, указује се да је гласање преко банака ефикасан одговор на феномен „рационалне апатије“ малих акционара. Истовремено, он се сматра повољнијим, с аспекта заштите интереса акционара, у односу на коришћење пуномоћника предложеног од стране друштва, с обзиром да се њиме омогућава да управа контролише саму себе.⁴ Указује се да ангажовањем банке, као професионалног заступника, акционар није само растерећен трошкова учествовања у раду скупштине, него и има корист од стручности банке.⁵ С аспекта трошкова, ангажовање професионалног заступника, с једне стране има смисла утолико што се трошкови таквог квалитетног заступања свих од њега заступаних акционара носе само једном. Осим тога, смањују се и трошкови координације између малих акционара.⁶

Друга врста приговора се односи на анонимност акционара. Анонимност акционара постоји у два правца.⁷ Пре свега, акционар је анониман у односу на друштво. Ово зато што се, у јединственој евиденцији акционара, банка води као акционар и позив за скупштину се упућује банци. Анонимност према друштву је, ипак, ублажена, с обзиром да банка мора, приликом приступања на седницу скупштине, презентирати пуномоћје издато од стране клијента. Друго, анонимност делује и према другим акционарима. Пре свега, списак акционара који имају право да учествују у раду скупштине (дан акционара) се доставља, на основу захтева, сваком акционару (чл. 331) и на њему се јавља кастоди банка, с

2 У погледу немачког права се указује да ниједна тема није тако емоционално и контроверзно дискутована као ова. Тако: Volker Butzke, *Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft*, Stuttgart, 2011, стр. 206.

3 Више вид.: Мирјана Радовић, *Чување и администрирање (гејозији) харџија и вредности*, Београд, 2014, стр. 368 и даље.

4 Gerald Spindler у: Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz*, Köln, 2008, стр. 1588. Указује се да нема бољег решења за „рационалну апатију“ малих акционара. Тако: Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, München, 1999, стр. 663.

5 Christian Bernd Becker, *Die Institutionelle Stimmrechtsvertretung der Aktionäre in Europa*, Frankfurt am Main, 2001, стр. 3.

6 *Ibidem*.

7 Sabine Lieberam-Schmidt, *Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht*, Siegen, 2010, стр. 80.

обзиром да се она води као акционар. Списак лица која учествују у раду седнице скупштине обухвата и пуномоћнике, при чему се посебно наводи које акционаре ти пуномоћници заступају. Ово, међутим, не важи када се ради о акционарима чије акције држи кастоди банка у своје име а за њихов рачун (чл. 355).

I Примена посебних правила за банке које воде збирне или кастоди рачуне

Да би дошло од примене правила за банке које воде збирне или кастоди рачуне није довољно да банка буде уписана као акционар у јединствену евиденцију акционара. Она мора да иступа у своје име а за рачун акционара. У том смислу је потребно закључење уговора са акционаром. На постојање уговора упућује и чл. 49 Корисничког упутства Централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности где се предвиђа закључење уговора са клијентом о отварању и вођењу кастоди, односно збирног рачуна финансијских инструмената. По својој правној природи ради се о уговору о депоновању хартија од вредности (чл. 1047–1051 Закона о облигационим односима).

Када се ради о закључењу уговора о депоновању хартија од вредности до њега може доћи на основу понуде клијента (акционара) или банке. При томе треба имати у виду да се банка професионално бави вршењем туђих послова и јавно се нуди за њихово вршење, због чега у обзир долази примена чл. 750 Закона о облигационим односима. Банка је дужна да ако неће да прихвати налог који се односи на те послове о томе одмах обавести клијента, иначе одговара за штету коју он због тога претрпи.

За разлику од уговора о налогу између акционара и сингуларног пуномоћника који се, по правилу, закључује најраније после сазнања акционара о заказаној скупштини, уговор између банке и клијента може бити закључен и раније, при чему се поставља питање допуштености трајног односа између уговорних страна.⁸ С тим у вези треба имати у виду да је банка дужна једном годишње да обавести све клијента да су овлашћени да опозову или измене пуномоћје за гласање у свако доба (чл. 348 ст. 5). Одатле произлази да је трајни однос банке и клијента у домаћем праву допуштен, што одговара решењима и у упоредном праву.

8 S. Lieberam-Schmidt, *нав. дело*, стр. 65.

II Пуномоћје за гласање, односно налог за заступање

Банка која води збирне или кастоди рачуне која се у јединственој евиденцији акционара води као акционар у своје име а за рачун својих клијената сматра се пуномоћником за гласање у односу на те своје клијенте под условом да приликом приступања на седницу презентује писано „пуномоћје за гласање, односно налог за заступање“ издат од стране тих клијената.

У вези са овом формулацијом треба указати на ситуације које познају нека национална права. У случају гласања преко банака могуће су две ситуације. Прво, могуће је да је у евиденцији акционара уписан акционар. У том случају банка се јавља као пуномоћник по основу пуномоћја које издаје акционар. У таквој ситуацији анонимно заступање није могуће. У другом случају, који одговара ситуацији из чл. 348, у евиденцији је као акционар унета банка. У таквој ситуацији није могуће давање пуномоћја, с обзиром да се као акционар према друштву јавља банка, на основу уноса у евиденцију акционара. У том случају постоји индиректна репрезентација, односно скривено заступање,⁹ будући да банка иступа као комисионар у своје име а за рачун клијента (стварног акционара). Стварни акционар нема права према друштву и не може опуномоћити банку. Уместо пуномоћја даје се овлашћење да се у сопствено име врши туђе право, којим се врши пренос легитимације (нем. *Ermächtigung*).¹⁰

У погледу споменуте регулативе ст. 1 чл. 348 могућа су два приступа. По једном у обзир се узима природа односа. Тада се банка не јавља као заступник, већ као комисионар и није јасно постојање пуномоћи, будући да се банка јавља као акционар, док клијент (стварни акционар) нема права према друштву и не може бити овлашћен на давање пуномоћи. С друге стране, ако се узме у обзир законско утврђивање банке као пуномоћника, тада је пуномоћ довољна, при чему постојање налога за заступање тражи додатно образложење. На основу чл. 750 Закона о облигационим односима банка је обавезна да прихвати налог за заступање у случају да, осим чувања акција, нуди и вршење додатних услуга (вршење права гласа).¹¹ Обавеза терети банку, док је овлашћеник права клијент банке. Указује се на разлику између ситуација када је акционар клијент банке и, као такав, овлашћеник права и случаја када акционар није клијент банке, када се ради о адресату понуде. Обавеза банке постоји само у случају да се ради о клијенту банке.¹² За даља

9 S. Lieberam-Schmidt, *нав. дело*, стр. 80.

10 T. Holzborn, *нав. дело*, стр. 903; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1578.

11 У погледу ранијих решења у немачком праву тако: Ernst Gessler, Wolfgang Hefermehl, Ulrich Eckardt, Bruno Kropf, *Aktiengesetz*, Band II, München, 1974, стр. 340.

12 G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1580–1581.

излагања је од значаја да су пуномоћ и налог за заступање изједначени у погледу формалних и стварних захтева које морају да испуњавају. Разлог за овакав приступ је функционално изједначавање пуномоћја и налога за заступањем, с обзиром да се регулатива чл. 348 заснива на формулацији „пуномоћје, односно налог за заступање“. Овакав став је у упоредном праву заузет у погледу пуномоћја и овлашћења да се у сопствено име врши туђе право.¹³

У погледу форме пуномоћја предвиђена је писана форма (чл. 348 ст. 1), као и електронска форма (чл. 348 ст. 6). Законом је усвојено уобичајено решење према којем је банка обавезна да клијентима омогући коришћење формулара, који могу бити и електронски. Повреда захтева у погледу форме чини пуномоћје ништавим, а гласачку изјаву без дејства.¹⁴ Писана, односно електронска форме је потребна, али је питање да ли је и довољна. Регулотивом за сингуларног пуномоћника акционара је предвиђено постојање овереног потписа у случају писаног пуномоћја, односно квалификованог електронског потписа када се ради о електронском пуномоћју. У литератури је присутан став према којем се на овај случај не примењују општа правила за пуномоћ, него акцијскоправна правила за сингуларног пуномоћника.¹⁵ Када је домаће право у питању то би значило да потпис на пуномоћју мора бити оверен, односно на електронском пуномоћју мора постојати квалификовани електронски потпис.

Пуномоћје за гласање, односно налог за заступање мора се попунити у целости приликом издавања и може садржати само елементе или изјаве које се односе на вршење права гласа (чл. 348 ст. 3). У погледу времена када пуномоћје мора бити попуњено могућа су два приступа – у тренутку издавања и у тренутку ступања на снагу. Други приступ је заснован на томе да се ради о изјави воље која мора да стигне адресату да би производила право дејство. До стицања писмена могуће је попуњавање пуномоћја, али не од стране банке.¹⁶ За разлику од тога, усвојена је концепција према којој пуномоћје мора бити попуњено у тренутку издавања, при чему је меродаван тренутак потписивања. Да ли је пуномоћје пре потписивања попунио клијент (акционар) или банка, нема значаја.¹⁷ Да би банка могла да врши право гласа акционара, пуномоћје мора да стигне на време. Законом није утврђен минимал-

13 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 670; V. Butzke, *нав. дело*, стр. 224; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1578.

14 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 664.

15 S. Lieberam-Schmidt, *нав. дело*, стр. 89; Caspar Bunke, „Fragen der Vollmachterteilung zur Stimmrechtsausübung nach 134, 135 AktG“, *Aktiengesellschaft*, бр. 2/2002, стр. 61.

16 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 667; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1570.

17 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 330.

ни рок пре скупштине до када пуномоћје треба да стигне банци. Ово питање се регулише уговором између банке и клијента, односно општим условима банке, који су саставни део уговора.

Пуномоћје може садржати само елементе или изјаве које се одnose на вршење права гласа. У погледу садржине пуномоћја треба имати у виду да, за разлику од неких националних права, регулатива која се односи на заступање од стране банака, не обухвата решење за садржај пуномоћја. У том смислу треба применити правила за сингуларно пуномоћје из чл. 344 ст. 6. Пуномоћје мора да садржи податке о акционару из чл. 265 ст. 1 тач. 1. С обзиром да банка мора да презентује пуномоћје издато од стране клијента приликом приступања на седницу, у тренутку презентације акционар престаје да буде анониман за друштво. Пуномоћје мора да садржи и пословно име банке код које се води збирни или кастоди рачун. Нека ранија решење у упоредном праву су предвиђала могућност да то може бити и нека друга банка, али су она напуштена. Неопходност уношења пословног имена банке код које се води збирни или кастоди рачун, као и захтев да пуномоћје мора бити попуњено у тренутку издавања, значе да није допуштено издавања бланко пуномоћја, пуномоћја на доносиоца, као ни алтернативног пуномоћја.¹⁸ Пуномоћје мора да садржи и број, врсту и класи акција за коју се пуномоћје даје. У погледу изјава које се односе на вршење права гласа треба имати у виду упутства за гласање, могућност за пренос пуномоћја, као и орочење пуномоћја.

Датум издавања пуномоћја није обавезни део пуномоћја. Његово постојање има смисла у ситуацији када се издаје временски ограничено пуномоћје, када се период важење пуномоћја рачуна у односу на датум у пуномоћју. Нека национална права су предвиђала максимални временски период важења пуномоћја (15 месеци). С тим у вези се указивало да је антидатирање делимично допуштено у смислу да је допуштено уношење ранијег датума, али не и каснијег.¹⁹ Начелно, пуномоћје може бити трајно (важи до опозива), али је допуштено његово временско ограничење, као и издавање пуномоћја за једну скупштину.²⁰ На рачунање рока важења пуномоћја примењује се правила Закона о облигационим односима. Комбинација опозивости трајног пуномоћја, са могућношћу издавања пуномоћја са временским ограничењем важења представља довољну основу за поступање банке.²¹

Банка је дужна да најмање једном годишње све клијенте обавести о томе да су овлашћени да пуномоћје за гласање опозову или измене у

18 G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1569; T. Holzborn, *нав. дело*, стр. 898.

19 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 330.

20 B. Christian Becker, *нав. дело*, стр. 253; T. Holzborn, *нав. дело*, стр. 897.

21 *Ibidem*.

свако доба (чл. 348 ст. 5). Ради се о праву акционара заснованом на закону и оно се не може искључити уговором банке и клијента.²² Ради се изјави на коју се примењује чл. 349.

С обзиром да је банка правно лице она може да врши право гласа акционара лично или преко трећег лица. О личном вршењу права гласа акционара од стране банке ради се у случају да банка иступа преко „законског заступника“ (чл. 344 ст. 21). С обзиром да се ради о правном, а не физичком лицу, овде је у питању статутарни заступник. Када банка врши право гласа акционара преко трећег лица, то може бити члан органа, односно запослени. У овом случају законом је дозвољен пренос овлашћења за заступање и није потребна сагласност заступаног (чл. 86 Закона о облигационим односима). Ако се међутим, ради о другим лицима (на пр. о другој банци) потребна је сагласност заступаног. У вези са формулацијом „члан органа“ потребна је напомена. С обзиром да је банка акционарско друштво, према чл. 326 као и према чл. 65 Закона о банкама, орган банке је и скупштина, што би значило да и акционар банке може вршити право гласа клијената банке. С обзиром на упоредноправна решења овакав приступ би био у великој мери неуобичајен. Сматрамо да је законодавац имао у виду друге органе банке (управни одбор, извршни одбор) према Закону о банкама.

III Упутство за гласање

Из формулације чл. 348 ст. 4 где су предвиђени модалитети поступања банке у случају „ако клијент не изда одређена упутства за гласање“, јасно је да клијент има право да изда упутства за гласање, а банка обавезу да по њима поступи (чл. 344 ст. 14). Ако клијент није издао упутства за гласање, банка врши право гласа „само“ у складу са предлогом који је дала клијенту, или у складу са предлозима одбора директора, односно надзорног одбора. Нема могућности да банка поступи као сингуларни пуномоћник и врши право гласа акционара у складу са његовим интересом. У погледу ових упутстава примењује се чл. 344 ст. 15 према којем она морају бити јасна и прецизна и дата по тачкама дневног реда. На упутство за гласање (налог за гласање), у одсуству посебних правила за упутство банкама од стране акционара, примењују се правила за налог акционара сингуларном заступнику и општа правила Закона о облигационим односима која се односе на налог. У том погледу посебно место заузима право налогопримца да одступи од примљеног налога под одређеним околностима (чл. 752 Закона о облигационим односима). С тим у вези треба указати да је положај банке различит у

22 G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1570.

односу на сингуларног пуномоћника, који у том случају гласа у складу са интересом акционара. Банка, у таквој ситуацији, према решењу у домаћем праву има право само да бира између сопствених предлога и предлога одбора директора, односно надзорног одбора. Ако се одлучи за предлоге одбора директора, односно надзорног одбора, банка одступа на само од упутства акционара, већ и од сопственог предлога.

IV Предлози банке у погледу вршења права гласа

Утврђивање предлога у погледу вршења права гласа садрже предлог клијенту да банка гласа за или против предлога управе (одбора директора, односно надзорног одбора), или да се уздржи од давања гласачке изјаве.²³

Банка има обавезу да клијенту (акционару) достави предлоге у погледу вршења права гласа. Ова обавеза банке је у упоредном праву предвиђена у правилима за сазивање скупштине. Предвиђено је да се позив доставља банци и утврђена је њена обавеза да о томе обавести клијента и да му достави предлоге у погледу вршења права гласа. Када је домаће право у питању правила о сазивању скупштине не садрже посебна решења у погледу лица која заступају акционаре односно удружења акционара и њихове обавезе да доставе предлоге у погледу гласања по појединим тачкама дневног реда.²⁴ Постојање предлога банке предвиђено је у чл. 348 ст. 4 тч. 1 где се спомиње гласање у складу са предлогом који је сама банка дала клијенту у погледу вршења права гласа.

Постојање предлога банке у погледу вршења права гласа је значајно у случају да клијент није дао одређена упутства за гласање. С тим у вези у упоредном праву постоје различити приступи. С једне стране, постоје решења према којима у таквом случају банка гласа за предлоге управе у погледу појединих тачака дневног реда (*in dubio pro administratione*).²⁵ Насупрот томе су решења према којима банка гласа у складу са својим предлозима за вршење права гласа. Банка је, дакле, везана својим предлозима које је доставила акционару. У домаћем праву је усвојено решење, према којем банка у случају одсуства упутстава за

23 Hildegard Ziemons у: Karsten Schmidt, Lutter Marcus, *Aktiengesetz*, Köln, 2008, стр. 1407.

24 За разлику од тога Законом о предузећима из 1996 год., била су предвиђена правила о посебним обавештењима лицима која су заступала акционаре и удружењима акционара, као и обавеза лица која врше право гласа акционара да доставе своје предлоге у погледу вршења права гласа (чл. 253).

25 Gaudenz Zindel, *Stimmrechtsvertretung an Generalversammlungen von Publikumsgesellschaften*, Wirtschaftsrecht in Bewegung, Zürich/St. Gallen, 2008, стр. 188.

гласање од стране акционара, може да бира између две могућности – да гласа у складу са својим предлозима за вршење права гласа или да гласа у складу са предлозима одбора директора, односно надзорног одбора, ако је управљање дводомно (чл. 348 ст. 4). У том контексту није јасан смисао постојања предлога банке у погледу вршења права гласа, када банка није везана тим предлогом. Ово посебно важи у случају када се предлози банке разликују од предлога одбора директора, односно надзорног одбора. Постојање алтернативних могућности у домаћем праву није јасно и с још једног аспекта. Ради се о томе, да су предлози управе сачињени у складу са интересом друштва (чл. 63 ст. 1), док банка као пуномоћник иступа у интересу акционара и своје предлоге мора да сачини у складу са интересом акционара.

Када се ради о предлозима банке за вршење права гласа, прво питање које се поставља односи се на квалификацију – да ли сачињавање и достављање предлога у погледу вршења права гласа представља обавезу банке. Ово питање је специфично за домаће право, будући да, за разлику од неких националних права, не постоји изричита норма према којој достављање предлога за гласање представља обавезу банке. С једне стране, прихватање става о обавези се може бранити у смислу да је то последица положаја банке као институционалног и професионалног заступника, да се ту види основна разлика у односу на сингуларног пуномоћника, решењима у упоредном праву, као и историјским тумачењем с обзиром на споменута решења из чл. 253 Закона о предузећима из 1996. год. Недовољна регулатива оставља, међутим, простора и за другачији приступ, према којем се не ради о обавези. Обавеза сачињавања и достављања предлога за вршење права гласа има смисла, у условима када нема упутства акционара за гласање, ако банка у одсуству својих предлога, не би могла да врши право гласа, другачије него сингуларни пуномоћник (у складу са интересу акционара). Домаће право, међутим, омогућава банци да бира – у одсуству упутства за гласање од стране акционара, банка може да врши право гласа акционара у складу са својим предлогом или у складу са предлозима одбора директора, односно надзорног одбора. *De lege ferenda*, сматрамо да би требало изричитом нормом означити припрему и достављање предлога за гласање од стране банке као њену обавезу. Истовремено би требало искључити могућност да банка има могућност да бира, већ да је обавезна да, у одсуству упутства акционара, гласа у складу са својим предлозима.

Приликом сачињавања предлога за вршење права гласа банка поступа у складу са интересом акционара (клијента). У упоредном праву постоје решења према којима је овакво поступање банке утврђено изричитом нормом, која није присутна у домаћем праву. У одсуству такве посебне норме, потребно је применити општа правила уговора о на-

логу. Налогопримац има обавезу поступања у складу са интересом налогодавца (чл. 749 Закона о облигационим односима), због чега банка приликом сачињавања предлога за вршење права гласа мора да поступа у складу са интересом акционара. Осим тога, у случају одсуства упутства клијента, банка се, гласајући у складу са сопственим предлозима, тако налази у истој позицији као сингуларни пуномоћник, с обзиром да гласа у складу са интересом акционара. То, истовремено, значи да банка не може да поступа у складу са својим интересом, као ни интересом друштва. У том смислу се указује да је интерес акционара супротни пол у односу на забрањено узимање у обзир сопственог интереса банке.²⁶

Приликом сачињавања предлога за вршење права гласа у складу са интересом акционара банка мора да узме у обзир све основе неопходне основе за исправну процену и утврђивање предлога, међу којим посебно место заузимају извештаји друштва.²⁷ У обзир долазе и ставови аналитичара. Као критеријум се узима обавештени и разумни акционар.²⁸ С тим у вези треба имати у виду да банка може вршити право гласа у односу на сваког од својих клијената посебно (чл. 348 ст. 2). Интерес акционара са великим бојем акција не мора одговарати интересу акционара са малим бројем акција. У таквим ситуацијама није само могуће припремити различите предлоге за вршење права гласа, него је то и неопходно.²⁹

Треба, ипак, указати да је довољно да банка предлоге третира као своје – није искључено преузимање туђих предлога.³⁰ Банка може преузети и предлоге управе.³¹ Садржина предлога не би смела бити некритички преузета („на слепо“). То не искључује примену формулара за предлоге, што је случај у масовном заступању.³²

Спорно је да ли предлог банке за вршење права гласа мора да садржи образложење, односно навод о томе на чему се предлог заснива.³³

26 Н. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1407. Према супротном ставу типично је да су интереси друштва и интереси акционара исти. Тако: U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 595. Слично и: Gerald Reger у: Tobias Bürger, Torsten Körber, *Aktiengesetz, Heidelberger Kommentar*, Heidelberg, 2008, стр. 820.

27 Susanne Lenz, *Die gesellschaftsbenannte Stimmrechtsvertretung (Proxy-Voting) in der Hauptversammlung der deutschen Publikums-AG*, Berlin, 2005, стр. 394; E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 186.

28 G. Reger, *нав. дело*, стр. 820; E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 185.

29 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 185.

30 G. Reger, *нав. дело*, стр. 820; E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 186.

31 G. Reger, *нав. дело*, стр. 820; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 594.

32 G. Reger, *нав. дело*, стр. 820.

33 S. Lenz, *нав. дело*, стр. 395.

С тим у вези износи се и став да то зависи од тога да ли се предлог банке за вршење права гласа разликује од предлога управе. У случају да је предлог банке усаглашен са предлогом управе, тада образложење није потребно. Ово зато што се тада сматра да је пуномоћник (банка) прихватио образложење управе као своје. У супротном, ако предлог банке одступа од једног или више предлога управе, то захтева образложење, иначе акционар не би могао да разуме такво одступање. У таквом случају се прихвата постојање обавезе заступника да акционарима разјасни најважније разлоге за одлуку и своје аргументе за и против у циљу разматрања.³⁴ Насупрот томе, указује се да банка нема обавезу да достави клијенту образложење за своје предлоге за вршење права гласа. При томе се не оспорава целисходност, посебно у спорним случајевима.³⁵

Банка припрема и доставља предлог за гласање по свакој тачки дневног реда. Ово се односи и на тачке дневног реда које су уврштене по захтеву мањине акционара, односно по налогу суда (чл. 337-338). Уколико је клијент дао упутство за гласање по неким тачкама дневног реда, банка сачињава и доставља предлоге за вршење права гласа по осталим тачкама дневног реда.³⁶ Изузетно, с обзиром да је банка налогопримац сматрамо да долази у обзир примена чл. 751 ст. 2 Закона о облигационим односима. Кад налогопримац (банка) сматра да би поступање по добијеним упутствима било од штете на налогодавца, он је дужан скренути на то његову пажњу и тражити нова упутства. С обзиром да у погледу предлога банке није изричито предвиђено да они морају бити дати по тачкама дневног реда, што је случај са упутствима акционара (чл. 344 ст. 15), сматрамо да је и за домаће право прихватљив став према којем је могуће давања паушалног предлога, ако су предлози по свим тачкама дневног реда исти.³⁷

Спорно је да ли је допуштен алтернативни предлог. По једном схватању алтернативни предлог је допуштен, ако су садржане претпоставке под којима ће банка гласати на један или други начин.³⁸ Постоје и схватања према којима алтернативни предлог није допуштен³⁹. Ово се образлаже тиме да је банка везана својим предлогом – у одсуству упутства за гласање акционара, банка врши право гласа у складу са својим предлогом. Алтернативни предлог би омогућио постојање права избора

34 Према: S. Lenz, *нав. дело*, стр. 395.

35 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 184.

36 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 183.

37 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 184.

38 H. Ziemonms, *нав. дело*, стр. 1407 и тамо наведена литература.

39 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 184.

у корист банке. Када је домаће право у питању банка није везана својим предлогом и, ако нема упутства акционара за гласање, на основу закона, банка има право избора између свог предлога и предлога одбора директора, односно надзорног одбора.

Уколико банка, после достављања својих предлога за вршење права гласа, установи да они, због нових околности, више нису у складу са интересима клијента (акционара), тада банка доставља нове предлоге за вршење права гласа.⁴⁰ Ово је могуће у ситуацији када временски период до одржавања скупштине то дозвољава. С тим у вези је питање могућности да банка одступи од својих предлога за вршење права гласа. У домаћем праву не постоји посебна норма којом би се ово питање регулисало у смислу утврђивања претпоставки под којима банка може да одступи од својих предлога за вршење права гласа. Као што смо раније указали, ова могућност постоји када се ради о одступању од налога клијента, применом општих правила за уговор о налогу. Ово питање у домаћем праву има много мањи значај у односу на национална права у којима је банка везана својим предлогом. У домаћем праву банка има на основу закона право избора да ли ће гласати у складу са својим предлозима или предлозима одбора директора, односно надзорног одбора. Тако на пр. ако је предлог банке био да гласа против предлога одбора директора, а не постоји упутство за гласање клијента, банка може гласати у складу са предлозима одбора директора. Остаје, ипак, питање да ли банка може да се уздржи од гласања, због новонасталих околности. У литератури се сугерише позитиван одговор, заснован на везаности банке својим предлогом. Ово зато што ако је законом дозвољено одступање од сопственог предлога у корист банке без ограничења, тим пре би таква могућност морала да постоји у случају да новонастале околности указују да би одступање од сопственог предлога, у смислу уздржавања, било у складу са интересом акционара. У домаћем праву, међутим, у одсуству упутства клијента, банка може само да гласа у складу са својим предлозима или предлозима одбора директора.

Могућа је ситуација у којој клијент није дао упутства за гласање, али ни банка није клијенту упутила своје предлоге за вршење права гласа. У националним правима које са заснивају на везаности банке својим предлогом, указује се да банка у таквој ситуацији треба да гласа у складу са интересом акционара.⁴¹ У домаћем праву банка гласа према предлозима одбора директора, односно надзорног одбора.

40 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 186; S. Lenz, *нав. дело*, стр. 397.

41 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 338.

V Обавезе банке после одржавања скупштине

Банка је у обавези да три године од дана одржавања седнице чува копије свих налога за заступање и датих пуномоћја за гласање, у папирној или електронској форми, као и да током тог периода на захтев акционара који је издао налог за заступање, односно пуномоћје за гласање издају писану потврду о томе да ли су поступили у складу са налозима, односно упутствима датим у пуномоћју (чл. 348 ст. 7).

Предвиђене су, дакле, две обавезе банке – прва, која се састоји од чувања налога за заступање, односно пуномоћја и друга, која за предмет има издавање потврда о поступању у складу са налозима, односно упутствима датим у пуномоћју. Ради се о обавезама које постоје после одржане скупштине, за разлику од обавеза које постоје пре скупштине (на пр. обавештавања акционара о одржавању скупштине, припрема и достављање предлога за вршење права гласа) и обавеза за време скупштине (лично учествовање и вршење заступања).

У погледу прве обавезе, сматрамо да се „папирна или електронска форма“ односи на начин чувања пуномоћја или налога за заступање. По правилу ће се ови акти чувати у форми у којој су издати – писана пуномоћ ће се чувати у папирној форми. Могуће је, међутим, и другачије решење, према којој се скенирана писана пуномоћ чува у електронској форми. У погледу издавања потврде о поступању у складу са налозима односно упутствима датим у пуномоћју, потребан је захтев клијента. У погледу тог захтева није предвиђена посебна форма.

Обе споменуте обавезе су орочене на период од три године од дана одржавања седнице скупштине. На рачунање рока се примењује чл. 77 ст. 2 Закона о облигационим односима.

VI Посебни случајеви

У вези са вршењем права гласа акционара од стране банака које воде збирне или кастоди рачуне постоје две специфичне ситуације. Једну од њих представља учешће банке као пуномоћника акционара у сопственој скупштини. Другу ситуацију представља вршење сопственог права гласа банке и права гласа акционара у истој скупштини.

1. Учествовање у сопственој скупштини

Када се ради о банци као професионалном заступнику она се обраћа неодређеном броју акционара различитих акционарских друш-

тава са понудом за закључење уговора о кастоди, односно збирном рачуну. У том контексту се јавља могућност да банка врши те услуге и за сопствене акционаре и, с тим у вези, поставља се питање да ли банка може да учествује, као заступник сопствених акционара, на сопственој скупштини. У упоредном праву су позната решења према којима је то дозвољено. Посебна норма је била потребна с обзиром на дилеме које су постојале у том погледу.⁴² С тим у вези треба указати да у литератури постоји став према којем друштво не може бити пуномоћник својих акционара зато што је то противно идеји на којој се заснива регулатива уговора о гласању.⁴³ Да би банка могла да врши право гласа клијента на сопственој скупштини потребно је да постоји изричито упутство клијента у погледу вршења права гласа. У случају да такво упутство не постоји, банка не може вршити право гласа акционара. Могућа је ситуација у којој је клијент дао упутства за гласање по неким тачкама дневног реда. Тада банка може вршити право гласа клијента само по тим тачкама, али не и осталим.⁴⁴

Када се ради о домаћем праву, с обзиром на одсуство посебне норме, поставља се питање иступања банке као заступника акционара у сопственој скупштини. Негативан став би се могао заснивати на неспојивости таквог поступања банке са регулативом уговора о гласању. *De lege ferenda* сматрамо да би посебна норма била потребна и у домаћем праву.

2. Банка као пуномоћник акционара и као акционар

У упоредном праву се поставило питање поступања банке као пуномоћника акционара у скупштини друштва у којем је и сама акционар. Разлог за ово су правно политички аргументи о којим је било говора. Начелно, нема препреке да акционар буде пуномоћник другог акционара, Овде се, међутим, ради о масовном заступању акционара, због чега банка може, вршећи своје право гласа и право гласа својих клијента, остварити прекомеран утицај на друштво. У случају да банка има акције без права гласа, односно удео у основном капиталу, у случају конфликта интереса може вршити право гласа акционара у складу са сопственим интересом. С тим у вези нека национална права имају регулативу према којој банка у случају да има најмање 5% основног капитала, може да врши право гласа својих клијената само у случају да је акционар дао изричит налог за вршење права гласа по појединим тачкама

42 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 664; Godin – Wilhelmi, *Aktiengesetz*, Berlin, 1967, стр. 749.

43 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 657 уз навођење супротних ставова.

44 Godin – Wilhelmi, *нав. дело*, стр. 750; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1575.

дневног реда. У одсуству таквог налога банка не може да врши право гласа својих клијената.⁴⁵

Када је домаће право у питању, у одсуству посебне регулативе, важе општа правила.

Zoran ARSIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

INSTITUTIONAL REPRESENTATION OF SHAREHOLDERS

Summary

Credit institutions, such as depositary banks, act as shareholders representative if requested to do so by their clients. Typically such powers of attorney cover all shares which institutional representative hold in deposit. Prior to each shareholders assembly the institutional representative routinely send to the shareholders proposals as to how they intend to vote in their capacity as a representative. If the shareholders do not react to that suggestion, the institutional representative may vote as proposed or according to the management proposals.

Key words: *shareholders, representative, voting.*

45 За немачко право тако G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1576; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 655.

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

РЕГИСТРАЦИЈА ПОСЛОВНИХ СУБЈЕКТА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Резиме

У овом раду приказан је основни садржај Закона о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској. Указано је на новине које је овај пројекат донио, посебно са аспеката увођења једношланиерској система регистрације, а то је, уз коришћење информационах технолоија, значајно скратило време потребно за окончање регистрационе процедуре. Измјенама и допунaма Закона о привредним друштвима уједно је, уз мање прошкове, поједноставиљено оснивање друштва са ограниченом одговорношћу, што је утицало на побољшање инвестиционе климе у Републици Српској.

Кључне речи: регистрација, пословни субјекти, регистрарски суд.

I Уводне напомене

Од 1. јануара 2013. године на снагу је ступио Закон о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској.¹ Његовим ступањем на снагу престао је да важи Закон о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској који је донесен 2005. године,² а који је у суштини детаљно разрадио основна начела и процедуре регистрације пословних

1 Службени гласник Републике Српске, бр. 67/13.

2 Службени гласник Републике Српске, бр. 42/05, 118/09 и 102/12.

субјеката који су утврђени Оквирним Законом о регистрацији пословних субјеката у Босни и Херцеговини.³ Нови Закон о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској (у даљем тексту и Закон) производ је настојања и политичке акције да се пословни миље у Републици Српској унаприједи, и то, у првом реду, на плану покретања нових пословних активности оснивањем привредних друштава, нарочито друштва с ограниченом одговорношћу као најприкладнијом правном формом. У том циљу су извршене анализе регистрације пословања, те је утврђено да је Република Српска на зачељу по питању броја дана, потребних процедура и трошкова почетка пословања, а у односу на државе непосредног окружења. Због тога је Влада Републике Српске донијела Одлуку о провођењу процеса процјене утицаја прописа на пословно окружење, те формирала Радну групу за процес реформе у области регистрације пословања у Републици Српској са мандатом да предложи рјешење за поједностављење тог процеса. Од предложене четири опције прихваћена је она која ће довести до поједностављења процедура и смањења трошкова регистрације у оквиру надлежности постојећих институција уз формирање институције, тзв. једношалтерског система, који ће служити за пријем захтјева, прибављање потребне документације по службеној дужности и координацију између надлежних институција, те издавање рјешења. С тим у вези треба рећи да је као опција разматрана и она по којој би реформа била базирана на измијештању процеса регистрације из окружних привредних судова у Агенцију за привредне регистре, односно претварање процеса регистрације из судског у административни поступак, слично рјешењу које је прихваћено и у Републици Србији. Анализирани су предности и мане тих система регистрације и одлучено је да се задржи судски регистар због његове боље контролне и заштитне функције, на уштрб његове ефикасности, о којој је ипак вођено рачуна, јер су рокови регистрације морали бити скраћени, што је и био један од постулата реформе регистрације.

У овом раду даћемо приказ новина које доноси нови законски пропис у погледу органа регистрације, предмета регистрације и врсте уписа, начела и поступка регистрације, одлука регистарског суда и правних средстава, поступка брисања из регистра те коментарисати нека од датих рјешења.

II Органи регистрације

Закон је, као што је претходно и напоменуто, задржао систем судске регистрације пословних субјеката, што значи да суд води поступак уписа као ванпарнични, при чему је овлашћен да утврђује материјалну

3 Службени листи Босне и Херцеговине, бр. 42/04.

истинитост података који се уписују у регистар и слободно цијени до-казе који су му поднијети.

Регистарски суд, који је стварно надлежан за послове регистрације, је окружни привредни суд, чије су надлежности одређене Законом о судовима Републике Српске.⁴ Таквих судова има пет и своја сједишта имају у Бањој Луци, Добоју, Бијељини, Источном Сарајеву и Требињу, а другостепени суд је Виши привредни суд сједиштем у Бањој Луци. Надлежни регистарски суд је суд надлежан за упис у регистар субјеката који се одређује према сједишту субјеката уписа. Регистар пословних субјеката дефинисан је као књига која у себи садржи податке и исправе о пословним субјектима који се региструју у складу са одредбама Закона, а формира се за територију Републике Српске и састоји се од главне књиге и збирке исправа регистра.⁵

Главна књига регистра је јавни дио регистра који садржи актуелне податке и податке о претходним уписима о субјектима уписа прописаним Законом и води се у електронском и штампаном облику. Збирка исправа регистра је дио регистра који садржи исправе на основу којих је извршен упис података о субјектима уписа у главну књигу, те друге доказе достављене и састављене у поступку уписа у регистар, као и одлуке донесене у поступку уписа у регистар и води се у електронском и штампаном облику.

Процедура оснивања по Закону скраћује се и чини ефикаснијим увођењем тзв. једношалтерског система пружања услуге. Овај систем дефинише се као пружање услуге једношалтерског система подносиоцима пријаве у поступку регистрације код надлежног регистарског суда и у поступку добијања јединственог идентификационог броја код Управе за индиректно опорезивање, а које обавља Агенција за посредничке, информатичке и финансијске услуге⁶ (скраћено позната као АПИФ).

Улога Агенција је да у процесу регистрације буде једна врста посредника између учесника у поступку регистрације, односно подносиоца пријаве и регистарског суда те осталих органа који су индиректно везани за поступак регистрације, као што су Управа за индиректно опорезивање, Пореска управа и Републички завод за статистику. Својим дјеловањем и овлашћењима датим Законом има улогу да убрза процес регистрације, посебно зато што успоставља јединствену базу података пословних субјеката који подлијежу судској регистрацији.⁷

4 Службени гласник Републике Српске, бр. 37/12.

5 Члан 2 ст. 1 тач. а Закона каже да се књига формира на територији Републике Српске, што је очита грешка, јер треба да стоји да се формира за територију Републике Српске.

6 Члан 2 ст. 1 тач. г Закона.

7 Члан 88 Закона. У Словенији и Хрватској процес регистрације се такође обавља уз посредовање тзв. „брзих сервиса“, с тим да процес регистрације почиње у нотар-

III Предмет регистрације

У регистар се обавезно уписују сви облици привредних друштава по одредбама Закона о привредним друштвима,⁸ као и други субјекти прописани посебним законом, као што је нпр. случај са јавним предузећима, банкама и осигуравајућим организацијама.

Треба напоменути да доношење Закона о регистрацији пословних субјеката није једина посљедица намјере да се пословни миље у Републици Српској унаприједи. У том смислу је и Закон о привредним друштвима доживио одређене измјене и допуне. Тако је одређено да се оснивачки акт привредних друштава нотарски обрађује, осим оснивачких акта једночланог друштва са ограниченом одговорношћу, за које друштво је смањен новчани дио основног капитала на једну конвертибилну марку.⁹ Према томе, оваквим измјенама услова оснивања, стимулише се оснивање друштва са ограниченом одговорношћу као најпогодније правне форме за отпочињање властитог бизниса физичких лица.¹⁰

У регистар се уписује: оснивање, повезивање и брисање субјекта уписа;¹¹ оснивање, брисање дијела субјекта уписа; све статусне промјене укључујући промјене организовања субјекта; подаци о повезаним друштвима; подаци о субјекту уписа који су од значаја за правни промет и њихова измјена; подаци у вези са престанком стечајним, односно ликвидационим поступком; подаци о покретању поступка брисања субјекта регистрације, као и други подаци утврђени Законом или другим законом. У регистар се такође уписује забрана обављања дјелатности и уписа других чињеница на основу правоснажне одлуке надлежног органа, изречене привремене мјере, односно забиљежбе о одлукама донесеним у складу са другим прописима.¹²

ским канцеларијама, јер нотари сачињавају регистарске пријаве и електронски их достављају било „брзом сервису“ или суду.

8 Службени тласник РС, бр. 127/08, 58/09 и 100/11.

9 Члан 2 ст. 1 и члан 4 Закона о измјенама и допунама Закона о привредним друштвима, Службени тласник РС, бр. 67/13.

10 Било је доста приговора на рјешење по којем се оснивачки акт једночланог друштва са ограниченом одговорношћу нотарски не обрађује, јер то по мишљењу критичара угрожава правну сигурност.

11 По члану 2 ст. 1 тач. е Закона субјект уписа је пословни субјект, односно правно лице чији је упис обавезан према Закону, а то су привредна друштва и друга правна лица основана са циљем обављања привредне дјелатности, јавно предузеће, јавна установа, задруга или задружни савез и друго правно лице које се оснива са циљем остваривања профита.

12 Члан 5 ст. 1 тач. 2 Закона.

IV Начело поступка регистрације

Законом су одређена начела на којима се заснива поступак регистрације.¹³

По начелу обавезности сви пословни субјекти дефинисани Законом и другим посебним законима Републике Српске обавезни су се, прије започињања пословне дјелатности регистровати код надлежног регистарског суда. Ово начело логична је последица чињенице да се регистрацијом стиче признање правног поретка и да од тог момента ти пословни субјекти стичу правни субјективитет.

По начелу законитости, поступак регистрације утврђен је законом.

Начело економичности одређује да се поступак регистрације увида у регистар и издавање извода из регистра, обавља без одлагања и уз што мање трошкове.

Регистарски обрасци имају обавезну писану форму чији је садржај утврђен посебним правилником, у складу са законом, а то је одраз начела формалности.

По начелу приоритета надлежни регистарски суд дужан је поступати по појединим пријавама према редослиједу њиховог пријема. Начело *prior tempore potior iure* примјењује се у свим регистарским стварима, наравно ако су испуњене све претпоставке које се траже за конкретан упис.

Начело конститутивности значи да у тренутку уписа у регистар чињенице које се односе на субјект уписа постају правне, односно у моменту уписа у регистар се конституишу одређена права и дјеловање регистрације према трећим лицима. Треба примјетити да је овакав став законодавца одступање од традиционалне подјеле уписа, са аспекта њиховог правног дејства, на конститутивне и декларативне, која је својствена континенталним правима. Нема сумње да су уписи оснивања, статусних промјена, промјена правне форме и престанка привредних субјеката конститутивни, али да то нису и остали уписи јер се њима трећа лица само обавјештавају о настанку, преносу или промјени одређених чињеница које су релевантне за правни промет. У пракси је било познатих случајева са уписом промјене лица овлашћеног за заступање друштва, јер се без обзира на чињеницу што су овлашћења таквог лица одлуком органа друштва престала, сматрало, по ставу појединих судова, да он нема заступничка овлашћења све док се не упише у судски регистар због конститутивног дејства уписа. Отуда се слажемо са ставом да је у питању погрешно схватање значења

13 Члан 3 Закона.

конститутивности уписа, које се изједначава са дејством регистрације према трећим лицима.¹⁴

Подаци из регистра су, по начелу јавности, доступни свим заинтересованим лицима, без доказивања правног интереса, у складу са посебним прописима који регулишу заштиту личних података. На овом начелу заснива се и функција регистра да служи свим учесницима у правном промету како би се упознали с чињеницама о лицима уписаним у том регистру са којима улазе или имају намјеру да уђу у пословноправне односе. Тако се омогућава заштита трећих лица у правном промету који су поклонили повјерење ономе што је као податак уписано у судски регистар.

V Поступак регистрације

Поступак регистрације¹⁵ покреће се подношењем пријаве Агенцији или њеним организационим јединицама, без обзира на сједиште субјекта уписа. Пријава се подноси на прописаном обрасцу и уз њу се прилажу прописани документи у оригиналу, овјереном препису или овјереној фото-копији. Пријава се подноси Агенцији непосредно, поштом или електронским путем. Потписивање електронске пријаве и документа, као и овјера електронских докумената, врши се у складу са прописима којима се уређује електронски потпис и електронски документ.¹⁶ Агенција ће пријаву са електронском документацијом непосредно у писаном облику и електронским путем одмах доставити надлежном регистарском суду на одлучивање. Прије достављања пријаве суду, Агенција ће имати обавезу да од надлежног пореског органа прибави јединствени идентификациони број (ЈИБ) за субјекте уписа, а надлежни порески орган ће по пријему пријаве доставити Агенцији ЈИБ или ће је обавјестити о разлозима неиздавања. Законом се скраћује пријашњи рок од пет дана на рок од два дана за поступање суда по пријави, тј. у том року суд ће морати испитати и утврдити да ли су испуњени услови за упис у суд-

14 Види: Д. М. Бајаловић, *Право привредних друштвава*, Источно Сарајево, 2011, стр. 100.

15 Чланови 6 до 19 Закона.

16 Електронско пословање је специфично, између осталог, и због електронског потписа као метода потврде аутентичности уговорних страна, изјаве воље и интегритета електронског документа. У правни систем Републике Српске уведен је Закон о електронском потпису 2008. године (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/08), по коме постоје два типа е-потписа, и то: „електронски потпис“ који служи за идентификацију потписника и аутентичност потписника документа, те „квалификовани електронски потпис“ који поуздано гарантује идентитет потписника и који настаје коришћењем средстава којима корисник може самостално да управља и која су само под његовим надзором.

ски регистар и у истом року донијети одлуку о упису у судски регистар, ако су уз пријаву достављене потребне исправе за упис у судски регистар. У поступку испитивања пријаве суд ће испитати да ли су за упис испуњени формални и материјални услови. Надлежни регистарски суд провјериће и да ли су уз пријаву за регистрацију поднесене потребне регистарске исправе, те да ли су оне у складу са законом или посебним прописима Републике Српске којима се уређује оснивање, организација и пословање појединачних пословних субјеката. Ако су испуњени тражени услови суд ће донети рјешење (које садржи матични број (МБ) и ЈИБ)), којим одобрава регистрацију и упис у регистар, а у супротном суд ће пријаву одбацити.

Кад регистарски суд посумња у истинитост акта којим се доказује чињеница која је предмет уписа или у законитост поступка по коме је акт донесен, или у законитост радње која је предмет уписа, одржаће рочиште за расправу на коју ће позвати подносиоца пријаве и лица којима би могле бити познате спорне околности те донијети одлуку у складу са Законом или другим посебним законима. Исто тако, кад суд посумња у постојање неке чињенице од које зависи да ли је захтјев за упис у регистар у сагласности са Законом или другим законима, а сам није овлашћен да утврђује постојање те чињенице, наложиће подносиоцу пријаве да од надлежног органа или друге институције прибави одговарајућу исправу у одређеном року.

Надлежни регистарски суд ће о радњама које је у вези наведених ситуација предузео електронским путем обавијестити Агенцију. Исто тако, суд ће одлуке које је донио у поступку регистрације доставити подносиоцу пријаве¹⁷ путем Агенције, која ће, како каже Закон, одмах и без одлагања, те одлуке доставити подносиоцу пријаве поштујући правила о достављању.

Све одлуке регистарских судова донесене у поступку регистрације морају се објавити на интернет страници Агенције, а подаци уписани у регистар објављују се са доношењем рјешења о регистрацији.

Закон се у дијелу који регулише поступак суда по пријави посебно бави питањем поступања суда у ситуацији када се пријављује за упис фирма која је подударна са већ регистрованом фирмом, одређујући забрану уписа исте или сличне фирме пословних субјеката који обављају исту или сличну дјелатност.¹⁸ У случају потпуне подудар-

17 Подносилац пријаве је учесник у поступку регистрације који је покренуо поступак регистрације, односно лице које је потписало регистарску пријаву, односно приједлог, а односи се на оснивача, који подноси пријаву, односно лице овлашћено оснивачким актом или генералном, односно специјалном пуномоћи издатом у складу са Законом о упису у регистар (члан 2 ст. 1).

18 Члан 12 Закона.

ности пријављене фирме, са већ регистрованој фирмом, регистарски суд ће писмено упозорити подносиоца пријаве на постојање идентичне фирме, што представља сметњу за регистрацију. Тада ће суд закључком тражити од подносиоца пријаве да у року од три дана измијени назив пријављене фирме, па уколико тако не поступи, одбиће пријаву за упис у регистар. Да до оваквих ситуација не би долазило, регистарски суд има обавезу да, прије подношења пријаве, а на захтјев заинтересованог лица, истом омогући провјеру искључивости одабране фирме, односно фирме коју субјект уписа има намјеру пријавити за регистрацију.

VI Одлуке регистарског суда и правна дејства

Посебни дио Закона посвећен је одлукама суда у поступку уписа у регистар,¹⁹ као и правним средствима која се могу користити против њих.²⁰

У поступку уписа у регистар суд одлучује рјешењем или закључком. Рјешењем се одлучује о захтјеву за упис оснивања и свих промјена података од значаја за правни промет, а закључком о питањима која се односе на управљање поступком. О захтјеву за упис одлучује судија појединац, а у другом степену вијеће састављено од тројице судија.

Рјешење по захтјеву за упис суд доноси, по правилу, без одржавања рочишта, у року од два дана од дана уредно запримљене пријаве. Међутим, суд може заказати рочиште ако оцијени да је то неопходно због изјашњења или утврђивања одлучујућих чињеница. Суд може и изван рочишта саслушати учесника у поступку и друго лице кад нађе да је то потребно ради уноса исправних података у регистар.

Садржај рјешења (и закључка) прописан је, а рјешење се издаје на обрасцу који садржи основне податке о субјекту уписа. Подносилац пријаве може повући пријаву за упис до дана доношења правоснажног рјешења, а повлачењем пријаве обуставља се поступак.

У поступку за упис није дозвољено враћање у пређашње стање нити је против правоснажног рјешења о упису допуштена ревизија и понављање поступка.

Против рјешења о упису заинтересовано лице може изјавити жалбу надлежном другостепеном суду,²¹ у року од осам дана од дана пријема првостепене одлуке, о чему суд мора обавијестити Агенцију. Право на жалбу има субјект уписа и лице које за то има правни ин-

19 Члан 61–65 Закона.

20 Члан 66–73 Закона.

21 То је Виши привредни суд.

терес. Лице које сматра да су му рјешењем повријеђена права и на закону засновани интереси, а није му достављен препис рјешења, жалбу може поднијети у року од петнаест дана од дана објаве рјешења о упису на интернет страници Агенције, а најкасније у року од шездесет дана од дана објављивања уписа у „Службеном гласнику Републике Српске“. Против закључења жалба није допуштена.

Поводом поднијете жалбе суд може захтјев за упис рјешити другачије у случају кад утврди да је жалба основана, а није неопходно проводити допунски поступак, и ако се тиме не вријеђају права других лица заснована на побијаном рјешењу. Суд ће жалбу која је неблаговремена, непотпуна и недопуштена одбацити. Ако надлежни регистарски суд не поступи на претходно наведене начине, дужан је да, у року од три дана, жалбу са списом достави другостепеном суду на одлучивање.

Рјешавајући по жалби, другостепени суд жалбу може одбацити, одбити, уважити или преиначити рјешење регистарског суда. Рјешење по жалби мора се донијети у року од тридесет дана. Кад другостепени суд укине рјешење регистарског суда, регистарски суд ће донијети ново рјешење, а одлуку донесену по жалби првостепени суд ће електронским путем прослиједити Агенцији ради уписа.

Регистровани пословни субјект путем Агенције пријављује надлежном регистарском суду све измјене података од значаја за правни промет у року од тридесет дана од дана настанка тих промјена. Сматра се да је измјена настала даном правоснажности одлуке о измјени. У случају престанка субјекта уписа, у регистар се, поред постојећих података, уносе и подаци да је субјект уписа у поступку стечаја или ликвидације.

VII Поступак брисања из регистра

Поступак брисања неоснованог коначног уписа посебно је прописан Законом.²²

За брисање из регистра надлежан је суд уписа, а захтјев за брисање неоснованог коначног уписа може поднијети лице које за то има правни интерес. Захтјев се мора поднијети у року од петнаест дана од дана објаве рјешења о упису на интернет страници Агенције, а најкасније у року од шездесет дана од дана објављивања уписа у „Службеном гласнику Републике Српске“. Суд ће, по службеној дужности или по захтјеву лица које има правни интерес, брисати неосновани упис у случају да у поступку утврди да је упис извршен без подношења прописане исправе, да су након доношења рјешења о упису прописани други услови

22 Чланови 73 до 79 Закона.

за регистрацију пословних субјеката, а пословни субјект је пропустио ускладити исте у прописаном року, те у другим случајевима у којима је по закону упис био недопуштен или је то накнадно постао. Суд и заинтересовано лице могу покренути поступак за брисање неоснованог уписа најкасније у року од године дана од дана доношења рјешења којим је извршен неоснован упис.

Суд ће, по службеној дужности или по захтјеву заинтересованог лица, обавијестити субјект уписа и Агенцију о покренутом поступку брисања, односно о поднесеном захтјеву, уз позив пословном субјекту да се у одређеном року изјасни о захтјеву и/или достави неопходне исправе. Суд ће заказати рочиште ради утврђивања одлучујућих чињеница на које се позива субјект уписа чије се брисање тражи и подносиоца захтјева за брисање уписа. Кад утврди чињенице, суд доноси рјешење о брисању коначног уписа, односно одбијању захтјева за брисање или о обустављању поступка. Неосновани упис брише се по правоснажности рјешења и о брисању донесеном у овом поступку, електронским путем, обавијестиће се Агенција.

Законом је прописан и поступак брисања субјекта уписа по захтјеву посебне категорије подносилаца захтјева у које спадају: министарство унутрашњих послова, управа за индиректно опорезивање Босне и Херцеговине и пореска управа Републике Српске. Ови подносиоци могу покренути поступак брисања уписа: ако су лажне исправе, односно лажне информације коришћене за упис, ако су лажне исправе, односно лажне информације коришћене за продужење регистрације, ако постоји порески односно царински дуг неког од оснивача субјекта уписа, а послови субјект– дужник је већ брисан из регистра и ако се субјект регистрације користи или је коришћен за организовани криминал. Након проведене процедуре, правоснажно рјешење о брисању уписа објављује се у „Службеном гласнику Републике Српске“ и на огласној табли суда. У случају брисања неоснованог коначног уписа, којим је извршен упис оснивања пословног субјекта, регистар садржи списак брисаних субјеката уписа, а оснивач брисаног субјекта уписа не може пријавити за регистрацију нови субјект уписа све док постоје околности које су представљале разлог за брисање, односно посљедице одлука надлежног органа које су претходиле брисању субјекта уписа.

Намјера законодавца да посебно регулише поступак брисања по захтјеву тачно одређених категорија подносилаца захтјева је јасна, јер је очигледно да се на тај начин желе предупредити противзаконите радње оснивача привредних субјеката, али, како је исправно примјеђено, поступак брисања субјекта уписа из судског регистра може се спровести тек пошто се прије тога спроведе поступак стечаја или ликвидације, с обзиром да су то једини начини престанка пословних субјеката. У противном

би имовински односи иза брисаног субјекта остали нерашчишћени, што ће рећи да је наведени поступак могућ једино онда када субјект у питању није пословао нити има имовине.²³

Сви субјекти уписа, без обзира на облик организовања, који не ускладе облик организовања, као и опште акте у складу са одредбама Закона о привредним друштвима и другим посебним прописима у роковима одређеним законом, брисаће се из регистра наконведеног поступка ликвидације који се за такве субјекте спроводи по поступку који је регулисан Законом.²⁴

Закон, у складу са принципом јавности, регулише и начин његове операционализације.²⁵

VIII Закључак

Доношење новог Закона о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској израз је жеље законодавца да се пословна клима унаприједи тиме што ће се инвеститорима, како домаћим тако и страним, олакшати позиција у ситуацији кад намјеравају отпочети пословну активност оснивањем неког од пословних субјеката, при чему се нарочито стимулише оснивање друштва са ограниченом одговорношћу. Законом су процедуре оснивања убрзане и поједностављене, а измјеном одговарајућих прописа смањени су и трошкови оснивања. Прва искуства примјене нових и ревидираних прописа говоре у прилог онога што се и хтјело постићи, јер је повећан интерес за оснивање, посебно друштва са ограниченом одговорношћу. Међутим, иако су обављене активности на плану доношења нових и ревизији постојећих прописа постигле одређене резултате, не може се рећи да је то довољно и да се на томе треба стати. Побољшање инвестиционе климе захтијева даље активности посебно оне које би биле усмјерене на реформу администрације, радног и пореског законодавства, за шта је потребно остварити политички концензус како у оквиру Републике Српске тако и на нивоу Босне и Херцеговине. Наравно, за такве помаке потребно је још додатног ентузијазма, напора и времена, али до тога мора доћи, прије или касније, уколико се жели економски напредак.

23 Д. М. Бајаловић, *нав. дело*, стр. 99.

24 Чланови 80 до 85 Закона.

25 Чланови 85 до 88 Закона.

Marko RAJČEVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka

REGISTRATION OF BUSINESS SUBJECTS IN REPUBLIC OF SRPSKA

In this paper we have shown basic concept of the new Law on registration of business subjects in Republic of Srpska. We presented new concepts that were adopted by this law, especially from the point of one-stop-shop system which, with the use of information and communication technologies, significantly reduced the time that was needed for the conclusion of this procedure. Together with the amendments of Company Law, simplified registration process with fewer expenses had a profound impact on improvement of investment climate in Republic of Srpska.

Key words: registration, business subjects, registration court.

др Вишомир ПОПОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

ПРАВО РАСПОЛАГАЊА УДЈЕЛИМА ДРУШТВА СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Резиме

Друштво са ограниченом одговорношћу сада у ред друштвава кайишала и један је од најактивнијих облика организовања. Пренос оснивачких удјела између чланова друштва је у праву слободан, а у односу на трећа лица је ограничен, обзиром да оснивачи, у односу на њих, имају право рече кувовине.

Кључне речи: *друштво са ограниченом одговорношћу, оснивачки удјели, пренос оснивачких удјела.*

I Појам и значај друштва са ограниченом одговорношћу

У правној теорији и доктрини постоји бројна, како домаћа, тако и инострана литература која анализира правни статус друштва са ограниченом одговорношћу. Међутим, имајући у виду правну природу и карактер ове врсте рада, ми се тиме нећемо посебно бавити, али ћемо, ради лакшег разумијевања овог рада, указати само на неке од његових особина.

Друштво са ограниченом одговорношћу је настало из потребе комбиновања карактеристика типичних друштава лица (личне особине чланова друштва битне су за настанак, постојање и промјену члан-

ства и престанак друштва) и типичних карактеристика друштва капитала (ограничена одговорност за ризик пословања друштва на висину њиховог улога у друштво), те отуда има особине и једних, и других друштава.¹ Управо ове карактеристике чине ово друштво, у односу на остале облике друштава (акционарско, ортачко и командитно друштво), не само препознатљивим, него и популарним, тако да, у односу на поређење са осталим облицима друштава, ово друштво спада у најбројније облике.

Исто као код акционарског друштва почетна средства за рад друштва са ограниченом одговорношћу, настају улозима оснивача, који чине његов основни капитал. За разлику од акционарских друштава, оснивачи друштва са ограниченом одговорношћу не добијају акције за своје улоге, а друштво може члановима издати потврде о удјелима, али оне немају својства хартија од вриједности, ради чега се удјели у друштву теже преносе, па су чланови друштва са ограниченом одговорношћу чвршће везани за друштво, него акционари.² За разлику од акционарског друштва у коме једно лице може имати више акција истог акционарског друштва, сваки члан друштва са ограниченом одговорношћу може имати само један удио у друштву. У случају да један члан друштва стекне удио од другог члана друштва, његов удио се сразмерно повећава и он неће имати два удјела. Један удио може имати више власника. Иако ово друштво комбинује карактеристике друштава лица и друштава капитала, у правној науци превладава становиште да оно спада у друштво капитала. То из разлога, што се односи између чланова друштва уређују зависно од величине средстава, која су они уложили у друштво. Међутим, води се рачуна и о личним односима између чланова друштва, што код акционарских друштава, као правих друштава капитала, није од значаја.³ Друштво се оснива симултано и није могуће оснивање друштва јавним уписом улога.⁴

Улози оснивача могу бити у новцу, стварима и правима израженим у новчаној вриједности, односно могу бити новчани или неновчани, укључујући и извршени рад и пружене услуге у друштву⁵ и морају бити уписани у тој висини да покривају основни капитал.

1 Мирко Васиљевић, *Привредна друштва, домаће и ујоредно право*, Београд, 1999, стр. 157.

2 Драго Дивљак, „Удјели код друштва са ограниченом одговорношћу“, *Право, теорија и пракса*, бр. 8-12/93, стр. 24.

3 Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд 1990, стр. 62-63.

4 Јакша Барбић, „Друштво са ограниченом одговорношћу у Југославенском праву“, *Привреда и право*, бр. 7-8/90, стр. 504.

5 Закон о привредним друштвима Републике Српске (*Сл. гласник Републике Српске*, бр. 127/08), чл. 105.

Новчани дио основног капитала друштва са ограниченом одговорношћу према Закону о привредним друштвима Републике Српске на дан уплате је износио 2.000,00 КМ, с тим што се најмање половина уплаћивала на привремени рачун до регистрације друштва, а остатак се уплаћивао на рачун друштва у року од двије године, од дана регистрације. Међутим, измјенама овог Закона од 18. јула 2013. године,⁶ „новчани дио основног капитала друштва са ограниченом одговорношћу износи најмање 1 КМ (једна конвертибилна марка), и уплаћује се на привременни рачун до регистрације друштва“.⁷

Друштво са ограниченом одговорношћу може бити једночлано или вишечлано, зависно од тога да ли га је основао један оснивач или више оснивача. Оснива се оснивачким актом који може бити у форми одлуке о оснивању, код једночланих друштава и у форми уговора код вишечланих друштава. Уговором о оснивању се уређују међусобни односи, односно права и обавезе оснивача.

Према члану 99 Закона о привредним друштвима Републике Српске,

- 1) Друштво са ограниченом одговорношћу јесте привредно друштво које оснива једно или више правних и/или физичких лица, у својству чланова друштва, ради обављања одређене дјелатности под заједничким пословним именом.
- 2) Друштво са ограниченом одговорношћу одговара за своје обавезе цјелокупном имовином.
- 3) Члан друштва са ограниченом одговорношћу не одговара за обавезе друштва, осим до износа неунесеног улога у имовину друштва.
- 4) Друштво са ограниченом може имати највише 50 чланова.
- 5) Ако се број чланова друштва са ограниченом одговорношћу повећа изнад броја чланова из става 4 овог члана, али не више од 100 чланова, и ако се тај број одржи у периоду дужем од годину дана, то друштво мијења правну форму у форму затвореног акционарског друштва.

6 Вид. Закон о измјенама и допунама Закона о привредним друштвима (Сл. гласник Републике Српске, бр. 67/13), чл. 4.

7 Претпоставља се да се законодавац определијелио на овакву измјену Закона ради очекивања оснивања већег броја друштава са ограниченом одговорношћу, и повећања веће стопе запослености. Међутим, овај приступ може имати и негативне последице, јер доводи у питање озбиљност основаног друштва које *de facto* и *de iure*, нема никаквих средстава, без којих је оно кредитно неспособно и истовремено пружа могућност оснивања мање озбиљним оснивачима.

Према Закону о привредним друштвима Федерације Босне и Херцеговине,⁸

„Друштво са ограниченом одговорношћу је друштво чији је основни капитал подијељен на удјеле.

За обавезе друштва са ограниченом одговорношћу члан друштва одговара својим удјелом.

Удјели оснивача друштва са ограниченом одговорношћу могу бити различити, а сваки оснивач може стећи само један удео.“

Закон о привредним друштвима Републике Србије прописује да „друштво са ограниченом одговорношћу је друштво у коме један или више чланова друштва имају удјеле у основном капиталу друштва, с тим да чланови друштва не одговарају за обавезе друштва, осим у случајевима предвиђеним чланом 18 овог Закона“.⁹

У пракси је овај облик предузећа погодан ако се мањи број лица која се познају и између којих постоји однос повјерења, жели заједнички бавити неком привредном дјелатношћу, без личне имовинске одговорности и уз улагање мањег капитала, него што је потребно за оснивање акционарског друштва.¹⁰

II Пренос удјела у друштву

Иако друштво са ограниченом одговорношћу спада у друштво капитала, јер је несумњиво да елементи капитала у њему претежу, оно у себи ипак има и персоналне елементе, који нарочито могу доћи до изражаја код преноса оснивачких удјела, било између самих чланова друштва, или преносом удјела трећих лица. Самим оснивачима, који су се за оснивање друштва определијелили са високим степеном повјерења, било као чланови породице или из неких других разлога, није свеједно на кога ће бити пренесен оснивачки дио оснивача чијим преносом практично престају његова досадашња права и преносе се на друго лице. Ово нарочито долази до изражаја када се ради о преносу оснивачких удјела на тзв. трећа лица, односно лица изван друштва. У овом контексту, сасвим оправданим могу се прихватити постојања читавог низа ограничења у упоредном праву и националним законодавствима, док су у овом другом случају, када се ради о преносу оснивачких удјела

8 Закон о привредним друштвима Федерације БиХ (*Сл. новине Федерације БиХ*, бр. 23/99), чл. 309.

9 Поближе о томе видјети чл. 139, у вези са чл. 18, Закон о привредним друштвима Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011), чл. 139 у вези са чл. 18.

10 И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 63.

између самих чланова друштва, упоредно право и национална законодавства много флексибилнија и либералнија.

III Пренос удјела трећим лицима

Затвореност друштва са ограниченом одговорношћу у односу на трећа лица, као крунска разлика, у односу на акционарска друштва и сличност у односу на друштва лица, најбоље је видљива из режима преноса удјела трећем лицу.¹¹

Ова затвореност, уствари представља оправдану бојазан да кроз преношење оснивачких удјела од стране члана друштва, неком трећем лицу не дође до поремећаја већ постојеће хармоније самих чланова и у том контексту треба посматрати настојања неких националних закона за прописивањем строжијих правила за пренос удјела трећим лицима. Најстрожија правила у овом контексту прописује Швајцарско право које за пренос удјела трећем лицу захтијева сагласност 3/4 чланова који представљају 3/4 капитала друштва (кумулација чланова и гласова), али не искључује да се уговором предвиде и друга ограничења, па чак и потпуно искључење преноса удјела на трећа лица.¹² Слична рјешења садрже и Француско право, које захтијева сагласност већине чланова који представљају 3/4 капитала друштва (комулација чланова и капитала), као и Чешко право, које, поред сагласности скупштине друштва за пренос удјела трећем лицу тражи, односно оставља могућност да се оснивачким актом предвиди и другачије.¹³

За разлику од горе наведених права њемачко право има најлибералнији режим по којем је преносу удјела на треће лице слободан (захтијева се да то учини јавно-бележничким актом), али ако се уговором утврди сагласност органа управљања друштва (нпр. ако је ријеч о удјелу члана друштва који је преузео према друштву тзв. споредне чинидбе), она изостане, сагласност може дати и суд (суд може да одбије давање сагласности само ако нађе да зато постоје ваљани разлози – пренос би нанео штету друштву, члановима и повјериоцима).¹⁴

Међутим, Уговором о оснивању друштва могуће је искључити могућност преноса удјела трећем лицу. Ово проистиче из тзв. наглаше-

11 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 189.

12 Поближе о томе вид. Швајцарски закон, чл. 791, наведено по Мирку Васиљевићу, *нав. дело*, стр. 189.

13 Поближе о томе видјети, члан 45. Француски Закон о трговачким друштвима, чл. 45 и 115 ст. 1 и 2 и Чешки трговачки закон, наведено по Мирку Васиљевићу, *нав. дело*, стр. 189.

14 Мирко Васиљевић, *Водич за примену Закона о привредним друштвима*, Београд, 2011, стр. 213.

ног персоналног карактера овог друштва, а о чему је било више говора у претходном дијелу овог рада. Тако нпр. правна пракса у Њемачкој је развила неколико типова клаузула о ограничењу преноса удјела (винкулирања). Прво, постоје клаузуле којима се тражи сагласност скупштине, свих или појединих чланова друштва или управе. Друго, клаузуле о праву прече куповине осталих чланова друштва и самог друштва и треће, клаузуле којима се дјелимично ограничава могућност преноса тако да се дозвољава пренос само одређеним лицима или члановима породице или се, пак, забрањује пренос у конкретним околностима (пренос удјела конкуренту).¹⁵

Закон о привредним друштвима Републике Српске и Републике Србије, иако у начелу полазе од тзв. слободног преноса, прописује ограничења преноса овог права трећим лицима и установљавају право прече куповине чланова друштва као законско диспозитивно право, уз могућност искључења или ограничења на аутономној основи.¹⁶

И енглеско право прописује ограничења преноса удјела у друштву са ограниченом одговорношћу, кроз статут које може да буде кумулативно или сепаративно. У првом случају, борд директора има право да одбије упис преноса у књигу удјела или да тај пренос услови својом одлуком. У том случају, преносилац удјела се може обратити суду, а суд може одобрити пренос и наредити регистрацију преноса само ако установи да је борд директора поступао несавјесно, а терет доказивања је на потенцијалном преносиоцу. Друга форма рестрикције преноса удјела јесте право прече куповине постојећих чланова друштва, у складу са законом и статутом.¹⁷

Другим ријечима, удјели у друштву са ограниченом одговорношћу су у начелу преносиви на друга лица, али слобода преноса удјела је, практично у свим правима коригована бројним правилима, којима се у циљу заштите интереса чланова друштва, овај пренос ограничава и регулише. Ограничење преноса може бити прописано самим законом на императиван и диспозитиван начин, а може на основу закона бити утврђено и статутом, односно уговором о оснивању друштва. При томе се најчешће прави разлика, између услова за пренос удјела на другог члана друштва и само друштво и услова који важе за пренос удјела на треће лице.¹⁸

15 *Ibid.*

16 Поближе о томе вид. Закон о привредним друштвима Републике Српске, чл. 120 и Закона о привредним друштвима Републике Србије, чл. 160.

17 Поближе о томе видјети: М. Васиљевић, *Водич за њрмену Закона о њривредним друштвима*, стр. 213.

18 Стеван Шогоров, „Право пречег стицања удјела у друштву с ограниченом одговорношћу“, *Право и њривреда*, бр. 5-8/2008, стр. 22.

IV Пренос удјела у д.о.о. у праву Републике Српске

Закон о привредним друштвима Републике Српске, у правилу, суштински садржи рјешења по узору на Закон о привредним друштвима Републике Србије, иако постоје одређене термилошке разлике које нису од нарочито битног значаја. Ова истовјетна рјешења произилазе као из појмовног дефинисања друштва са ограниченом одговорношћу, тако у односу на оснивачке акте, међусобна права и обавезе чланова заснована на уговору о оснивању, правној природи и карактеру оснивачких удјела, њиховом преносу, ограничењима преноса итд.

Закон у основи разликује пренос удјела члановима друштва или њиховим члановима породице и преноса трећим лицима.

У првом случају, закон прописује да се „удио члана друштва са ограниченом одговорношћу може слободно преносити, ако овим законом, оснивачким актом или уговором чланова друштва није другачије одређено, и то:

- а) другом члану друштва или друштву,
- б) супружнику преносиоца, брату, сестри, претку, потомку или супружнику потомка,
- в) законском заступнику или наследнику члана друштва након његове смрти, и
- г) статусном промјеном у складу са овим законом.¹⁹

Дакле, закон у овом случају не искључује могућност ограничења, било самим законом, оснивачким актом, или уговором чланова друштва.

У другом случају, тј. у случају када се ради о преносу оснивачког удјела трећем лицу, Закон уводи одређена ограничења преносиоцу удјела на тај начин што га обавезује да „прије него што понуди свој удио или дио удјела трећем лицу, који није члан друштва, је дужан да тај удио или дио удјела понуди друштву“. У случају да друштво не искористи право пречег стицања у року одређеном оснивачким актом или уговором чланова друштва о чему одлуку доноси скупштина чланова друштва, понуда се доставља другим члановима друштва, у складу са оснивачким актом или уговором чланова друштва. Ако друштво са ограниченом одговорношћу, односно чланови друштва не обавијесте члана друштва који продаје удио у одлуци у року утврђеним оснивачким актом или уговором чланова друштва, сматра се да је понуда одбијена.

19 Закон о привредним друштвима Републике Српске, чл. 120 под насловом „Ослобађање ограничења преноса“.

Друштво са ограниченом одговорношћу, односно чланови друштва могу дати против-понуду члану друштва који нуди продају удјела, а члан мора дати друштву, односно члановима друштва писано обавијештење о прихватању против-понуде у року од десет дана од дана пријема против-понуде, а ако члан друштва који нуди продају удјела не одговори у том року, сматра се да је против-понуда одбијена.

Друштво са ограниченом одговорношћу које прихвати понуду за стицање удјела члана друштва, може расподијелити дио или цио стечени удио једном или већем броју чланова друштва ако сви чланови друштва који су гласали за стицање удјела одобре такву расподјелу. Ако друштво са ограниченом одговорношћу не може због ограничења плаћања, да изврши стицање удјела члана друштва, чланови друштва који су гласали за куповину удјела обавезни су да купе удио сразмјерно свом удјелу у основном капиталу друштва.

Ако је понуда члана друштва са ограниченом одговорношћу друштву, односно члановима друштва за стицање удјела одбијена, тај члан може пренијети свој удио или дио понуђеног удјела трећем лицу по цијени и у складу са другим условима своје понуде друштву, односно члановима друштва или по вишој цијени, у року од 60 дана од дана обавјештења о одбијању његове понуде од друштва и чланова друштва, односно од дана истицања рока за обавјештавање о одлуци скупштине чланова друштва и чланова друштва утврђеног оснивачким актом или уговором чланова друштва.²⁰

За разлику од Закона о привредним друштвима Републике Србије, који у члану 160, носи наслов „Слобода преноса удјела – основно правило“, прописује да је пренос удјела слободан, осим ако је овим законом или оснивачким актом другачије одређено, Закон о привредним друштвима Републике Српске, ову слободу преноса, мада са одређеним ограничењима, у складу са Законом, оснивачким актом или уговором чланова друштва априори веже за чланове друштва и чланове њихових породица, правећи на тај начин формално-правну разлику између чланова друштва и трећих лица. Дакле, Закон о привредним друштвима Републике Србије, прописујући да је пренос удјела слободан, а да чланови друштва имају право прече куповине који је пренос трећем лицу, практично само *de iure*, говори о слободи преноса, јер ову слободу ограничава право прече куповине, док Закон о привредним друштвима Републике Српске само *de iure* у почетку прави ову разлику, *de facto*, у односу на трећа лица садржи иста ограничења као и Закон о привредним друштвима Републике Србије који у начелу говори о слободном

20 Поближе о томе вид. Закон о привредним друштвима Републике Српске, чл. 121.

преносу удјела. У том смислу ова, као и читав низ других разликовања, треба посматрати више као разликовања терминошке, а не као суштинске природе.²¹

Оно што је значајно поменути јесте чињеница да Закон о привредним друштвима Републике Српске и код преноса удјела у судском извршном поступку даје члановима друштва право прече куповине у односу на лица која би се као повјериоци појавили у овом извршном поступку.²²

Што се, пак, тиче самих услова и последица преноса Закон прописује да се удио преноси уговором у писаној форми са нотарски овјереним потписима преносиоца и стицаоца и да за пренос удјела није потребна измјена оснивачког акта друштва са ограниченом одговорношћу, осим ако је тим актом другачије одређено. Преносилац удјела и стицалац удјела су обавезни да без одгађања пријаве друштву са ограниченом одговорношћу пренос удјела, промјену члана и вријеме промјене, ради уписа у књигу удјела, а сам пренос има правно дејство према друштву са ограниченом одговорношћу од дана пријема обавјештења о преносу. Стицалац удјела постаје члан друштва кад се писаним путем сагласи да постане члан и назначи да га обавезује оснивачки акт и уговор чланова друштва и када се у складу са законом упише у књигу удјела.

Што се, пак, тиче преноса удјела на наследнике, он има правно дејство у складу са актом о наслеђивању.²³

Иако Закон о привредним друштвима Републике Српске децидно не прописује о којим врстама уговора је ријеч, када се ради о преносу оснивачких удјела, произилази да се тај пренос може учинити сваким правним послом који је усмјерен преносу пословног удјела.²⁴

Пренијети се може и будући пословни удио, тј. онај који ће тек настати уписом друштва у судски регистар, настанком друштва правне особе или повећањем темељног капитала друштва, уписом тог повећања у судском регистру. Обвезно правни посао којим се преузима обвеза преноса постоји прије настанка пословног удјела, а пренос ће се остварити када настане пословни удио. То омогућује будућим пословним удјелима да располажу и чланови преддруштва, што је важно

21 Чини се да, иако ова два закона садрже истовјетна рјешења, да су рјешења из Закона о привредним друштвима Републике Србије на доста јаснији и прецизнији начин дефинисала пренос права оснивачких удјела у д.о.о., у односу на рјешења из Закона о привредним друштвима Републике Српске.

22 Закона о привредним друштвима Републике Српске, чл. 122.

23 Поближе о томе вид. Закон о привредним друштвима Републике Српске, чл. 123.

24 Поближе о томе вид. Јакша Барбић, *Право друштва*, Загреб, 2007, стр. 1095.

због финансијских конструкција којима се осигуравају средства за рад друштва и за остварење већих пословних подхвата, у којима је оснивање друштва са ограниченом одговорношћу само један од сегмената.²⁵

Преношење удјела могуће је правним послом *inter vivos* и *mortis causa*. Удио се може продати или поклонити завештати тестаментом. До преноса удела може доћи и универзалном сукцесијом – у случају смрти физичког лица или статусних промена правног лица.²⁶

V Закључна разматрања

Друштво са ограниченом одговорношћу спада у ред најатрактивнијих привредних друштава, како ради једноставности у његовом оснивању, тако и ради одговорности његових оснивача, његовог пословања, преноса оснивачких удјела итд. Иако у себи садржи елементе друштава лица, у њему ипак претежу елементи друштава капитала, па је ради тога сврстан у ову групу друштава. За преузете обавезе друштво одговара свом својом имовином (потпуна одговорност), док његови чланови као оснивачи су без одговорности за обавезе друштва и сnose ризик само до висине оснивачког удјела. Оно је правни субјект, који стиче правни субјективитет уписом у судски регистар. Има своју имовину, одвојену од имовине његових чланова којом обавља своју дјелатност и одговара за преузете обавезе. Може се оснивати за обављање било које привредне дјелатности, затвореног је типа са елементима *intuitu personae*. Може бити једночлано или вишечлано, зависно од тога да ли га оснива један или више оснивача. Удјели оснивача могу бити у новцу, стварима и правима, а оснивачки удјели нису хартије од вриједности. Зависно од висине оснивачких удјела чланови друштва имају различито припадајућа права, као на пр. право гласа, учешћа у добити, учешћа у ликвидационом поступку, и друга. Друштво је дужно да води књигу удјела.

Пренос удјела чланова друштва је у правилу слободан, ако закон, оснивачки акт или уговор не прописују другачије, и то између чланова друштва и њихових сродника. У случају преноса оснивачког удјела трећем лицу, члан друштва са ограниченом одговорношћу прије него што понуди свој удио или дио удјела трећем лицу, дужан је да тај удио или дио удјела понуди друштву. Чланови друштва имају право прече куповине при преносу удјела и у судском извршном поступку. Удио се, у праву Републике Српске преноси уговором у писаној форми са нотарски овјереним потписима, преносиоца и стицаоца.

25 *Исто*.

26 Поближе о томе вид. Дијана Марковић Бајаловић, *Право привредних друштава*, Источно Сарајево, 2011, стр. 162–163.

Пренос удјела не мијења било шта у имовини друштва, већ врши одговарајуће промјене у персоналној имовини лица између којих се одвија пренос, а лица на које је извршен пренос ступају у правни положај свог претходника.

Vitomir POPOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka

THE RIGHT OF DISPOSITION WITH SHARES OF LIMITED LIABILITY COMPANY UNDER LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

*Limited liability company has become one of the most prevalent business forms, due to its constitutional simplicity, its founders' liability, its business dealings, transfer of founders' shares, etc. Although it contains elements of proprietorship and partnership, corporate elements still prevail, thus classifying it as a corporation. For assumed obligations the company accepts full liability, while its members as subscribers are released from liability for the company and assume the risk equal to their founders' shares. The company is a legal subject, which attains its legal subjectivity by way of entering into a register of companies. It owns property in its own name, distinct from the property of its members, to perform its business and accept liability for assumed obligations. It can be constituted for the purpose of performing any business activities; it is a closed-type business form with elements of *intuitu personae*. It can be a single or multiple member business, depending on the number of subscribers. The subscriber shares can be in cash, assets and rights, wherein securities are not considered subscriber shares. Relevant to their subscriber shares, company members are assigned different associate rights, such as voting right, the right to share of dividends, the right to partake in the liquidation process, etc. The company must manage a share ledger.*

Transfer of shares of company members is, generally speaking, liberal, unless the Statute, the Articles of Association or Contract prescribe otherwise, and is performed among company members and their successors. In case of transfer of subscribed shares to a third party, a company member is required, prior to offering his share or its part, to the third party, to offer that share or its part to the company. The company members have pre-emption rights or the right of

“first refusal” in the course of transfer of share and in the judicial enforcement process. The share, by laws of the Republic of Srpska, is transferred in writing by way of notarized contractual agreement between transferor and acquirer.

Transfer of shares does not make any changes in the company property, but changes in personal property of individuals who perform transfer, and persons who acquire shares replace the position of their predecessors.

Key words: *limited liability company, subscribed shares, transfer of subscribed shares.*

др Илија БАБИЋ
редовни професор Факултета за европске правно-политичке студије
у Новом Саду, Универзитет Едуконс

ЈАВНИ БЕЛЕЖНИК И ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКЕ ИСПРАВЕ – ЗАПИСНИЦИ ОРГАНА ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА И ОВЕРЕ ЊИХОВИХ ОСНИВАЧКИХ АКТА

Резиме

Право Србије усвојило је у својој најраширенијој – латинској писаној бележници. Јавни бележник није државни орган иако врши одређена јавна овлашћења, као да је он државни орган. Овлашћења су му поверена директно законом или одлуком суда.

Закон о јавном бележнику (ЗЈБ) прописује да записници са својине одређеној писаној акционарских друштва морају имати облик јавнобележничког записника (искључива форма). Оснивачким актом привредног друштва може се предвидети да облик јавнобележничког записника мора имати записник са седнице и других органа друштва, односно записник са седнице органа друге врсте привредног друштва.

На оснивачке акте привредних друштва примењује се правило о конкурентској или алтернативној форми, иако да поједини на оснивачком акту могу бити оверени у суду или пред јавним бележником.

Закон о јавном бележнику преузео је разврставање акционарских друштва из Закона о привредним друштвима из 2004. ие је и обавезу форме јавнобележничког записника учинио је зависним од ове поделе. Важећи Закон о привредним друштвима из 2011. није преузео ову поделу акционарских друштва. Стога члан 86 Закона о јавном бележнику није у складу са важећим Законом о привредним друштвима.

Кључне речи: *јавнобележничка исправа, јавни бележник, седница скуи-шићине акционарској друшћива, оснивачки акћи иривред-ној друшћива.*

І Појам јавног бележника

Јавни бележник је правни стучњак именован од министра правде коме су поверена јавна овлашћења а нарочито: да од учесника прима изјаве воље и даје им прописану писмену форму и о томе издаје исправе које имају карактер јавних исправа, чува изворнике тих исправа и друге поверене исправе и ствари, издаје преписе исправа, јавно потврђује чињенице, даје учесницима савете из области делокруга свог рада и предузима друге послове и радње одређене законом.¹ Из ове дефиниције проистиче да је у нашем праву усвојен у свету најраширенији – латински тип бележништва.² Латински тип бележништва прихватиле су државе проистекле из бивше СФР Југославије.³

Јавни бележник је правни стручњак. Поред осталих претпоставки, прописаних законом, које мора испунити лице да би било именовано за јавног бележника, оно мора имати диплому правног факултета у Републици Србији. Ако је диплома правног факултета стечена изван Републике Србије она мора бити нострификована. Осим тога, лице се може именовати за јавног бележника ако је положило правосудни испит, испит за јавног бележника и има најмање пет година радног ис-

1 На сличан начин, члан 2 став 3 Закона о јавном бележништву дефинише јавног бележника: „Јавни бележник је стручњак из области права, именован од стране министра надлежног за правосудје, који на основу јавних овлашћења прихвата од странака изјаве воље и даје им потребну писмену форму и о томе издаје исправе које имају карактер јавних исправа, чува оригинале тих исправа и друге поверене документе, издаје преписе исправа, јавно потврђује чињенице, даје странкама савете о питањима која су предмет његове делатности и предузима друге радње и врши друге послове одређене законом.“

2 Д. Кнежић Поповић, Љ. Дабић, „Јавно бележништво у европским земљама“, у: *О јавном бележништву – ношару*, Глосаријум, Београд, 2004, стр. 93–102; Д. Кнежић Поповић, „Јавно бележништво у европским земљама и разлике“, *Правни живои*, бр. 10/1998, стр. 791–803; П. М. Трговчевић, *Овлашћења јавној бележника и организација бележнишћива*, Службени гласник, Београд, 2012, стр. 84.

3 Видети: чл. 2–4 Закона о нотарима ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 45/02; чл. 2–4 Закона о нотарима Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 2/05 до 78/11; члан 2 Закона о јавном бележништву Хрватске, *Народне новине*, бр. 78/93 до 75/09; чл. 2–6. Закона о нотарима Црне Горе, *Службени листи РЦГ*, бр. 68/05 и *Службени листи ЦГ*, бр. 49/08; *Zakon o notariatu, Uradni list RS*, шт. 13/94 до 115/06; чл. 2–5 Закон за нотаријатот, *Службен весник за РМ*, бр. 55/07 и 86/08.

куства у правној струци после положеног правосудног испита (члан 25 Закона о јавном бележничтву⁴ – ЗЈБ).⁵

Јавни конкурс за именовање јавних бележника расписује и спроводи Комора, али на основу одлуке министра. Јавног бележника именује решењем министар, по прибављеном мишљењу Коморе. Решење министра има својство коначног управног акта јер је против њега дозвољено вођење управног спора (чл. 27 и 28 ЗЈБ).

Јавни бележник није државни орган (суд а ни орган управе) иако врши одређена јавна овлашћења, као да је он државни орган. Јавни бележник врши јавна овлашћења која су му поверена директно законом или одлуком суда (чл. 4 тачка 3 и члан 98 ЗЈБ).

Кад јавни бележник издаје исправе оне имају карактер јавних исправа. Јавни бележник је овлашћен да, у прописаним случајевима, од учесника прима изјаве воље и даје им прописану форму и о томе издаје исправе. Такве исправе имају карактер јавних исправа. Јавне су оне исправа коју је у прописаном облику издао државни орган у границама своје надлежности, односно предузеће или друга организација у оквиру законом повереног јавног овлашћења. Она доказује оно што се у њој потврђује или одређује (члан 154 Закона о општем управном поступку⁶ – ЗУП-а). Насупрот томе, приватне исправе (*documenta privata*) издаје физичко лице, орган, правно лице или друга организација која не врши јавна овлашћења. Својство нејавних (приватних) исправа имају све друге исправе које нису јавне. Исправе које издаје јавни бележник испуњавају три кумулативно потребне претпоставке за јавну исправу: 1. издаје их у правним пословима које врши на основу поверених јавних овлашћења, 2. издаје их у законом прописаној форми и 3. издаје их у оквиру својих овлашћења.⁷ Отправак јавнобележничке исправе је, такође, јавна исправа. То је потпуни препис јавнобележничке исправе који је означен као отправак. Оверава се на исти начин као и изворник и у правном промету замењује јавнобележничку исправу (члан 105 став 4 ЗЈБ).

Овера нејавне исправе коју поднесу странке има смисао потврђивања јавног бележника да су странке правног посла или странке које дају изјаву, својеручно потписале исправу или својеручно ставиле свој отисак прста, у складу са ЗЈБ. На тај начин исправа не постаје јавна ис-

4 Службени гласник РС, бр. 31/11, 85/12 и 19/13.

5 Потпуније вид.: Д. Кнежић Поповић, „Услови за именовање јавног бележника“, *Право и јолишика*, бр. 1/2013, стр. 30–48.

6 Службени лист СФРЈ, бр. 33/97 и 31/01 и Службени гласник РС, бр. 30/10.

7 К. Сењак, „Нотаријат и извршност нотарских аката“, *Зборник Правног факултета у Зајребу*, бр. 2/2013, стр. 454.

права и јавни бележник није одговоран за садржину исправе. Приликом овере нејавне исправе јавни бележник није дужан да утврђује да ли су испуњени услови за пуноважност правног посла или изјаве (члан 92 ЗЈБ).

У случајевима предвиђеним законом, јавни бележник овером даје нејавној исправи правну снагу јавне исправе (солемнизација) – члан 93 ЗЈБ.

II Историјат

У III и II миленијуму пре наше ере, на подручју Месопотамије (Сумер, Акад, Вавилон), у нижим областима Еуфрата, које су биле плавлене, настало је прво познато клинасто писмо и први музеји и библиотеке (централизоване државне институције). Глинене плочице су се очуване у великом броју захваљујући паљењу грађевина у којима су чуване, што на овим просторима није био редак случај. На тај начин су сачуване („архивиране“) читаве библиотеке.⁸ Из ових плочица проистиче да су писари, које је постављао владар, бележили на глинене плочице и правне послове физичких лица (уговоре, признанице, поравнања и судске одлуке) зашиљеном трском на глини. Писар је бележио битне састојке правног посла у глини, а затим је текст умотавао у нови слој глине (да за садржину правног посла не би сазнала трећа лица). На другом слоју глине уписивани су подаци о странкама, правном послу и отискивани печати странака, сведока и самог писара.⁹ У случајевима када су радили за странке писари су, уствари, имали улогу јавног берлежника.

У III и II миленијуму пре наше ере у Египту су писари писали на папирусу (документи писани на овом материјалу, који је лако горео и пропадао од влаге, сачувани су у много мањем броју него глинене плочице). Откривене и сачуване исправе које су сачиниле жене, садрже сингуларна располагања имовином „*mortis causa*“. На подручју Египта нађена је и статуа писара, пореклом из 5. династије, стара скоро 4.000 година. Статуа писара сада се налази у Лувру, а њене копије често се срећу у нотарским канцеларијама у Француској.¹⁰

Према старом Јеврејском праву (пре Христа) писари (који су били свештеници и нека врста судије) су писали садржину уговора у два примерка. Један примерак би се оверавао јавним печатом и на њега стављао знак, а други би се предавао, пред сведоцима, трећем лицу.¹¹ Улога пи-

8 Ostler, *Carstva reči – Jezička istorija sveta*, Геопоетика, Београд, 2008, стр. 56.

9 С. Аврамовић, „Правноисторијски аспекти нотаријата“, у: Драгор Хибер (ур.), *Јавнобележничко право*, Београд, 2006, стр. 37.

10 *Ibid.*, стр. 39.

11 *Ibid.*, стр. 40.

сара била је значајна приликом суђења, што је видљиво из Талмуда,¹² а касније и приликом сачињавања одређених уговора како је то написано у Старом завету.¹³

Стари Грци су јавне бележнике имали већ у IV веку пре наше ере.¹⁴ Тако, Аристотел у *Полијици* наводи: „Од неопходних органа власти потребан је на првом месту један који ће бринути о агори; водити рачуна о трговачким уговорима и одржавати ред. Готово у свим државама постоји потреба за продајом и куповином да би се задовољиле узајамне потребе грађана...“¹⁵ а затим истиче: „Постоји, затим власт пред којом се морају потписивати приватни уговори и судске пресуде; та иста власт прима писмене тужбе и уводи у судски поступак. Каткад се та служба дели на више грана, али једна стоји изнад свих. Ти службеници се називају хијеромнемонима (чуварима архиве), епистатима (бележницима), мнемонима (писарима) и другим сличним називима.“¹⁶

У Гортинском закону из V века пре наше ере помиње се на два места државни службеник *мнемон*. Они су записивали судске пресуде, а доцније су обезбеђивали публицитет правних послова, првенствено продају непокрених ствари.¹⁷

Прве писаре (јавне бележнике) Римљани су преузели од Грка, а тек крајем IV века прихватили су и став грчког права да исправе бележника имају већу доказну снагу од приватних исправа. У том периоду срећемо почетке савременог бележништва, које је, до краја Западног римског царства, било приватно бележништво.¹⁸ Римљани су имали писаре (*scribae*) који су били јавни чиновници. Било је више врста писара и назива али је све више коришћен општи назив – *tabellio*. Сматра се да је овај назив настао од латинске речи *tabula* односно *tabella*, која значи дашчица, плочица, таблица пресвучена воском по коме се писало.¹⁹ *Tabellio* је означавао писара који се професионално бавио састављањем

12 „Двојица судских писара стајаху пред њима. Један с десне, а други с лево, и записиваху речи оних који оптужују и оних који бране.“ *Талмуг*, Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1990, стр. 223, лист 36/б.

13 У Старом завету среће се претеча јавног бележника – Књига пророка Јеремије (глава 32, 9–12). У истој књизи се, такође, даље, наводи: „44. Куповаће њиме за новце, и писаће књиге и печатити и узимати свједоке...“

14 С. Аврамовић, *нав. рад*, стр. 41.

15 Аристотел, *Полијица*, Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1984, стр. 166, 1321/б.

16 Аристотел, *нав. дело*, стр. 167, 1321/б.

17 С. Аврамовић, *нав. рад*, стр. 44.

18 *Ibid.*, стр. 44–46.

19 Ј. Ђорђевић, *Латинско-српски речник*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1997 (репринт из 1886), стр. 1480; М. Дивковић, *Латинско хрватски рјечник*, Загреб, 1980 (репринт из 1900), стр. 1046.

исправа за физичка лица (признаница о закљученим уговорима, теста-мената, итд) и молби које су упућиване цару и високим функционерима државе. За обављање ове делатности по Јустинијановом праву била је потребна службена дозвола (*auctoritas*). Ова делатност била је под контролом државних органа. *Tabellio* је, према Јустинијановом праву, био претеча јавног бележника.²⁰

После пада Западног римског царства, у Источном римском царству (Византији) делатност и даље обављају табелиони и нотари. Појављују се нови називи *nomikos* и *simbolaiographos* (писац уговора). Сматра се да су сви они имали исту функцију. Табелиони су били удружени у организацију којом је руководио *primicerius*. Номици и табелиони били су најчешће свештена лица. Њихове „нотарске канцеларије“ (*stationes*) су, углавном, биле поред цркава за које су биле везане.²¹

Законик Стефана Душана регулише у више чланова (в. на пример: чл. 56, 91, 104, 107, 108, 162 Призренског преписа) једну врсту јавног бележника под називом *присѣав*. Тачну оцену улоге пристава дао је Стојан Новаковић: „...изгледа да су пристави били код судова, али да нису били везани за суд ни за државну службу, но само да су били људи спремни и овлашћени за помагање у парничењу и у извршавању судских одлука и наредба, и да се по томе њима обраћао подједнако и парничар, да би им у парничењу помогао и заступао их, и суд, да би му што на пољу, у вароши или по селима видео, разабрао, расправио или свршио.“²²

У средњовековним приморским градовима, под утицајем Италије, на просторима који су некада чинили СФРЈ, јавно бележништво је имало значајну улогу, што проистиче из градских статута и осталих извора.²³

III Јавнобележничка служба – делатност

Јавно бележништво је, у систему латинског типа нотаријата, јавна служба. У члану 2 ЗЈБ прописано да је јавно бележништво служба од јавног поверења. Јавни бележник је носилац јавне функције с обзиром на то да врши послове који су у надлежности државних органа. Држава је јавнобележничкој служби поверила вршење послова из надлежности својих суверених овлашћења.²⁴ Ова служба извршава функције које су

20 А. Ромац, *Рјечник римској њрава*, Информатор, Загреб, 1989, стр. 349.

21 С. Аврамовић, *нав. дело*, стр. 55 и 56.

22 С. Новаковић, *Законик Стефана Душана, цара српској 1349–1354*, Лирика, Београд, 2004, стр. 201.

23 Вид. на пример: А. Birin, „Šibenski bilježnici –Indricus de Indricis (1431–1434)“, *Povijesni prilozi*, бр. 44/2013, стр. 91–154.

24 А. Јакшић, „Нотаријат као јавна служба“, у: Драгор Хибер (ур.), *Јавнобележничко њраво*, Правни факултет у Београду, Београд, 2006, стр. 90.

исте као и функција било ког органа управе или суда у ванпарничном поступку (изузев таксативно набројаних, првенствено статусних, послова које може вршити само суд), а изузетно и парничног суда у пословима које може обављати јавни бележник – обезбеђења доказа и радњидостављања писмена. Суд не може јавном бележнику поверити послове за које је надлежан суд по Закону о извршењу и обезбеђењу²⁵ (ЗОИ), а ни послове за које је надлежан други државни орган по законима који уређују надлежност и поступак пред тим органом (члан 98 ЗЈБ).

Јавнобележничка служба није државна служба и није овлашћена да принуди учеснике у поступку, а ни друга физичка и правна лица на одређено понашање.²⁶ Јавни бележник није државни службеник. Он врши функцију у своје име и и за свој рачун уместо државе,²⁷ на јавнобележничке исправе ставља свој печат. Следом тога, он не прима плату од државе и не стичу државну пензију. За штету коју је проузроковао у обављању своје делатности одговара јавни бележник својом имовином, а не држава. Јавни бележник одговара и за сваку штету коју су проузроковали запослени у његовој канцеларији: јавнобележнички приправник и јавнобележнички помоћник, као и административно особље (члан 58 ЗЈБ).

Јавно бележништво је независна јавна служба. Јавни бележници нису државни службеници него својеврсни непристрасни јавни службеници.²⁸ У обављању делатности јавни бележник је самосталан и независан (члан 2 став 3 ЗЈБ). Јавни бележник сам води и организује своју канцеларију. Приликом сачињавања својих исправа јавни бележник није потчињен ниједном државном органу него само у Уставу и закону.²⁹

У државама чланицама Европске уније, које су прихватиле латински тип јавног бележништва, искрсло је питање: да ли је јавнобележничка служба у сфери приватног или јавног права? Од одговора на ово питање зависи да ли је за стварање и уједначавање јавнобележничког права надлежна Европска унија или државе чланице. Ако је јавнобележничко право домен приватног права Европска унија је надлежна да, путем ди-

25 *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 99/11 – други закон и 109/13 – одлука Уставног суда Србије.

26 *Ibid.*

27 В. Ријавец, „Улога нотара у грађанском праву Словеније“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2010, стр. 109.

28 Д. Кнежић Поповић, „Непристрасност јавног бележника“, *Правни животи*, бр. 13/2008, стр. 535–547.

29 В. Пранчић, „О дужности подузимања и ускрати службене радње јавног бележника“, *Зборник Правној факултету у Загребу*, бр. 4/2008, стр. 998.

ректива ово право уједначава. Уколико је јавнобележничко право домен јавног права оно би претежно остало у надлежности држава чланица. Тиме се не искључује могућност да ове државе двостраним или вишестраним споразумима реципрочно признају важност исправама које сачињава јавни бележник. По једном мишљењу јавно бележничко право претежно је у домену јавног права.³⁰ Ово становиште доведено је у питање после мишљења Европског суда правде у шест пресуда 2011. – по коме послови јавног бележника нису повезани са вршењем јавних овлашћења.³¹

У правној торији спорна је правна природа јавнобележничке службе. Према једном становишту, које проистиче из старе процесне теорије, јавнобележничка служба је управноправне природе. Ванпарнична делатност суда је по природи управна и кад је ванпарнична ствар приватноправне природе.³²

Друго становиште сматра да је јавнобележничка служба део судске надлежности. На ову службу је пренета судска надлежност, а јавни бележник је као и судија самосталан, непристрасан и независан те му је правни статус (али не и функција) донекле близак положају судије.³³

Према трећем становишту јавни бележник је независан носилац јавне службе, који није заступник странака а ни државе.³⁴ На њих је, међутим, пренет део судске (највећим делом ванпарничне) и управне надлежности. Јавни бележник поступа по судској процедури. Иако нема овлашћење да пресуђује он се не може поистоветити са органом управе. У највећој мери јавни бележник примењује ванпарничну процедуру. У овој процедури, по правилу, нема спора између учесника као што је састављање исправа и вршење других послова из грађанске области. Јавнобележничка служба је, у ширем смислу, део превентивног правосуђа које има за циљ да штити интересе грађана и спречи настајање спорова.³⁵ Јавни бележник, ипак, није судија иако је његов статус сличан статусу судије. Слично судији јавни бележник је дужан да обавља своју делатност као искључиво и стално занимање у складу са Уставом, законом и другим прописима те начелима самосталности, независности, савесности и поштења (члан 9 ЗЈБ). Јавни бележник има једно службено седиште у коме је дужан да води јавнобележничку канцеларију. Службе-

30 З. Томић, „Општа јавноправна обележја нотаријата“, у: Драгор Хибер (ур.), *Јавнобележничко право*, Правни факултет у Београду, Београд, 2006, стр. 219 и 220.

31 Д. Кнежић Поповић, „Европски суд правде: послови јавног бележника нису повезани са вршењем јавних овлашћења“, *Правни живоић*, бр. 12/2012, стр. 47–60.

32 П. М. Трговчевић, *нав дело*, стр. 131.

33 З. Томић, *нав. рад*, стр. 196; П. М. Трговчевић, *нав дело*, стр. 132.

34 З. Томић, *нав. рад*, стр. 196.

35 П. М. Трговчевић, *нав дело*, стр. 132 и 133.

но подручје јавног бележника обухвата подручје основног суда на којем се налази службено седиште јавног бележника (в. чл. 2, 16 и 17 ЗЈБ).

Јавно бележништво има за сврху да обезбеди несметано одвијање правног промета, извесност и правну сигурност. Бележник поступа на основу сагласне воље учесника. Он спречава спорове које би између њих могли настати, доприноси на тај начин правној заштити и појављује се као „превентивни судија“.³⁶

Уопште, јавни бележник је овлашћен да: 1) саставља, оверава и издаје јавне исправе о правним пословима, изјавама и чињеницама на којима се заснивају права и оверава приватне исправе; 2) преузима на чување исправе, новац, хартије од вредности и другепредмете; 3) на основу ЗЈБ и по одлуци суда обавља послове који му сепо закону могу поверити; 4) предузима друге радње у складу са законом (члан 4 ЗЈБ).

IV Јавнобележнички записник са седнице органа привредног друштва и њихови оснивачки акти

За одређен тип акционарских друштава и њихове поједине исправе ЗЈБ (императивним одредбама) прописује да морају имати облик јавнобележничког записника. Оснивачким актом привредног друштва може се предвидети да облик јавнобележничког записника мора имати записник са седнице и других органа друштва, односно записник са седнице органа друге врсте привредног друштва.

На оснивачке акте привредних друштава (одлуку о оснивању ако друштво оснива једно лице или уговор о оснивању ако друштво оснива двоје или више лица) примењује се правило о конкурентској или алтернативној форми.³⁷ Потписи на оснивачком акту, наиме, могу бити оверени у суду или пред јавним бележником.

1. Обавезна форма јавнобележничког записника

Императивним одредбама члан 86 став 1 ЗЈБ је одредио да облик јавнобележничког записника мора имати: „1) записник са оснивачке скупштине и друге скупштине акционарског друштва које има више од 100 акционара;“ и „2) записник са седнице другог органа акционарског друштва, када тај орган, у складу са законом којим се уређују привредна друштва и општим актом тог друштва одлучује о питањима из надлежности скупштине друштва.“

36 П. М. Трговчевић, *нав дело*, стр. 99.

37 Ј. Салма, „Нотаријално облигационо право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/12, стр. 95.

Из наведених одредаба проистиче да је ЗЈБ имао у виду одредбе Закона о привредним друштвима из 2004. Године,³⁸ а не Закон о привредним друштвима из 2011³⁹ који је ступио на снагу осмог дана од дана објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије“, а примењује се од 1. фебруара 2012. године, осим члана 344 став 9 и члана 586 став 1 тачка 8 тог закона, који се примењује од 1. јануара 2014. године (члан 600 ЗПД из 2011).

Према одредбама ЗПД из 2004. акционарско друштво је затворено и отворено (члан 194 ст. 1 и 2), а могло је имати и статут (члан 186 став 1). Ако у оснивачком акту није наведена врста акционарског друштва, закон је одредио претпоставку да је акционарско друштво отворено. Затворено акционарско друштво је друштво чије су се акције издавале само његовим оснивачима или ограниченом броју других лица и могло је имати највише 100 акционара (чл. 193 и 194 ЗПД из 2004). Акционарско друштво које има више од 100 акционара морало је имати облик отвореног акционарског друштва и учинити јавни позив за упис и уплату акција. Закон о привредним друштвима из 2011. није преузео такву поделу акционарских друштава – на затворено и отворено, него поделу ових друштава с обзиром на то како је организовано управљање друштвом. По овом обележју акционарско друштво може бити организовано као једнодомно или дводомно (чл. 326 ЗПД из 2011).

Оснивачи који оснивају акционарско друштво су били обавезни, на основу члана 198 ЗПД из 2004, у случају успеле емисије акција, да сазову и одрже оснивачку скупштину у року од 60 дана од дана истека рока за упис акција утврђеног у јавној понуди и проспекту. Одржавање оснивачке скупштине није услов за регистрацију акционарског друштва према раније важећем ЗПД из 2004. А и сада важећем ЗПД из 2011. Наиме, уз регистрациону пријаву (члан 16 Закона о регистрацији привредних субјеката⁴⁰ ЗРПС) оснивања отвореног али и затвореног акционарског друштва, прилаже се оснивачки акт друштва (одлука или уговор) овереним потписом оснивача (члан 36 ЗРПС), с обзиром на то да је оснивачки акт је конститутивни акт сваког те и акционарског друштва (члан 11 став 1 ЗПД из 2011).

Члан 86 став 1 тачка 1 ЗЈБ прописује да облик јавнобележничког записника мора имати, записник са оснивачке скупштине „и друге скупштине акционарског друштва, које има више од 100 акционара“. Закон о привредним друштвима из 2004, а ни ЗПД из 2011. не разврставају скупштине акционарског друштва по редном броју (на пример: прва,

38 Службени гласник РС, бр. 125/04.

39 Службени гласник РС, бр. 36/11.

40 Службени гласник РС, бр. 55/04, 61/05 и 111/09 – други закон.

друга...) него на оснивачку, редовну и ванредну (члан 330 ЗПД из 2011). Одредбе члана 86 став 1 тачка 1 ЗЈБ требало би, до одговарајуће измене и допуне овог закона, тумачити тако да облик јавнобележничког записника мора имати записник са оснивачке скупштине акционарског друштва, али и било које скупштине (редовне или ванредне) независно од тога како је друштво организовано – као једнодомно или дводомно (статутом се одређује да ли је управљање друштвом једнодомно или дводомно – члан 326 став 4 ЗПД из 2011).

Исту форму – јавнобележничког записника мора имати и записник са седнице другог органа акционарског друштва када тај орган одлучује о стварима из надлежности скупштине друштва. Кад је друштво једночлано функцију скупштине друштва врши једини акционар друштва (члан 326 став 3 ЗПД из 2011). Тако, ако једини члан одлучује из надлежности скупштине акционарског друштва, записник и његова одлука мора бити сачињена у облику јавнобележничког записника.

Форма јавнобележничког записника предвиђена је као једина – искључива форма.⁴¹ Ова форма је битна – услов пуноважности записника са седнице скупштине акционарског друштва, односно другог органа. Јавнобележнички записник мора имати садржину прописану чланом 89 став 1 ЗЈБ. Уколико јавнобележнички записник не садржи податке прописане овим ставом нема својство нити правно дејство јавне исправе (члан 89 став 2 ЗЈБ). Јавнобележнички записник који садржи утврђење чињеница, има прописану садржину, а следом тога и снагу јавне исправе (члан 7 став 1 ЗЈБ) али се, ипак, може побијати. Нетачност чињеница утврђених јавнобележничким записником може побијати свака странка која је учествовала у поступку састављања јавнобележничког записника, ако за то има правни интерес (члан 89 став 3 ЗЈБ). Тужба за утврђење подноси се у складу са одредбама члана 194 став 3 Закона о парничном поступку⁴² (ЗПП).

Јавни бележник не мора бити позван да води записник о седници скупштине акционара или другог органа акционарског друштва кад одлучује о питањима из надлежности скупштине тог друштва. Овакав закључак може се извести из одредаба члана 86 став 2 ЗЈБ да се на учешће јавног бележника у састављању јавнобележничког записника сходно примењују одредбе ЗЈБ „о оверавању одлуке органа управљања правног лица“. Овера одлука органа управљања правног лица регулисана је чланом 96 ЗЈБ.

Ако је јавни бележник позван да овери одлуку органа управљања правног лица, донету на седници на којој није водио записник у складу

41 Ј. Салма, *нав. чланак*, стр. 95.

42 *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 и 74/13 – одлуке Уставног суда Србије.

са чланом 86 ЗЈБ, у тексту одлуке која се оверава мора бити наведен дан и час седнице на којој је одлука донета, описан ток седнице ако је то потребно ради оцене пуноважности одлуке, а одлука мора бити верно записана. На захтев било ког учесника седнице органа управљања правног лица, јавни бележник ће утврдити идентитет председавајућег и других учесника на начин прописан ЗЈБ. Записник својеручно потписује председавајући скупштине акционара или другог органа који је одлучивао из надлежности скупштине. Јавни бележник оверава да је председавајући својеручно потписао исправу која садржи текст одлуке.

2. Необавезна (могућа) форма јавнобележничког записника

Оснивачким актом привредног друштва (одлуком о оснивању ако друштво оснивца једно лице или уговором о оснивању, ако друштво оснива више лица – члан 11 став 1 ЗПД из 2011) може се предвидети: „да облик јавнобележничког записника мора имати записник са седнице и других органа друштва, односно записник са седнице органа друге врсте привредног друштва“ (члан 86 став 3 ЗЈБ). С обзиром на то да ст. 1 и 2 члана 86 ЗЈБ регулишу обавезну форму јавнобележничког записника за скупштину акционара (оснивачку, редовну и ванредну) и за други орган акционарског друштва кад одлучује из надлежности скупштине акционара, први део става 3 члана 86 ЗЈБ има у виду акционарско друштво. Акционарско друштво, сходно томе, може предвидети (одлуком о оснивању или уговором о оснивању) да форму јавнобележничког записника мора имати записник са седнице и других органа тог друштва – одбора директора (чл. 383, 384 и 402 ЗПД из 2011), извршног одбора (члан 427 ЗПД из 2011), надзорног одбора (члан 441 ЗПД из 2011) итд.

Ортаци могу уговором о оснивању предвидети да форму јавнобележничког записника има записник са седнице на коме одлучују о расподели добити или ако одлучују о питањима изван редовне делатности друштва – када је потребна сагласност свих ортака (члан 107 и члан 110 став 3 ЗПД из 2011).

Уговором о оснивању командитног друштва може бити предвиђено да облик јавнобележничког записника имају одлуке комплементара и командитора о преносу удела, о исплати добити командитору (члан 129 и члан 133 ЗПД из 2011) итд.

У једночланом друштву с ограниченом одговорношћу одлуком о оснивању може бити одређено да одлука из делокруга скупштине (члан 200 ЗПД из 2011) мора имати форму јавнобележничког записника. Ова форма може бити одређена оснивачким уговором чланова не само за седнице скупштине него и за одлуке директора (кад је оснивачким актом одређено да друштво има два или више директора) надзорног од-

бора – чл. 218 и чл. 232–234 ЗПД из 2011. (ако је управљање друштвом дводомно) итд.

3. Оснивачки акт привредног друштва

Оснивачки акт друштва може имати форму одлуке о оснивању ако друштво оснива једно лице или уговора о оснивању ако друштво оснива више лица. Без обзира на то да ли је оснивачки акт одлука о оснивању или уговор „потписи на оснивачком акту оверавају се у складу са законом којим се уређује овера потписа“ (члан 11 став 2 ЗПД из 2011).

Закон о јавном бележништву није прописао да оснивачки акти привредних друштава морају бити сачињени у форми било које јавнобележничке исправе: јавнобележничког записа (члан 82 ЗЈБ), јавнобележничког записника (чл. 86 и 87 ЗЈБ), јавнобележничке овере потписа на нејавној исправи (члан 92 ЗЈБ) или оверавања нејавне исправе да би добила снагу јавне исправе (солемнизација – члан 93 ЗЈБ). Супротно томе, према одредбама члана 68 став 1 тачка 5 Закона о нотарима Републике Српске, форма нотарске обраде исправе прописана је за све оснивачке акте привредних друштава.⁴³ Члан 73 став 1 тачка 5 Закона о нотарима ФБиХ још шире прописује да је обавезна форма нотарски обрађене исправе за оснивачка акта привредних друштава и утврђивање њихових статута, као и свака промена статута. У правној теорији истиче се да доцније измене и допуне оснивачког акта привредног друштва морају, такође, бити сачињене у форми нотарски обрађене исправе. Овај закључак проистиче из јасне одредбе члана 67 став 2 ЗОО да захтев закона да уговор буде закључен у одређеној форми важи и за све доцније измене и допуне уговора. Оснивачка акта привредних друштава која нису сачињена у овој форми, или мењана и допуњавана у тој форми, ништава су (*forma ad solemnitatem*).⁴⁴

Члан 11 став 2 ЗПД 2011. је прописао да се оснивачки акти оверавају „у складу са законом којим се уређује оверавање потписа“. На основу ове одредбе овера оснивачког акта (одлуке о оснивању или оснивачког уговора) обавиће се у складу са Законом о оверавању потписа, рукописа и преписа (ЗОПРП).⁴⁵ Закон о јавном бележништву није одредио да, његовим ступањем на снагу или почетком примене, престаје важност ЗОПРП.

43 Потпуније вид.: И. Мојовић, „Улога нотара код регистрације пословних субјеката“, *Правна ријеч*, бр. 32/12, стр. 654.

44 М. Povlakić, Ch. Schalast, V. Softić, *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ), Sarajevo, 2009, стр. 139.

45 *Службени гласник РС*, бр. 39/93.

Оверавање потписа или рукописа јесте потврђивање њихове аутентичности којим се не потврђује и истинитост садржаја исправе. За оверавање потписа, рукописа и преписа надлежан је основни суд и општинска управа која ове послове обавља као поверене послове (чл. 1 и 2 ЗОПРП). Оснивачи могу потписе на оснивачком акту оверити и пред јавним бележником. Уколико је јавни бележник оверио потписе на оснивачком акту ова овера има исто дејство као овера пред судом односно органом управе (члан 92 став 7 ЗЈБ).

Одлука о оснивању друштва или уговор о оснивању друштва јесу нејавне исправе. Овера ове нејавне исправе има значај потврђивања јавног бележника да су оснивачи друштва својеручно потписале уговор о оснивању друштва односно оснивач друштва да је својеручно потписао одлуку о оснивању друштва. Ако су оснивачи поднели оснивачки уговор јавнибележник ће га оверити ако уговор потпишу сви оснивачи. Приликом овере потписа на нејавној исправи, јавни бележник мора сеупознати са садржајем исправе само у мери у којој је потребно да испуни рубрике уписника о оверама исправа (члан 92 ст. 1-4 ЗЈБ). Јавни бележник није одговоран за садржину исправе и није дужан да утврђује дали су испуњени услови за пуноважност одлуке или уговора о оснивању друштва (члан 92 ЗЈБ).

За разлику од решења усвојеном у ЗПД из 2004, по коме је акционарско друштво могло да има статут, из ЗПД из 2011. проистиче да акционарско друштво мора имати статут којим се уређује управљање друштвом и друга питања у складу са законом. Лице које накнадно приступи друштву оснивачки акт друштва, односно статут друштва обавезује од дана стицања својства члана друштва у складу са ЗПД (члан 11 став 4 ЗПД из 2011).

Тако је ЗПД из 2011 прописано да акционарско друштво, „поред оснивачког акта има и статут“ (члан 11 став 4), члан 246 ЗПД навео је битне састојке које мора да садржи статут акционарског друштва, а члан 264 став 3 из 2011. на заповедан начин одредио: „Акционари који оснивају друштво приликом оснивања друштва потписују и први статут друштва.“ Према томе на првом, а ни доцније донесеном статуту потписи не морају бити оверени. Одредбе ЗЈБ имале су у виду статут кога је акционарског друштво могло (а није морало) имати. Стога и није предвиђена овера потписа на статуту. Према сада важећем ЗПД из 2011. статут је обавезан и важан акт. Требало би изменити и допунити ЗЈБ тако се предвиди да потписи на првобитном или измењеном статуту морају бити оверени.

Ilija BABIĆ, PhD

Professor at the Faculty of European Legal and Political Studies in Novi Sad, EDUCONS University

NOTARY PUBLIC AND NOTARY PUBLIC DOCUMENTS – RECORDS OF COMMERCIAL ORGANIZATIONS AND THE VERIFICATION OF THE MEMORANDUM OF ASSOCIATION

Summary

According to the Serbian law, the Latin type of notary public is adopted, so that notary public shall perform the public service and is not a government employee.

According to the Notary Public Law in Serbia from 2011, the notary public records shall include: the minutes of the shareholders' assembly meeting and the minutes of the meeting of another body of the company, when deciding on matters within the competence of the assembly. This form can be predicted in the memorandum of association for the conduct of meetings of other organs of the joint-stock company and of other types of companies.

Regarding the articles of incorporation of companies, an alternative form is applied – the signed constitutional documents can be verified in court or before a notary public.

Key words: *notary public documents, notary public records, the minutes of the shareholders' assembly meeting, verification of signatures, memorandum of association of the company.*

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

РЕГУЛИСАЊЕ ПРЕКОГРАНИЧНИХ КОНВЕРЗИЈА^{*}

Резиме

У овом раду аутор говори о могућим начинима регулisaња прекограничних конверзија. Прекогранична конверзија представља промену меродавне права уз очување правној континуитетa и подразумева да је прихваћена правилима заинтересованих права – земље порекла и земље пријема. Реализација овој пракси могућа је или дефинисањем посебних правила, што је за сада реткост у уредном праву, или путем сходне примене блиских пракси, пре свега примене правила о промени правне форме друштва. Ипак, специфичност прекограничној карактера пракси захтева додатну заштиту интереса појединих лица, и нарочито усклађеност пракси регистрације, како би се обезбедила правна сигурност за сва заинтересована лица.

Кључне речи: прекограничне конверзије, промена правне форме, меродавно право за друштва, чланови друштва, повериоци, дејство конверзије, регистрација.

I Увод: појам и услови за прекограничне конверзије

Пошто је последњих година Европски суд тумачењем случајева прекограничних кретања значајно утицао на омогућавање њиховог

^{*} Овај рад је настао на научно-истраживачком пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ: правни, економски, политички и социолошки аспект“ 2014. године.

тереса. Зато и даље у овој области не постоји потпуна слобода, нити је избор меродавног компанијског права у потпуној приватној аутономији.⁴ Национално право које је дало субјективитет једном друштву и даље је једино које одлучује о његовом статусу, укључујући и чињеницу да ли има све карактеристике које то право захтева да би се један ентитет сматрао друштвом одређене правне форме.⁵ Стога и правила о прекограничним конверзијама, и даље углавном на националном нивоу у погледу поступка и услова за његову реализацију остају изузетно значајна.

II Непосредно регулисање прекограничних конверзија

Могућност прекограничних конверзија претпоставља да је такав поступак дозвољен материјалним компанијским правом заинтересованих земаља – како земље порекла, тако и земље пријема.⁶ Дакле, да би дошло до прекограничне конверзије неопходно је да то буде дозвољено, и предвиђено правима заинтересованих земаља.⁷ Иако теоријски гледано прекогранична конверзија не би требало да буде сувише компликована уколико је дозвољена, ипак је могуће да у пракси дође до низа практичних проблема у поступку њене реализације. Те проблеме, по правилу, не успевају да реше национални прописи, који се врло ретко односе директно ово питање, већ само уређују поступак националне конверзије – промене једне форме у другу домаћег друштва.⁸ Поред

4 Massimo Benedettelli, „Conflicts of Jurisdictions and Conflicts of Law in Company law Matters Within the EU ‘Market for Corporate Models’: Brussels I and Rome I after *Centros*“, *European Business Law Review*, vol. 16, 2005, стр. 58.

5 Veronika Korom, Peter Metzinger, „Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its *Daily Mail* Decision in the *Cartesio* Case C-210/06“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1/2009, стр. 148.

6 Marek Szydło, „The Right of Companies to Cross-Border Conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2010, стр. 417.

7 То потврђују и права која изричито предвиђају овај поступак. Вид. нпр. чл. 161 и 163 швајцарског Закона о међународном приватном праву (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht – IPRG, vom 18. Dezember 1987*) и чл. 94 шпанског Закона о трансформацијама друштава (*Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, nr. 82, *Boletín Oficial del Estado*, April 4, 2009).

8 Ипак, у појединим националним правима се прави разлика између реорганизације – што је прекогранична промена седишта, те подразумева прво промену меродавног права, а затим *усвајање одговарајуће националне форме*, док се са друге стране термин трансформација (*Umwandlung*) користи за статусне промене, пренос имовине и промену форме домаћих друштава. Дакле, промена меродавног права је специфичан поступак, и не може се сматрати истим поступком као и промена правне форме. Вид. Предлог немачког Савета за међународно при-

њих, ретко је прекогранична конверзија регулисана у материјалном компанијском праву, док је у материји међународног приватног права таква регулатива, када постоји, врло сумарна и указује на основне претпоставке и начин реализације овог поступка.⁹

Стога постојање неког општег система правила представља предуслов за стварање повољног амбијента за прекогранична кретања. Досадашња пракса у међународном праву показује да је регулисање статусних питања за друштва, као и уређење прекограничних кретања изузетно тешко, и до сада није дало резултате.¹⁰ Тешко је замислити било који други начин, осим усвајања одговарајуће регулативе на нивоу ЕУ, који би могао да реши ово питање на општем нивоу, постављајући правила која имају значаја за земље чланице ЕУ, а који би био узор и за земље ван њеног правног система. Једини документ на нивоу ЕУ који изричито регулише прекограничне конверзије представља Статут Европског акционарског друштва, који уређује могућност промене регистрованог и стварног седишта ове форме уз промену меродавног права, као и, додатно, поступак трансформације националног у ову форму друштва.¹¹ Чини се да су то тренутно најзначајнија правила која могу да послуже као основ будућег регулисања, поред докумената који регулишу сличне прекограничне поступке, као што је Директива о прекограничним спајањима.¹² Паралелно са уређењем овог питања на нивоу компанијског и међународног приватног права, чини се да се на нивоу ЕУ препреке све више уклањају и у другим граничним областима.¹³

ватно право европске Уредбе о меродавном праву за друштва, објављен у: Hans Jürgen Sonnenberger (Hrsg.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, стр. 115, 118; као и: Christoph Teichmann, „Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 6/2011; даље у фуснотама: немачки Предлог уредбе о меродавном праву за друштва, стр. 686.

- 9 Најдетаљније је, на пример, тај поступак предвидео швајцарски Закон о међународном приватном праву, а делом и шпански Закон о трансформацијама.
- 10 О покушају регулисања неких питања на међународном нивоу вид. Татјана Јевремовић, *Промена седишта предузећа у праву Европске уније*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2001, стр. 97–105.
- 11 Вид. чл. 8 Статута Европског акционарског друштва (Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), *OJ L 294/1*; даље у фуснотама: Статут СЕ).
- 12 Директива о прекограничним спајањима (Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, *OJ L 310*, 25.11.2005).
- 13 У том смислу недавно је донета пресуда која се односила на немогућност земље порекла да предвиди пореску обавезу за друштво само зато што оно намерава да

До сада је на нивоу ЕУ било неколико иницијатива у односу на доношење Директиве о прекограничним конверзијама. Последњу иницијативу учинио је Европски парламент, а поред њега став којим се подржава њено доношење имала је непосредно пре тога Група стручњака о будућем развоју компанијског права.¹⁴ Ипак, Европска комисија је ово питање оставила и даље отвореним.¹⁵ У уводу упитника којим је јавност позвана да се изјасни о потреби усвајања одговарајућег инструмента у области промене седишта друштава, Комисија је изнела став да и даље разматра могућности и потребу регулисања тог питања, нарочито узимајући у обзир трошкове наспрам евентуалних добити након усвајања потенцијалне регулативе.¹⁶ Тиме питање и даље није близу решењу, које је очигледно неопходно, узимајући у обзир низ отворених и спорних питања која отежавају примену ових поступака у пракси.¹⁷

Постојање секундарне регулативе значајно је пре свега зато што по правилу уређује формални поступак који прати прекогранично кретање, и чини га извесним, сигурним и једноставним. За праксу се показало да су најзначајнији одлучујући фактори који утичу на пословну одлуку (о прекограничном кретању, али и иначе) правна извесност и ефикасност.¹⁸ То се нарочито односи на контролу поступка и његово ступање на снагу.¹⁹ Са друге стране, секундарни извори значајно уређују и питања која се односе на заштиту права појединих категорија лица, као што су повериоци, чланови или запослени и омогућавају да та заштита буде уједначена или остварена макар у најмањој неопходној мери. Због тога постоје очигледне предности зашто би усвајање секундарне регулативе на нивоу ЕУ олакшало прекограничне конверзије, и

промени своје седиште. Вид. више случај *National Grid Indus BV* (C-371/10).

14 О тим иницијативама вид. http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm, 13.8.2013.

15 Вид. Акциони план Европске комисије из 2012. године, стр. 12; доступан на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?jsessionid=MCKnTjYdkbk8tGtnfpcG1njQJCTcNQh647bb6JsnJzQ3Y9mpjX!1920541674?uri=CELEX:52012DC0740>, 10.4.2014.

16 Вид. *Consultation on the Cross-border transfers of registered offices of companies – Consultation by DG Markt*, European Commission, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm, 13.8.2013.

17 За анализу трошкова који прате промену меродавног права (регистрованога седишта) према садашњем стању у овој области вид. Blanca Ballester, Micaela del Monte, *Directive on the cross-border transfer of a company's registered office (14th Company Law Directive)*, European Added Value Assessment, EAVA 3/2012, доступно на адреси: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html>, 10.4.2014, стр. 30–34.

18 Oliver Mörsdorf, „The legal mobility of companies within the European Union through cross-border conversion“, *Common Market Law Review*, vol. 49, nr. 2, 2012, стр. 659.

19 Thomas Biermeyer, „Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: Vale“, *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, стр. 123.

усвојило минимум заједничких правила неопходних за његову примену. Та правила имају изузетан утицај и ван граница ЕУ, те је несумњив њихов значај и у уређењу овог питања на општи начин.

Иако је у академским круговима и даље врло актуелан рад на изради Европског модел-закона, он је за сада обухватио свега неколико поглавља. Једно од њих се односи на трансформације, и то како различитих удружења или организација у одређене форме привредног друштва, тако и трансформације јавних у нејавна друштва или обрнуто. Но, изненађује да овај пројекат усмерава пажњу на ову другу врсту трансформације, коју назива пререгистрацијом, а да, притом, уопште не помиње прекограничне трансформације или конверзије.²⁰

Најзад, у погледу националних решења преовладава став по коме ово питање није изричито регулисано ни компанијским, ни међународним приватним правом. Ретки су примери националних права која познају ове прописе. Ван ЕУ најзначајније право је свакако швајцарско, које у оквиру међународног приватног права уређује основна правила за решавање сукоба закона у овим питањима. Такође је ово питање регулисано и у новије време у правима Шпаније, Кипра, Чешке и Малте.²¹

III Примена постојећих правила за промену правне форме на прекограничну конверзију

Националне промене правне форме (трансформације или конверзије) представљају најближи, али не и идентичан институт као и прекограничне конверзије.²² Прекогранична конверзија је комплекснији поступак у односу на националну конверзију – промену правне форме, али је њихова правна природа једнака, и пре свега је одликује очување правног субјективитета, односно идентитет друштва пре и после поступка. Након спроведеног поступка конверзије (како националне, тако и прекограничне) друштво је исто и непромењено. Ипак, док је то само промена форме у националним оквирима, дотле је код прекограничне конверзије то и промена места обављања делатности – седишта, али пре свега и промена државне припадности, односно меродавног права које се примењује на његов статус.

20 Вид. 4. поглавље Европског модел-закона о трансформацији и пререгистрацији, доступно на адреси: http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER_4_FORMATION_BY_TRANSFORMATION_AND_RE-REGISTRATION.pdf, 6.4.2014.

21 Подаци наведени према: В. Ballester, М. del Monte, *нав. дело*, стр. 16.

22 Више о сличностима и разликама ових поступака, и правној природи прекограничне конверзије вид. Татјана Јевремовић Петровић, „Појам и правна природа прекограничне конверзије“, *Анали Правној факултету Универзитета у Београду*, бр. 2/2013, стр. 110 и даље.

Сличност института о којима је реч указује да је најједноставнији начин за извођење прекограничне конверзије примена правила о промени правни форме. Пошто тај институт регулише већина права, могућа је њихова сходна примена и на случај прекограничне конверзије. Она ће у највећем броју питања пружити адекватан одговор на потребе извођења прекограничне конверзије, али такође и за питања минимума неопходне заштите појединих категорија лица. Ипак, таква сходна примена није увек потпуно адекватна и захтева извесно прилагођавање специфичностима прекограничне конверзије. Оне се односе на специфичност прекограничног карактера поступка са једне стране, који по природи ствари захтева посебан третман. Са друге стране, постојеће разлике у националним правима у уређењу основних суштинских питања везаних за статус привредних друштава додатно намећу потребу адекватног уређења поступка „преласка“ друштва из једног правног система у други. У погледу овог другог проблема нарочито се примећује комплексност прекограничне конверзије друштава затвореног типа, узимајући у обзир разлике у европским националним правима. Оне су и даље значајне, јер је поступак хармонизације у великој мери усмерен само на акционарска друштва, а у неким питањима и само на јавна друштва. Такође се специфичности односе и на уређење појединих форми друштава и конверзију друштава у друге организационе форме грађанског права или обрнуто. Но, општи принцип у том случају, који једнако важи и у случају прекограничне конверзије предвиђа да је конверзија једне правне форме у другу форму друштва или другог облика организовања могућа уколико је дозвољена националним правом за домаће субјекте, и под истим условима који су за њих предвиђени. Разлике у националним правима додатно отежавају овај поступак, и захтевају адекватно регулисање.

Домаће право не регулише посебно прекограничне конверзије. Стога се на њих могу применити домаћа правила о промени правне форме. Но, из њиховог садржаја ће бити јасно да су намењена само за домаће промене форме, те да би за адекватну регулативу прекограничних конверзија било неопходно постојање посебних правила, нарочито у погледу заштите појединих лица.

IV Алтернативе прекограничним конверзијама

Тренутно се у оквиру ЕУ сматра да прекогранична спајања, дефинисана Директивом о прекограничним спајањима из 2005. године представљају не само једино хармонизовано питање, већ „...и једину сигурну, добро дефинисану и добро организовану прекограничну

технику“.²³ Стога најједноставнији начин сигурне промене регистрованог седишта уз правни континуитет – *йрекоїранична конверзија може да се реализује коришћењем механизма йрекоїраничної спајања*. Примена тог механизма подразумева правну конструкцију у којој се, пре свега, у земљи у којој друштво жели да се настани оснива зависно друштво, а затим то друштво припаја матично друштво и наставља да постоји као универзални наследник ранијег друштва.²⁴ Такав поступак сматра се да је уобичајени начин избегавања постојеће (не)могућности промене седишта, и наведен је као довољан оквир за прекогранично кретање друштава у једном од ранијих Извештаја Комисије о потреби усвајања посебне регулативе за прекограничну промену седишта.²⁵

Иако прекогранично спајање може да послужи као алтернатива прекограничној конверзији, њена правила нису потпуно адекватна. Довољно је поменути само чињеницу да прекогранично припајање или спајање подразумева да постоје два друштва која имају циљ концентрације који за последицу има постојање једног јединственог друштва. Дакле, економски циљ овог поступка потпуно је другачији, и пре свега се своди на концентрацију. Та разлика условљава све друге, па и правне карактеристике ових поступака. Тако се код припајања специфично регулише заштита одређених лица, а разлике су и у другачијем поступку и дејствима. На пример, за поступак припајања је једно од изузетно значајних питања замена акција и удела акционарима или члановима припојеног друштва за акције или уделе друштва стицаоца. Тога, по правилу, нема код прекограничних конверзија, осим уколико друштво истовремено мења форму. Таква разлика условила је и другачије механизме заштите акционара или чланова, пре свега у разним документима чији је циљ испитивање начина и метода примењених на утврђивање ове сразмере, и њене правичности. Томе, на пример, значајно доприноси учешће ревизора, кога, по правилу, и нема код прекограничне конверзије. Разлике постоје и у односу на повериоце, који код прекограничне конверзије увек имају истог дужника, што је такође случај и за његове запослене. Дакле, прекогранична конверзија би требало да има

23 Marie Brasseur, Jérôme Vermeylen, „Cross-border mergers and reorganizations outside the Cross-border merger directive“, у: Jérôme Vermeylen, Ivo Vande Velde (editors), *European Cross-Border Mergers and Reorganizations*, Oxford University Press, Oxford, 2012, стр. 36.

24 Ту могућност истакао је и Општи правобранилац у случају *Vale* (C-378/10), као алтернативну могућност прекограничног кретања путем прекограничних спајања. Вид. пар. 35 Мишљења општег правобраниоца у случају *Vale*.

25 Вид. *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, Commission Staff Working Document, Commission of the European Communities, SEC(2007) 1707, Brussels, 12.12.2007, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/docs/ia_2007/sec_2007_1707_en.pdf, 7.8.2013, стр. 6.

једноставнији поступак, у коме је предвиђено мање заштитних инструмената. Ипак, овај поступак одликује чињеница промене меродавног права, која значајно утиче на права појединих лица, па због тога постоји потреба налажења адекватне заштите њихових интереса.

Примена правила о прекограничним спајањима или припајањима као алтернативни пут за прекограничну конверзију најчешће подразумева компликовану процедуру и трошкове оснивања новог зависног друштва. Тиме то заправо није алтернатива, јер сувише отежава овај поступак за мања и средња предузећа, за која би прекогранична конверзија била значајна. Управо се овај поступак сматра једним од значајних начина омогућавања бољих пословних прилика,²⁶ ефикаснијег пословања и смањивања трошкова. Осим тога, то није у складу ни са правним оквиром у ЕУ који под правом на настањивање пре свега подразумева промену стварног седишта, а регистрованога тек уколико прати ову претходну.²⁷

Други могући алтернативни механизам, који важи само за земље чланице ЕУ представља *коришћење њравне форме Евројској акционарској друштва*, које пружа могућности истовремене промене стварног и регистрованога седишта у другу земљу уз очување правног субјективитета, као и конверзију националне у ову форму друштва.²⁸ Међутим, ова форма прикладна је само за већа друштва, пре свега она у форми јавних акционарских друштава. Најзад, идеја усвајања тзв. *Евројској затвореној друштва* управо покушава да уклони такве недостатке и има у виду мања и затворена друштва, с тим да им омогућава слободну покретљивост и могућност прекограничне конверзије.²⁹ Но, ова форма за сада није успешно регулисана на нивоу ЕУ. Стога, ниједно од могућих алтернативних решења не пружа заправо довољан правни оквир за извођење прекограничне конверзије.

Најзад, вреди истаћи да и упркос разликама између поменутих поступака прекограничних кретања, у теоријским расправама на нивоу ЕУ има присталица будуће законодавне акције на комунитарном нивоу којом би се обухватила сва прекогранична кретања у једном документу.³⁰ Према њиховим мишљењима тиме би се, са једне стране,

26 Извештај групе стручњака о будућем развоју компанијског права (*Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law*, Brussels, 5 April 2011), стр. 20.

27 О томе врло детаљно вид. Oliver Mörsdorf, *нав. чланак*, стр. 30.

28 Вид. чл. 8 Статута СЕ.

29 Вид. чл. 35–38 Предлога Статута Европског затвореног друштва (*Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company*, Commission of the European Communities, Brussels, COM(2008) 396/3; даље у фуснотама: Предлог Статута СПЕ).

30 То је предлог Групе стручњака о будућем развоју компанијског права, стр. 21.

дала јасна слика о могућностима прекограничних кретања за све учеснике на тржишту, док би, са друге стране, већ усвојени механизми у постојећој Директиви о прекограничним спајањима били само проширени и на друге облике прекограничних поступака.³¹ Ипак, такав акт би морао да води рачуна о специфичностима ових поступака. Стога би у сваком случају био умеснији или специфични акт који регулише прекограничне конверзије, или би део у заједничком акту морао да на адекватан начин води рачуна о балансираној и адекватној заштити интереса одређених лица, нарочито у односу на њихов положај у другим сличним прекограничним поступцима. Такође, специфична регулатива морала би да води рачуна о трошковима и ефикасности поступка, узимајући у обзир да је најзначајније да он буде доступан и мањим и средњим предузећима.

V Поступак прекограничне конверзије

Без обзира на који начин се регулише прекогранична конверзија – посебно за овај прекогранични поступак, или сходном применом одредби националног права за неки близак поступак, неопходно је да таква регулатива обухвати две значајне групе питања: прво, поступак у коме се изводи и друго, механизме у циљу заштите интереса појединих лица.

Промена меродавног права једног друштва подразумева, пре свега, специфичан поступак, где друштво прелази из једног правног система у други, и то по могућности без прекида у континуитету, као и правима и обавезама. Опште је правило да поступак конверзије мора да поштује императивне захтева оба права – оне предвиђене у праву земље у којој је друштво настало, и из кога одлази (земља порекла), као и *кумулятивно* услове земље у коју се друштво сели (земља пријема).³² Такав поступак, који значи заправо консекутивну примену националних права потврђен је и након пресуде у случају *Vale*.³³ Дакле, у надлежности је држава чланица да саме предвиде поступак који ће омогућити такву консекутивну примену, која значи да ће право једне земље бити применљиво на онај део поступка док је друштво у надлежности те земље, односно док се ради о његовом друштву.

31 Предлог Групе стручњака о будућем развоју компанијског права, стр. 21.

32 Ипак, швајцарско право предвиђа изузетну могућност прекограничне конверзије и када нису испуњени услови страног права земље порекла, уколико за то постоје значајни домаћи интереси. Вид. чл. 161 ст. 2 швајцарског Закона о међународном приватном праву.

33 Вид. пар. 37 Пресуде у случају *Vale*. Вид. и С. Gerner-Beuerle, *нав. чланак*, стр. 6.

Конкретне фазе поступка у *земљи њорекла* подразумевају припрему и реализацију поступка који у центру има доношење одлуке о промени меродавног права. Њихова суштина заправо је у обезбеђењу интереса појединих лица, пре свега самих чланова друштва. Због тога поступак прекограничне конверзије подразумева обавезно доношење одлуке о промени регистрованог седишта, што повлачи промену меродавног права, одговарајућом (квалификованом) већином, адекватно информисање и евентуално реализовање права на посебну заштиту несагласних чланова. Такође подразумева и адекватну заштиту интереса поверилаца, односно запослених у друштву. С озбиром да је значај ових правила поступка заправо у циљу заштите интереса тих лица, о њима ће бити речи касније. Но, важно је овде истаћи да је интерес земље порекла да предвиди такав поступак којим ће обезбедити у највећој мери домаће интересе. Стога осим појединачних интереса поменутих лица, земља порекла мора да има могућности да ономогући злоупотребу која би настала у случају преласка друштва у другу земљу. То нарочито подразумева спречавање овог поступка уколико би друштво или нека лица у друштву на тај начин избегла одговорност или конкретне обавезе. Примера ради, избегавање прекршајне или кривичне одговорности, избегавање дужности или обавеза које нису предвиђене у другом националном праву, избегавање покретања поступка ликвидације и стечаја и слично.³⁴ Ове околности, ипак, морају да буду конкретне и не могу се састојати у начелној потреби земље порекла да спречи излазак домаћих друштва тиме што им намеће обавезе попут пореза, обавезне ликвидације и слично.

Земља њријема предвиђа правила којима регулише „улазак“ страног друштва у њено право, којим оно постаје домаће друштво. Дакле, поступак у земљи пријема односи се на предвиђање таквих захтева којима се друштво претвара у домаће друштво. Ипак, правни систем ЕУ ограничава право земље пријема да слободно уреди ова питања у мери у којој не сме да повреди право друштава на настањивање, нити да предвиди такве мере којима вређа принципе еквивалентности – једнакости са домаћим субјектима и ефективности – омогућавајући им да уживају свој положај без наметања додатних тешкоћа.³⁵

34 Стога је најчешће искључена прекогранична конверзија у случају да је над друштвом покренут поступак ликвидације и стечаја. Вид. нпр. чл. 8 ст. 14 у погледу заштите јавног интереса и ст. 15 у погледу стечаја и других сличних поступака у Статуту СЕ; чл. 35 ст. 2 Предлога Статута СПЕ; чл. 93 ст. 2 шпанског Закона о трансформацијама. То је, између осталог, ограничење и за промену форме у домаћем праву. Вид. чл. 478 ст. 5 Закона о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, 36/11, 99/2011; даље у фуснотама: ЗОПД).

35 Вид. чл. 49 Уговора о функционисању ЕУ, као и пар. 48 и даље Пресуде у случају *Vale*. Вид. детаљно: Т. Јевремовић Петровић, „Одлука Европског суда у случају *VALE*“, стр. 31 и даље.

Међутим, све друге захтеве који произлазе из одредби домаћег права, а важе и за домаће субјекте земља пријема сме да примењује. То се, пре свега, односи на одредбе о организацији друштва, структури и надлежности органа, минимуму капитала, оснивачким и другим актима, али и другим условима, попут места у коме се налази стварно седиште друштва, или другим околностима које су специфичне за прекогранични поступак. То би, на пример, били различити захтеви у погледу континуитета у пословним књигама и у рачуноводственом смислу, извештај ревизора, одређени документи и потврде, преводи важећих аката и докумената и слично.³⁶

Иако изложена правила могу да наведу на помисао да поступак прекограничне конверзије заправо може да значи неповезану процедуру у земљи порекла и земљи пријема, његова суштинска одлика је у повезивању ова два поступка, како би прекогранична конверзија могла да производи дејство.

Стога, управо кључна питања у вези са поступком прекограничне конверзије представљају питања *консекутивне примене правила постојећег* који имплицира везу у том поступку, и чињеницу да се ради о јединственом поступку прекограничне конверзије, а не о два изолована и неповезана поступка у две земље. Такође, једно од најзначајнијих питања односи се на дејство прекограничне конверзије, као и тренутак када оно наступа. Најзад, за овај поступак значајно је и питање контроле, нарочито ко је врши и у односу на који део поступка.

Поступак промене меродавног права подразумева да друштво прелази из једног права у друго. По правилу то значи да друштво мења своје регистровано (а некада и стварно) седиште које доводи до промене меродавног права. Дакле, за овај поступак је кључно постојање регистрације у земљи пријема, којом се, најчешће мења и меродавно право.³⁷ Такође, да би се говорило о промени меродавног права, нужно је да друштво престане да буде регулисано правом земље порекла, што најчешће подразумева брисање из ранијег регистра. Дакле, за поступак прекограничне конверзије нужно је постојање регистрације у земљи пријема и брисање из регистра у земљи порекла. Врло је важно да регистрација и брисање буду, ако не симултани, онда макар консекутив-

36 Вид. пар. 75 Мишљења општег правобраниоца у случају *Vale*. И швајцарско и шпанско право изричито предвиђају обавезно подношење извештаја ревизора о адекватности капитала према домаћим императивним прописима за ту форму друштва. Швајцарско право такође предвиђа и промену центра обављања делатности и прилагођавање домаћој форми друштва. Вид. чл. 162 ст. 1 и 3 швајцарског Закона о међународном приватном праву и чл. 94 ст. 2 шпанског Закона о трансформацијама.

37 Могуће је да постоје специфичности, зависно од прихваћеног концепта у утврђивању меродавног права, али о њима овде неће бити речи.

ни: *йрво* је неопходна регистрација у земљи пријема, а *зайтим* брисање у регистру земље порекла, да не би дошло до проблема везаних за правни вакум, или престанак друштва.³⁸ Сама регистрација по правилу се врши дистрибутивном применом националних правила, тако што свака земља примењује своје право на регистрацију у њеној земљи.³⁹

Јасно је да поступак консекутивне примене подразумева значајну сарадњу регистарских органа, нарочито у погледу обавештавања, као и контроле поступка који је окончан у претходној фази поступка. Стога до изражаја долази сарадња регистра и обавезна размена информација.⁴⁰ Осим тога, у овом поступку до изражаја долази и потреба уважавања докумената које је издала земља порекла, чиме се фактички омогућава реализација прекограничне конверзије.⁴¹ Тај принцип је нарочито истакао Европски суд, подводећи га под тзв. принцип ефективности, који подразумева обавезу земље пријема да узме у озбир поступке и документе страних органа, јер би у супротном био онемогућен прекогранични поступак за страна друштва.⁴²

Поред правила која се односе на регистрацију, свакако да је најзначајније питање у овом поступку одређивање *йренуишка када йрекойранична конверзија йроизводи дејствио*, односно када је дошло до промене меродавног права.⁴³ Дејство прекограничне конверзије се најчешће везује за упис друштва у нови регистар – регистар земље пријема, као најједноставнији и најпрецизнији тренутак.⁴⁴ Ипак, могуће је да тај тре-

38 Вид. немачки Предлог уредбе о меродавном праву за друштва, 117, чл. 8 ст. 11 Статута СЕ, чл. 37 ст. 6 Предлога Статута СПЕ, чл. 102–103 шпанског Закона о трансформацијама и чл. 162 швајцарског Закона о међународном приватном праву. Управо супротно се десило у случају *Vale*.

39 Исти предлог дат је у чл. 7 немачког Предлога уредбе о меродавном праву за друштва.

40 Та сарадња недавно је спешена усвајањем Директиве о међусобном повезивању централног, привредног и регистра привредних друштава (2012/17/EU). Више о томе вид. Татјана Јевремовић Петровић, „Повезивање привредних регистара на нивоу ЕУ“, *Право и йриврега*, бр. 4–6/2013, стр. 143–164.

41 Пар. 62 Пресуде у случају *Vale*.

42 Вид. пар. 58 Пресуде у случају *Vale*.

43 Оправдано је поставити питање да ли у случају промене регистрованог седишта долази до очувања *йравној конйинуишетиа*, узимајући у обзир конститутивно дејство уписа и исписа. Чини се, међутим, да би негација значила сувише формалистичко тумачење тог чина. Тако, у случају када једно друштво мења своје регистровано седиште у националном праву које не организује јединствени регистар, већ је он организован територијално, не значи и престанак једног и настанак другог друштва и универзалну сукцесију.

44 Вид. нпр. чл. 162 швајцарског Закона о међународном приватном праву. Дејство прекограничне конверзије такође се везује за нову регистрацију и у шпанском праву, према чл. 102 Закона о трансформацијама.

нутак буде и другачије уређен, те је управо ово питање најзначајније питање које може да се уреди на комунитарном нивоу.⁴⁵ У случају националног регулисања, било би пожељно прихватити принцип дејства према тренутку уписа у регистар земље пријема.⁴⁶

Једно од важних питања која су одлучујућа за правни сигурност односи се на *контролу иосиуика прекограничне конверзије*. У том смислу треба указати на правила о прекограничним спајањима на нивоу ЕУ, која предвиђају врло ефикасан систем двостепене контроле, и стога искључују могућност позивања на ништавост овог поступка.⁴⁷ Овде ипак треба подвући да, за разлику од прекограничних спајања, где постоје равноправни интереси у погледу контроле извршеног поступка, код конвезије постоји много чешће већа забринутост земље порекла да провери да ли су у оквиру њеног права спроведени сви поступци, и нарочито реализована сва права заинтересованих лица.⁴⁸

Двостепена контрола која би била прилагођена поступку прекограничне конверзије би подразумевала да се један део контроле одвија у земљи порекла, и он би се односио на све поступке и захтеве те земље, укључујући контролу адекватног третмана и заштите чланова путем предвиђене процедуре, као и поверилаца којима је пружена одговарајућа заштита. Уколико би ти услови били испуњени, надлежни орган би могао да изда сертификат којим потврђује да је спроведен поступак у складу са правом земље порекла, и он би био основ за упис друштва у регистар у земљи пријема, након што је извршена контрола у погледу испуњености услова и захтева у тој земљи.⁴⁹ Они се превасходно односе на капитал, форму, усклађивање оснивачких аката и друга питања која предвиђа то право. Без постојања и претходне и накнадне контроле не би била могућа прекогранична конверзија. И ово, као и претходно питање представља једно од основних питања која би морала да се уреде у будућој регулативи овог института.

45 Исто вид. Stephen Rammeloo, *Corporations in Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001, стр. 312.

46 То је правило домаћег права у односу на промену правне форме, вид. чл. 482 ст. 3 ЗОПД. Ипак, требало би га прецизирати за прекограничну конверзију да се односи на регистрацију у земљи пријема.

47 За контролу прекограничних спајања вид. чл. 10 и 11 Директиве о прекограничним спајањима.

48 Stephen Rammeloo, *нав. дело*, стр. 305.

49 Тако се у швајцарском праву брисање домаћег друштва не може извршити све док нису реализована права заштите поверилаца. Вид. чл. 164 швајцарског Закона о међународном приватном праву.

VI Заштита интереса појединих лица

Осим правила која се односе на поступак реализације прекограничних конверзија, значајна правила се односе и на адекватну заштиту појединих лица. Међу лицима чији интереси могу бити потенцијално угрожени на првом месту се налазе чланови друштва, поготово они који се не слажу са предложеном променом. Поред њих значајни су интереси поверилаца друштва, чија потраживања могу да буду угрожена. Најзад, положај запослених нарочито је специфичан и осетљив, јер по правилу подразумева поред правних и значајне последице на друштвеном плану, и због тога је врло често у центру интересовања приликом оваквих промена.

Најчешће се сматра да је промена положаја лица, чији се интереси посебно штите код прекограничне конверзије, таква да се на њих морају применити *најмање* она правила која се примењују у случају (националних) промена правне форме.⁵⁰ Такође, опште је правило међународног приватног права за прекограничне поступке, да одређена питања могу да се реше или дистрибутивном применом права која се примењују на поступак, или кумулативном применом – за она питања за која је важно да буду поштоване одредбе и једног и другог заинтересованог права.⁵¹ У поступку прекограничне конверзије могуће је применити ове опште принципе, али узимајући у обзир специфичности и нарочито разлике овог у односу на друге прекограничне поступке. Специфичност се, пре свега, огледа у чињеници да овде једно исто друштво прелази из једног права у друго, па је много чешћа дистрибутивна примена националних права зависно од тренутка у коме се поставља: до тренутка „изласка“ меродавно је право земље порекла, док се од „уласка“, што је најчешће тренутак регистрације примењују правила земље пријема. Међутим, за нека питања неопходно је кумулативно применити национална правила. Такође, у овом поступку некада ће бити од значаја и примена домаћег права (*lex fori*), како би се најефикасније заштитили интереси трећих савесних лица.

1. Заштита чланова друштва

Примена правила којима се штите чланови по правилу се одређује оним правом које је меродавно за друштво до дејства прекограничне

50 F. Mucciarelli, „Seat’s transfer and State of Origin-Imposed Limits to Companies’ Mobility“, стр. 16.

51 О овим општим правилима која важе за прекогранична спајања вид. нпр. Yvon Loussouarn, Michel Trochu, „Conflits de lois en matière de sociétés“, *Droit international commercial*, Éditions du Juris-Classeur, 1997, стр. 30.

конверзије. Такво правило сматра се ефикаснијим у односу на посебну тачку везивања, узимајући у обзир да права чланова након конверзије или престају, или бивају прилагођена императивним правилима новог меродавног права.⁵² Дакле, најчешће поступак у земљи порекла подразумева такве механизме који морају да предвиде адекватну заштиту чланова друштва.

Основни инструменти заштите чланова представљају њихово информисање (путем плана конверзије, који по правилу прати и извештај чланова управе који објашњавају правне и економске последице овог поступка, као и објављивање и доступност ових докумената), одлучивање – доношење одлуке по правилу већином неопходном за измену оснивачких аката, као и заштиту права несагласних чланова.

У центру поступка свакако се налази доношење одлуке о прекограничној конверзији. За тај моменат се везују све остале фазе поступка, и суштински имају циљ да омогуће што више услова како би се донела адекватна, ефикасна и оптимална одлука за само друштво. Пре свега, припремна фаза поступка представља не само припремање одлуке, већ нарочито и адекватно информисање, које посебно долази до изражаја у већим друштвима код којих не постоји непосредно учешће чланова и у управљању друштва.

Дакле, прекогранична конверзија увек се заснива на својеврсном плану или нацрту прекограничне конверзије, који треба да укаже на све најзначајније околности у вези са овим поступком. Он би нарочито морао да садржи последице које конверзија има на права чланова, али и информације о последицама на положај запослених и последице на потраживања постојећих поверилаца, односно евентуална обезбеђења. Такође је значајно да овај текст обухвати и све податке о новом меродавном праву, укључујући и тачан назив, предложене измене оснивачких аката и све друге измене које се захтевају да би прекогранична конверзија могла да се изведе и региструје у земљи пријема. Осим тога, морали би да се прецизирају одређени датуми или макар временски оквири за реализацију прекограничне конверзије. Таква правила махом предвиђају сва права која регулишу ово питање.⁵³ Нажалост, домаће право није предвидело посебан план промене правне форме, већ само

52 Вид. више: Eva-Maria Kieninger, „Anknüpfung grenzüberschreitender Umstrukturierungen von Gesellschaften–Sitzverlegung, Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung“, у: Hans Jürgen Sonnenberger (Hrsg.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, стр. 591.

53 Вид. нпр. одредбе шпанског Закона о трансформацијама, чл. 95, чл. 8 ст. 2 Статута СЕ, као и чл. 36 ст. 1 Предлога Статута СПЕ. Такође вид. и Препоруку Европског парламента о 14. Директиви компанијског права (Иницијатива Европског парла-

предлог ове одлуке, коју прате одређени документи.⁵⁴ Стога би посебна пажња морала да се да овом документу, чији је значај већи у случају прекограничне конверзије.

За већа друштва оправдано је да управа сачини посебан извештај којим објашњава правне и економске последице промене меродавног права.⁵⁵ Специфичност овог поступка и његова разлика у односу на друге прекограничне поступке оправдава да овде није нужно састављање извештаја ревизора, и уопште његово учешће. Не само да овде не постоје толико значајни проблеми у односу на замену акција и удела и утврђивање одговарајуће сразмере, већ постоји и јака тенденција да се поступак прекограничне конверзије у што већој мери поједностави и буде са што мање трошкова. Управо је његов циљ у омогућавању малим и средњим друштвима да користе предности ефикаснијег пословања у другој земљи.

План или нацрт прекограничне конверзије би по правилу требало да се објави у регистру, како би се о њему, поред чланова друштва, обавестили и повериоци и друга заинтересована лица. То је и најједноставнији тренутак за који се, по правилу, везује заштита поверилаца, узимајући у обзир да она мора да буде окончана до доношења одлуке о конверзији.

Најзначајнији тренутак у поступку прекограничне конверзије представља доношење одлуке, као и њено објављивање у одговарајућем регистру. За доношење одлуке најчешће се захтева квалификована већина, попут оне која се захтева за измену оснивачког акта. Домаће право, које познаје другачију већину за измену оснивачког акта (обична већина гласова свих акционара, односно чланова друштва са ограниченом одговорношћу) овде ипак, са правом, захтева доношење одлуке квалификованом већином – 3/4 већином гласова присутних акционара код акционарског друштва, односно 2/3 већином укупног броја гласова чланова друштва са ограниченом одговорношћу.⁵⁶ Ипак, узимајући у обзир да је у овом случају реч о могућим променама права чланова друштва која захтевају њихов пристанак, могуће би било применити и та правила.⁵⁷ Исту већину требало би применити и у случају прекограничних конверзија.

Најзад, прекогранична конверзија може да буде противна интересу неких чланова и акционара. Најчешће се њихова права не мењају

мента (2011/2046(INI), тзв. Извештај Регнер, доступан на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm, 7.8.2013), препорука бр. 3.

54 Вид. чл. 479, као и чл. 481 ЗОПД.

55 Редовно је извештај предвиђен у свим упоредним документима, као и у одредбама домаћег права за промену правне форме. Вид. чл. 479 ст. 1 т. 5 ЗОПД.

56 Вид. чл. 142, 211, 247 и 481 ЗОПД.

57 Вид. чл. 142 ЗОПД.

у сразмери у односу на друге чланове, али се мењају чињеницом да се на друштво примењује друго меродавно право, које може значајно да измени положај, и права и обавезе чланова друштва.⁵⁸ Због тога је овде од изузетног значаја њихова адекватна заштита. Иако је већина права резервисана у погледу могућности иступања несагласних чланова из друштва, овај поступак у највећој мери оправдава и такву могућност. То је опет нарочито наглашено код затворених друштава, код којих не постоје једноставни начини продаје акција на регулисаном тржишту. Стога би требало сматрати једним од важних правила иступање несагласних чланова из друштва. У томе постоје изузетне разлике у националним правима, јер га не само ретко прихватају упоредна национална права, већ ни европска регулатива у разним прекограничним ситуацијама није предвидела право на иступање несагласних чланова из друштва, већ је оставила земљама чланицама да саме процене обим адекватне заштите ових лица.⁵⁹ Изричито је право на иступање несагласних чланова предвидело италијанско право, између осталог, и у случају промене седишта друштва у другу земљу, с тим да такође постоји и у случају промене правне форме (националне конверзије), као и шпанско право у случају прекограничне конверзије.⁶⁰ Иста је и тенденција домаћег права, које омогућава иступање несагласних чланова у случају промене правне форме.⁶¹

58 Тако је у случају *Vale* мађарско право предвиђало ради заштите поверилаца личну одговорност акционара или чланова конвертованог друштва за обавезе које не може да испуни друштво настало конверзијом, уколико они нису истовремено и чланови новог друштва, с тим да је та одговорност ограничена – временски и сразмерно њиховом улогу у ранијем друштву. Вид. Daniel Gergely Szabo, Karsten Engsig Sørensen, „Cross-border conversion of companies in the EU: the impact of the VALE judgement“, LSN Research Paper Series, *Nordic & European Company Law*, No. 10–33, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2198364>, 24.6.2013, стр. 13. Вид. чл. 70 ст. 5 мађарског Закона о привредним друштвима (2006. *évi IV. Törvény a gazdasági társaságokról*, доступно на адреси: http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A0600004.TV, 18.8.2013).

59 Вид. чл. 8 ст. 5 Статута СЕ, чл. 36 ст. 6 Предлога Статута СПЕ, па чак и Препоруку бр. 4 Европског парламента. Вид. и чл. 4 Директиве о прекограничним спајањима.

60 Вид. чл. 2437 италијаског Грађанског законика (*Codice civile*). Више о праву несагласних акционара на иступање, нарочито у вези са прекограничним кретањима вид. Marco Vettoruzzo, „Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian Law“, *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 16, Bocconi University – Institute of Comparative Law „Angelo Sraffa“, 2007, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=960579, 17.8.2013, стр. 13 и даље. За шпанско право вид. чл. 99 Закона о трансформацијама.

61 Вид. чл. 479 ст. 1 т. 6, као и чл. 474 ст. 1 т. 3 ЗОПД.

2. Заштита поверилаца друштва

Заштита поверилаца представља једно од најтежих питања у вези са прекограничним поступцима, узимајући у обзир разноврсност националних правила усмерених на њено ефикасно остваривање. Поред разноврсности националних права, положај ових лица увек је предмет посебног интересовања у случају разних значајних промена статуса и форме друштва, а то интересовање је, природно, додатно појачано у случају када овакви поступци имају прекогранични карактер. Стога ће често интерес земље порекла бити усмерен на што већу заштиту ових лица, чија права могу да буду повређена или злоупотребљена у случају прекограничне конверзије, једнако као и у другим сличним поступцима.

Већ је добро позната чињеница да заштита поверилаца чини део компанијског права европских земаља, и стога традиционално представља један од значајних разлога ограничења промене меродавног права за друштва, које, између осталог, значи и промену права које регулише положај ових лица.⁶² Неки аутори чак сматрају да је основни разлог онемогућавања прекограничних конверзија (и других прекограничних поступака) била заштита поверилаца од редистрибуције добара (односно опортунистичког понашања) у другу земљу, која се увек сматрала политички некоректном.⁶³ Због тога је заштита поверилаца остала једно од важних питања у случају прекограничних кретања, а неки је сматрају важнијом и у односу на заштиту несагласних чланова друштва.⁶⁴

За разлоге у корист додатне заштите поверилаца у случају прекограничне конверзије довољно је имати у виду да повериоци за дужника немају више домаће него страно друштво, на које могу да се примене значајно другачија правила која директно утичу на њихова потраживања. Иако њихово потраживање и даље остаје исто, правни оквир који се примењује на дужника може у значајној мери да утиче и на њихова права. Пример различитих правила у новој земљи која уређује статусна питања друштва су другачија правила о капиталу друштва и његовом одржавању, али и други механизми заштите усмерени на повериоце, по-

62 Ипак, није само заштита поверилаца разлог за супротстављање прекограничним кретањима на европском тлу. Поред тога, чињеница је да су у Европи постојали и различити системи компанијског права, без неког вишег федералног нивоа (као што је случај Америке) који би обједињавао њихове интересе.

63 Federico Mucciarelli, „Freedom of Reincorporation and the Scope of Corporate Law in the U.S. and the E.U.“, *Law & Economics research paper series*, Working paper No. 11-07, New York University School of Law, March 2011, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1783607>, 15.8.2013, стр. 53.

64 F. Mucciarelli, „Freedom of Reincorporation and the Scope of Corporate Law in the U.S. and the E.U.“, стр. 54.

пут правила о одговорности, правила у вези са стечајем и престанком друштва и слично.⁶⁵

Ипак, заштита поверилаца по правилу подразумева веће трошкове за друштво, а некада чак и потпуну немогућност реализације прекограничног поступка. Она, по правилу, смањује ефикасност и повећава трошкове прекограничне конверзије.⁶⁶ Но, такви трошкови могу се оправдати само уколико су већи од потенцијалне опасности коју сам поступак може да представља за интересе поверилаца. То, некада ипак није случај. Тако се у случају заштите која подразумева пружање обезбеђења или чак и исплату недоспелих потраживања, она може односити на све категорије поверилаца, без обзира да ли уопште имају потребу за посебном заштитом или не. То је очигледан разлог због кога се о овом питању увек сукобљавају мишљења, а противници (пре)широке заштите поверилаца редовно долазе из оних правних система који се не ослањају на заштиту поверилаца механизмима компанијског права.⁶⁷

Права поверилаца најефикасније се штите у земљи порекла, пре свега јавним (или индивидуалним) позивом, којим се овим лицима омогућава да своја права адекватно заштите. То може да се оствари различитим средствима, почев од обезбеђења, намирења, до специфичних инструмената код посебних категорија поверилаца (имаоци заменивих обвезница или вараната).⁶⁸ Сматра се да је таква заштита ефикаснија од посебних правила, која би могла да значе и примену права земље порекла и након промене меродавног права, често неприхватљиву код неких категорија поверилаца (имаоци обвезница и вараната).⁶⁹

Питање адекватне заштите поверилаца у домаћем праву захтева посебну пажњу. Наиме, домаће право је у погледу правила о промени правне форме имало у виду само ову промену за домаћа друштва. Стога се на тај поступак примењују правила о информисању поверилаца, сходно правилима која важе за статусне промене, али не и посебним

65 F. Mucciarelli, „Seat’s transfer and State of Origin-Imposed Limits to Companies’ Mobility“, стр. 16.

66 F. Mucciarelli, „Freedom of Reincorporation and the Scope of Corporate Law in the U.S. and the E.U.“, стр. 54.

67 Вид. нпр. Jonathan Rickford, „Current Developments in European Law on the Restructuring of Companies: An Introduction“, *European Business Law Review*, 2004, стр. 1253, 1256.

68 Швајцарско право предвидело је да се адекватна заштита поверилаца у случају прекограничне конверзије из те земље остварује јавним обавештавањем поверилаца о намераваној конверзији. Вид. чл. 163 швајцарског Закона о међународном приватном праву. Нешто строжија правила, укључујући и право да се противе прекограничној конверзији предвиђа шпанско право. Чл. 100 шпанског Закона о трансформацијама.

69 Више вид. Eva-Maria Kieninger, *нав. чланак*, стр. 591.

правилима о заштити, односно обезбеђењу поверилаца.⁷⁰ То је последица става да ова лица немају потребу да се посебно штите, јер се правни режим у односу на дужника не мења тако да може значајно да има последице на њихов положај.⁷¹ Међутим, код прекограничне конверзије ситуација је значајно другачија, па би домаће право морало да предвиди адекватну заштиту поверилаца и у случају таквог поступка. Чини се да је ово једна од најзначајних правних празнина у сходној примени правила о промени правне форме.

Најзад, у погледу заштите поверилаца и трећих лица у земљи пријема некада је претходна заштита поверилаца услов регистрације, или дејства прекограничне конверзије.⁷² Но, из угла земље пријема од највећег значаја је примена домаћих прописа једном пошто је друштво регистровано. Дакле, без обзира на претходну заштиту поверилаца, и другачији режим који се примењивао на друштво, земља пријема ће применити своја правила о заштити поверилаца након дејства прекограничне конверзије. То такође важи и у погледу поуздања трећих лица у односу на регистровано друштво, за која се примењују одредбе новог меродавног права након уписа (*lex fori*).⁷³ Ипак, разлози правне сигурности оправдавају правило да се савесна трећа лица могу поуздати и на старо регистровано седиште.⁷⁴

3. Положај запослених у друштву услед прекограничне конверзије

Најзад, положај запослених у друштву које мења своје меродавно право такође је специфичан. Осим тога, ово питање је изузетно важно из не само правног, већ и социјалног аспекта и захтева повећану бригу у погледу права и обавеза које поступак може да има на ова лица. Таква посебна пажња нарочито се појачава чињеницом да је прекогранична конверзија најчешће не само промена меродавног права, већ и фактичког места обављања делатности једног друштва. Дакле, оно најчешће (иако

70 Вид. чл. 480 за промену правне форме, односно чл. 495, 497 и 509 ЗОПД за статусне промене.

71 Једини изузетак у случају промене правне форме постоји за чланове друштва који су до промене одговарали неограничено, јер они и после промене која подразумева да су стекли статус члана чија је одговорност ограничена одговарају солидарно са друштвом за обавезе настале до регистрације промене форме. Вид. чл. 482 ст. 4 ст. 3 ЗОПД. Међутим, то не мора да значи да су повериоци адекватно заштићени, о чему неће бити даље речи на овом месту.

72 Вид. немачки Предлог уредбе о меродавном праву за друштва, чл. 7.

73 Немачки Предлог уредбе о меродавном праву за друштва, стр. 117–118.

74 Вид. чл. 8 ст. 13 Статута СЕ.

не нужно, што зависи од права земље пријема) мења и своје стварно место пословања, а тиме и место у коме запослени обавља свој посао. То често није случај у другим прекограничним поступцима. На пример, код припајања или спајања најчешће и неће доћи до промене места у коме се обавља делатност, јер припојени делови често у пракси не нестају, већ постају огранци или други организациони делови припојеног друштва. Наравно, и тада је могуће да дође до промене места обављања делатности. У тим случајевима нужно је додатно заштитити права запослених, која се дефинишу радним правом. У том погледу нарочито је значајно регулисан појединачан положај запослених на нивоу ЕУ.⁷⁵ Њене основне одредбе имају циљ да укажу на потребу очувања права запослених, онемогућавају отказ само на основу конверзије, уређују услове рада и њихову промену, као и додатне социјалне програме заштите, с тим да велику пажњу посвећују информисању и консултовању радника или њихових представника.

Индивидуалне последице на положај запослених нису једине у случају прекограничних конверзија. Наиме, овде нарочито специфичан може да буде њихов положај у погледу права у учествовању у управљању друштвом. Пошто, наиме, прекограничном конверзијом друштво прелази у други систем, он не мора да пружа иста права, па чак ни да уопште предвиђа учествовање запослених у управљању. Због тога у овом случају земље које познају правила о учествовању запослених нарочито инсистирају на очувању или адекватној еквивалентној заштити запослених у новом правном систему. До сада је ово питање решено је у Директиви о прекограничним спајањима по узору на посебну пратећу Директиву о положају запослених у Европском акционарском друштву.⁷⁶ Ипак, у случају прекограничних конверзија за сада не постоје усвојена правила која би регулисала то питање, што значи да би се примењивала национална правила у мери у којој трпе ограничења правила еквивалентности и ефективности. Конкретно, земља порекла би могла да услови прекограничну конверзију поштовањем права запослених у управљању друштвом, али не би могла да захтева да она буду једнака као и у њеном праву (што је заправо решење Директиве о прекограничним спајањима), већ би могла да очекује само примену принципа „разумне еквивалентности“ у земљи пријема.⁷⁷ Чини се да би

75 Вид. Директиву о очувању права запослених у случају трансфера друштва (Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, OJ L 82, 22.3.2001).

76 Критички у односу на тако усвојена правила вид. J. Lau Hansen, *нав. чланак*, стр. 13.

77 J. Lau Hansen, *нав. чланак*, стр. 14.

таква ситуација тешко могла да доведе до ограничења реализације прекограничне конверзије позивањем на аргумент заштите јавног интереса, односно да оправда онемогућавање прекограничне конверзије у земљи порекла, чак и када такав поступак дозвољава земља пријема.⁷⁸ Стога у том случају заправо нема онакве заштите запослених каква се остварује у другим прекограничним ситуацијама, и сигурно се неће сматрати политички оправданом из перспективе неких земаља чланице које високо вреднују свој систем учествовања запослених у управљању. Осим тога, непостојање правила која уводе решење проблема учествовања запослених у управљању и након реализоване прекограничне конверзије могу да доведу до негативних ефеката такмичења законодавца, који би у тој ситуацији имао негативне ефекте (тзв. трка ка дну – *race to the bottom*), који се свде на снижавање заштите запослених у циљу веће атрактивности домаћих права за настањење друштава.⁷⁹

На том питању нарочито је инсистирао и Правни и социјални комитет у свом мишљењу поводом Иницијативе Европског парламента о доношењу Директиве о прекограничној промени регистрованог седишта.⁸⁰ Сматра се да је само она регулатива која омогућава очување права запослених у учествовању у управљању прихватљиво решење, као што је то већ учињено у пратећој Директиви уз Статут Европског акционарског друштва, као и у Директиви о прекограничним спајањима. Њихове одредбе свде се на очување већ стечених права, без обзира што национално право нема такав систем или уопште не познаје учешће радника у управљању друштвом. Тиме се потпуно искључује законодавно такмичење у погледу правила о учествовању радника у органима друштва.⁸¹ Са друге стране, тако дефинисани услови не само да нису политички прихватљиви за многе земље чланице које не прихватају учествовање запослених у управљању, већ кваре систем дистрибутивне примене правила меродавног права. Стога је оправдано у овом питању видети највећу препреку за будуће регулисање прекограничне конверзије на нивоу ЕУ.

78 Исто: J. Lau Hansen, *нав. чланак*, стр. 15.

79 О том проблему након случаја *Cartesio*, са предлогом решења овог питања кроз Директиву ЕУ о промени седишта друштва вид. Bruno Mestre, „*Cartesio and its potential impact on co-determination regimes: a 14th Company Law Directive is needed!*“, *Pecsi Munkajogi Kozlemenyek*, Nr. 3/2009, стр. 76 и даље.

80 Мишљење правног и социјалног комитета поводом Иницијативе Европског парламента о доношењу Директиве о прекограничној промени регистрованог седишта, *Opinion of the Committee on employment and social affairs for the Committee on Legal Affairs on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI))*, Rapporteur: Philippe Boulland, 27.9.2011.

81 В. Mestre, *нав. чланак*, стр. 77.

VII Закључак

Регулисање прекограничних конверзија најзначајније је не толико у дефинисању својеврсних колизионих правила, већ креирању тзв. материјалних правила, која успостављају правну хомогеност, значајну у практичној примени правила у прекограничним ситуацијама.⁸² Таква регулатива у области прекограничних конверзија имала би позитиван ефекат на земље чланице ЕУ, у правцу омогућавања и лакше реализације таквог поступка, али и за друге земље, попут Србије, која је на путу модернизације својих прописа у области меродавног права за друштва.

Србија за сада не регулише прекограничне конверзије ни одредбама материјалног, нити одредбама колизионог права.⁸³ Док материјално право уређује искључиво промену једне правне форме у другу друштва које је регулисано према домаћем праву (национална конверзија), колиционе одредбе за сада не познају могућност промене меродавног права.⁸⁴ Притом, иако могућа, сходна примена правила о националним променама правне форме нарочито је неадекватна у погледу заштите интереса појединих лица, али и реализације самог поступка, пре свега регистрације у Агенцији за привредне регистре. Значај усвајања посебних правила несумњив је и узимајући у обзир хармонизацију домаћег права са правом ЕУ.

Осим тога, доношење одговарајуће регулативе би свакако унапредило општи оквир уређења прекограничних кретања и олакшало

82 Norbert Horn, „Rechtsfragen internationaler Unternehmenszusammenschlüsse“, у: Theodor Baums, Klaus Hopt, Norbert Horn (editors), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law: Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, стр. 316.

Ипак, до скора се сматрало да је нужно формулисати и колизиона правила у погледу критеријума за одређивање, домашај и промену меродавног права, чак и на нивоу ЕУ. Стога је у том циљу под окриљем Немачког савета за међународно приватно право формиран Комитет за међународно компанијско право, који је сачинио Предлог уредбе о меродавном праву за друштва у односу на право ЕУ и Предлог измена немачког међународног приватног права у тим питањима. Вид. Немачки Предлог уредбе о меродавном праву за друштва.

83 Вид. чл. 478–482 ЗОПД и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (*Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1982, 72/1982, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/1996, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006).

84 И предлог новог Закона о међународном приватном праву није предвидео промену меродавног права, нити правила о прекограничним конверзијама. Он једино уређује поред одређивања и домашаја меродавног права и одредбе које се односе на меродавно право за статусне промене, за које је предвиђена искључиво дистрибутивна примена правила националног права за свако од друштва. Вид. чл. 57 и 59 радног текста Закона о међународном приватном праву од маја 2012. године, доступно на адреси: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-radna-verzija.html>, 16.8.2013.

пословање за друштва, које се све више окрећу прекограничним активностима. Од ове регулативе би највећу корист требало да имају мања друштва, која траже повољнији амбијент за пословање, те би будућа регулатива морала да размишља о поступку који не само да омогућава прекограничне конверзије и штити права појединих лица, већ је и ефикасан и доступан свим формама друштава.

Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

REGULATION ON CROSS-BORDER CONVERSIONS

Summary

This paper presents possible regulation on cross-border conversions, a procedure whereby a company changes its applicable law while preserving its legal continuity. It must be accepted by all interested laws – of the home, as well as law of the host country. Realization of cross-border conversion can be achieved by special provisions, still very rare in contemporary comparative company law, or by application of general provisions of similar procedures, most likely change of corporate legal form. Still, specific problems connected with cross-border conversion such as protection of certain interests stands at the center of those provisions. Also, cross-border conversion requires coordination of the registration, which is essential in providing legal certainty for all interested persons.

Key words: *cross-border conversion, transformation, applicable law, stakeholders, shareholders protection, creditor protection, effects of conversion.*

др Владимир САВКОВИЋ
доцент на Правном факултету Универзитета Црне Горе

ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И УЧЕШЋЕ ЗАПОСЛЕНИХ У УПРАВЉАЊУ ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ

Резиме

Овај рад има за циљ да укаже на то да ли и какве промјене доноси процес пријетворања Европској унији у погледу учешћа запослених у управљању привредним друштвима. У том смислу, пажња је на почетику посвећена дефинисању самој концепцији учешћа запослених у управљању, због чињенице да се у литератури користе различити термини иза којих често не стоји исто значење. Након дефинисања појма учешћа запослених у управљању, аутор концентрише пажњу на кључне директиве које регулишу овај концепт у праву Европске уније, износећи закључак како се анализираним регулаторним инструментима запосленима и њиховим представницима не дају непосредна овлашћења за учешће у доношењу одлука о управљању друштвом, већ се њихова овлашћења своде на право да буду консултовани, односно обавијештени о ствима. На крају, аутор се бави изгледима да поједини облици саодлучивања типичних за њемачко право и њих државна чланица, а који подразумевају присусвојење запослених и њихових представника у орањима управљања привредних друштва, односно право већа на одређене врсте одлука, постојану сасијавни дио права Европске уније. Закључак који износи у том погледу, након анализе релевантних докумената Европске комисије, јесте да су изгледи за такав развој на регулаторном плану, макар у средњем року, минимални.

Кључне речи: управљање привредним друштвима, запослени, власници, саодлучивање, право Европске уније, Европска комисија.

I Увод

У другој половини 20. вијека, током трајања „социјалистичког експеримента“ на простору земаља бивше Југославије, без обзира на бројне аномалије и разлике између формалне позиције и суштинског уплива, запослени су захваљући примјени оригиналног концепта радничког самоуправљања имали изузетно висок степен укључености у управљању сопственим послодавцем у односу на друге у Европи.¹ Међутим, силажењем социјализма са европске, па и свјетске позорнице, неке земље бивше Југославије, укључујући и Црну Гору, готово да су отишле у другу крајњост у развоју концепта тржишне економије. Питање учешћа запослених у управљању привредним друштвима ријешиле су на начин што исто нијесу ни третирале компанијским законодавством. Прецизније, заштита права и легитимних интереса запослених сведена је на ниво стандардног радног законодавства и без значајнијег регулаторног уплива у организациону структуру, односно управљачке механизме друштава капитала и привредних субјеката уопште.²

Полазећи од горе наведених околности у вези са учешћем запослених у управљању привредним друштвима на подручју неких земаља насталих распадом бивше Југославије, циљ овог рада је да укаже на то какве нас и да ли нас уопште у овом дијелу очекују неке значајније промјене у процесу приступања Европској унији. Другим ријечима, покушаћемо да одговоримо на питање каква дешавања у националним правима можемо очекивати на плану учешћа запослених у управљању, а када је ријеч о примјени за чланице обавезујућег права Европске уније? Једнако тако, циљ је и то да се одшкрине прозор у блиску перспективу развоја овог дијела популарног *acquis communautaire*-а. Да би то могли да учинимо, међутим, потребно је одговорити на нека претходна питања. Прије свих, што ћемо у нашој анализи подразумевати под концептом учешћа запослених у управљању привредним друштвима? Још прецизније, који се све појавни облици тенденције која се редовно, мишљења смо, непрецизно и сувише широко означава термином „партиципација запослених“ (енгл. *employee participation*) заиста могу сматрати учешћем запослених у управљању у ужем, за анализу опипљивом значењу овог

1 Више: Драган Радоњић, *Право рада друштвеним средствима*, Титоград, 1985; о систему самоуправљања у бившој Југославији сагледаном са историјске дистанце, види: Јанковец Ивица, *Привредно право*, Београд, 1999, стр. 31-40.

2 Дилема у погледу тога да ли концепт укључивања запослених у управљање привредним друштвима треба да буде третиран као предмет компанијског или радног права дуго је присутна и још увијек врло жива у европској стручној јавности. Више: Aline Conchon, *Employee representation in corporate governance: part of the economic or the social sphere?*, Брисел, 2011, стр. 18.

концепта, а који, пак, излазе из оквира истог? Коначно, у циљу бољег разумијевања тренутног стања, али и предстојећих дешавања у праву Европске уније, потребно је направити осврт и у кратким цртама сажети кључне специфичности на упоредном плану,³ прије свега, када су најзначајније државе чланице у питању. Овај осврт показаће и то како се коријени актуелног приступа „европског законодавца“ питању учешћа запослених у управљању привредним друштвима налазе у различитим приступима овом концепту на националном плану, те разликама које сежу у вријеме знатно прије настанка саме Европске уније.

II Проблем дефинисања концепта учешћа запослених у управљању

Динамика промјена које се одвијају у глобалној економији у периоду чије је почетак, случајно или не, готово истовремен са догађањем тзв. „Интернет револуције“,⁴ без обзира на бурна дешавања и у времену прије комерцијализације глобалне рачунарске мреже, готово да је без преседана у људској историји. Дубоке промјене нијесу заобишле ни положај запослених када је ријеч о њиховој улози у управљању послодавцем. Наиме, поред класичног, њемачког концепта саодлучивања (енгл. *codetermination*) који се карактерише обавезним, на закону утемељеном присуству представника запослених у надзорним одборима великих привредних друштава, што је модел са којим се дуго поистовјеђивала сама идеја учешћа запослених у управљању, у пракси су у посљедњих неколико деценија на значају добили раније мање изражени или су се, пак, појавили и неки други облици подстицања учешћа запослених у управљању својим послодавцима. Тако се поменути појам партиципације запослених данас у литератури редовно користи са циљем да се њиме обухвате и нове тенденције у погледу формалних, па и неформалних односа између послодаваца и запослених. Сходно томе, различити облици партиципације запослених често се категоришу у двије основне групе, тзв. „финансијску партиципацију“ (енгл. *financial participation*) и „партиципацију везану за радни однос“ (енгл. *work*

3 Фокус ће бити на њиховим специфичностима из једноставног разлога што су основне националних регулаторних оквира постављене по моделу који је већ хармонизован у дијелу права Европске уније којим се регулише ова материја, те би у супротном само понављали већ речено.

4 Појава Интернета, те укупност промјена на економском и општем друштвеном плану које су узроковане његовом комерцијализацијом данас се, како у популарној, тако и у научној литератури, имајући у виду карактер и дубину ових промјена, редовно означава и термином „Трећа индустријска револуција“, што само по себи говори о реалном значају саме појаве и њом изазваних промјена.

related participation)⁵, гдје финансијска партиципација редовно обухвата разне облике посредног или непосредног акционарства, тј. власничког учешћа запослених у послодавцу,⁶ док се под партиципацијом везаном за радни однос подразумејева већ поменути њемачки концепт саодлучивања запослених, као и други облици учешћа запослених у управљању који нијесу повезани са власничком функцијом, тј. условљени истом, већ је ријеч о позицији и овлашћењима стеченим самим чином успостављања радног односа или постизањем одређених резултата на раду.

Постоје, међутим, аутори који потенцирају и нешто сложеније подјеле од горе наведене. Они истичу како се сви облици партиципације запослених могу подијелити у четири категорије, зависно од степена реалног утицаја који запосленима модели партиципације из различитих категорија дају у погледу управљања привредним друштвом у којем су запослени.⁷ Конкретно, код прве двије категорије ријеч је искључиво о моделима успостављања и одржавања механизма редовне комуникације између управе друштва и запослених, с тим што је код једне ријеч о редовном обавјештавању запослених о већ донешеним, а неријетко и спроведеним кључним управљачким одлукама, док

5 Види: Juliette Summers, Jeff Hyman, *Employee Participation And Company Performance*, Jork, 2004, стр. 2-4; Marcus Roth, „Employee Participation, Corporate Governance and the Firm: A Transatlantic View Focused on Occupational Pensions and Co-Determination“, *European Business Organization Law Review*, Volume 11, 2010, стр. 51-85.

6 Данас вјероватно најпопуларнији модел „финансијске партиципације“ запослених јесу тзв. „професионалне пензије“ (енгл. „*occupational pensions*“), односно пензијске шеме под покровитељством послодавца, које кроз форму директног или индиректног акционарства, између осталог, дају учесницима ових шема могућност да учествују у управљању и сопственим послодавцем. Овај систем је још раније развијен у земљама англо-америчког цивилизацијско-правног круга, али данас је све популарнији и на тлу европског континента, о чему најбоље свједочи и чињеница постојања Директиве 2003/41/ЕС о дјелатностима и надзору институција за остваривање професионалних пензија (OJ L 235/10, од 23.9.2003). Више о овом и другим облицима финансијске партиципације запослених: Marcus Roth, „Employee Participation...“, стр. 3; Sara Arber, Jay Ginn, „Pension Penalties: The Gendered Division of Occupational Welfare“, *Pension Work, Employment & Society*, Volume 7(1), 1993, стр. 47-70; Andrew Robinson, Nicholas Wilson, „Employee Financial Participation and Productivity: An Empirical Reappraisal“, *British Journal of Industrial Relations*, Volume 44(1), 2006, стр. 31-50. За развој система пензија под покровитељством послодавца (професионалних пензија) у земљама континентално-европског цивилизацијског круга, попут Њемачке, види: Börsch-Supan Axel, Christina Wilke, „The German Public Pension System: How It Was, How It Will Be“, доступно на интернет адреси: http://www.nber.org/papers/w10525.pdf?new_window=1 (последњи пут посјећеној у марту 2014), стр. 36.

7 Тако: M. Marchington, J. Goodman, A. Wilkinson, P. Ackers, *New Developments in Employee Involvement*, Манчестер, 1992, стр. 13-19.

је код друге категорије ријеч о обавезном консултовању са запосленима или њиховим представницима прије доношења одређених одлука или њихове егзекуције, уз нагласак на необавезујући карактер става запослених у односу на управу, односно послодавца. Трећа категорија се у највећој мјери преклапа са горе назначеним концептом финансијске партиципације, директне и индиректне, док је четврта означена термином „представничка партиципација“ (енгл. „*representative participation*“) и иста се у основи преклапа са горе поменутиим концептом, „управљања (партиципације) на основу радног односа“, те њемачким концептом саодлучивања, као доминантним у том корпусу.

Приказана, као и друга у теорији присутна разврставања различитих модела партиципације запослених јасан су показатељ како је сам тај концепт у овом тренутку прилично широко постављен и изразито хетероген. Штавише, као такав, сматрамо, овај концепт оставља простора за подвођење под исти готово сваког облик формализоване комуникације између послодавца и запослених, чиме се у значајној мјери доводи у питање и сврсисходност његове научне анализе.

Имајући наведено у виду, чини се како је на овом мјесту прикладно, а са становишта прецизнијег фокусирања наше анализе и оправдано направити разлику између два концепта, односно појма. У првом случају ријеч је о учешћу запослених у управљању, као ужем, а у другом случају је ријеч о партиципацији запослених, као ширем концепту. И док би први могли дефинисати као сваки модел, односно регулисани поступак доношења и спровођења одлука од стране управе привредног друштва који захтијева неку врсту учешћа запослених независно од њихове евентуалне власничке функције,⁸ други би, поред ових модела управљања, обухватио и различите видове финансијске партиципације, попут пензија под покровитељством послодавца и других. Коначно, предмет нашег интересовања и анализе у даљем тексту биће управо ужи од ова два концепта, односно третман истог од стране европског регулатора.

III Учешће запослених у управљању у праву Европске уније

Бројне су директиве које регулишу питање заштите права запослених, неке од њих при том установљавајући, у мањој или већој мјери, извјесне елементе учешћа запослених у процесу управљања друштвом које је уједно и њихов послодавац. Ипак, нијесу све једнако релевантне

8 Што је још увијек знатно шири концепт од њемачког система саодлучивања.

за анализу у овом контексту. С тим у вези, као најзначајније се у литератури редовно помињу њих четири,⁹ чини се, прије свега због примарног, готово искључивог фокуса на ову материју, те реалних и посебних механизма заштите интереса који се установљавају у корист запослених.¹⁰ Ријеч је о Директиви 98/59/ЕС о усклађивању законодавства држава чланица у односу на колективне отказе (у даљем тексту: Директива о колективним отказима),¹¹ Директиви 2001/23/ЕС о приближавању права држава чланица у вези са заштитом запослених у случају преноса привредног друштва, пословне цјелине или дјелова привредног друштва или пословне цјелине (у даљем тексту: Директива о преносу),¹² Директиви 2009/38/ЕС о успостављању Европског радничког савјета или увођењу поступка у привредним друштвима која послују на нивоу Заједнице и групама друштава која послују на нивоу Заједнице у сврху обавјештавања и консултовања запослених (у даљем тексту: Директива о Европском радничком савјету),¹³ те Директиви 2002/14/ЕС о успостављању општег оквира за обавјештавање и савјетовање са запосленима у Европској заједници (у даљем тексту: Директива о оквиру за обавјештавање и савјетовање са запосленима).¹⁴ Дијелећи овакво виђење, наведене прописе поставићемо и у фокус наше пажње.

Директива о колективним отказима односи се на ситуације у којима, из разлога који се не односе на личност запосленог, долази до отпуштања одређеног броја запослених у временском интервалу од 30 или 90 дана (члан 1 став 1 Директиве).¹⁵ Директива се, међутим, не односи на запослене по уговору на одређено вријеме, уколико је ријеч о

9 Тако: Mads Andenas, Frank Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Њујорк, 2010, стр. 441.

10 Уз ове четири директиве, вјероватно најближа корпусу правних инструмената које ћемо детаљније обрадити јесте Директива 2001/86/ЕС о допуни Статута Европског акционарског друштва у вези учешћа запослених (Директива 2001/86/ЕС, *OJ L* 294/22, од 10.11.2001). Практично, међутим, ова Директива промовише идентичан концепт заштите легитимних интереса радника кроз обавјештавање истих од стране управа и консултовање са њима и њиховим представницима као и Директива о европском радничком савјету (види: подножна напомена бр. 14), само у контексту знатно ужег круга одлука.

11 Директива 98/59/ЕС (*OJ L* 225/16, од 12.8.1998).

12 Директива 2001/23/ЕС (*OJ L* 82/16, од 22.3.2001).

13 Директива 2009/38/ЕС (*OJ L* 122/28, од 16.5.2009). Иначе, ова Директива је ставила ван снаге ранију Директиву о Европском радничком савјету Директива 94/45/ЕС (*OJ L* 254/64, од 30.9.1994), при том готово у цјелини инкорпорирајући њена рјешења у нови текст, а слична је ситуација и са двије већ поменуте директиве, чије претходнице датирају још из седамдесетих година 20. вијека.

14 Директива 2002/14/ЕС (*OJ L* 80/29, од 23.3.2002).

15 Минимални број запослених који мора бити обухваћен серијом отказа у датом временском периоду се креће од 10 до 30, с тим да исти зависи управо од вре-

одлуци послодавца да не продужи уговор након истека таквог уговора, као ни на јавну управу и друге носиоце јавних овлашћења (члан 1 став 2). У контексту наше анализе, суштина Директиве о колективним отказима је у одребама из члана 2 које обавезују послодавца да с намјером спроведе колективно отпуштање запослених, онако како је исто дефинисано у члану 1 Директиве, на правовремено започињање и обављање релативно опсежног и свеобухватног процеса консултација са представницима радника, а са циљем, односно видљивом намјером постизања споразума. Директивом се прописује садржина ових преговора, начин њиховог вођења, као и даљи поступак за престанак радног односа запосленима на које се односи колективни отказ. Исти подразумева поштовање одређених рокова од стране послодавца, слање образложеног обавјештења надлежним носиоцима јавних овлашћења, права радника на учешће у самом поступку, попут давања мишљења надлежним органима на аргументе, тј. образложење послодавца дато у поменутом обавјештењу, као и друге елементе чије је присуство усмјерно на заштиту интереса запослених.¹⁶ Најзад, са становишта наше анализе, значајно је подцртати и чињеницу да, без обзира на условљеност послодавца радњама и роковима за њихово спровођење, одлука о једностраним раскидима радног односа, тзв. „колективном отказу“ остаје у надлежности самог послодавца.

Код Директиве о преносу, прије свега је неопходно нагласити да се иста (члан 1) примјењује код преноса привредног друштва или пословне цјелине, дијела друштва или дијела пословне цјелине на новог послодавца, а у случајевима уговорног преноса имовине, односно припајања или спајања привредних друштава. Другим ријечима, ова Директива има своју примјену у оним ситуацијама у којима се ради о преносу једне економске цјелине која по својим перформансама може самостално и несметано да функционише, независно од тога да ли је ријеч о привредном друштву или, пак, производној или услужној цјелини у оквиру истог, као и независно од тога да ли је ријеч о профитном или непрофитном привредном субјекту.¹⁷

Предмет заштите, када је Директива о преносу у питању, јесу права запослених за вријеме трајања и у периоду непосредно након спро-

менског периода у конкретном случају, као и величине самог послодавца изражене кроз укупни број запослених (чл. 1 ст. 1 тач. а).

16 Више о поступку доношења и спровођења одлуке о колективном отказу у складу са Директивом о колективним отказима: Miguel Malo, „Determination in Collective Redundancies“, *European Journal of Law and Economics*, Volume 12(1), 2001, стр. 73–90.

17 На другој страни, Директива се не односи на административну реорганизацију органа јавне управе, односно трансфер јавних овлашћења између различитих органа (чл. 1 ст. 1 тач. ц).

веденог поступка промјене послодавца, а кључни критеријуми – стандарди заштите прва запослених у наведеним ситуацијама су сљедећи. Прво, запослени не би смио бити отпуштен само зато што је дошло до преузимања друштва или дијела имовине истог, другим ријечима, само на основу чињенице да је добио новог послодавца (члан 4), с тим што се ово не односи на евентуална отпуштања из економских, техничких или других разлога организационе природе, услед којих су потребне промјене у радној снази. Друго, приликом преноса уговора о раду на новог послодавца запослени би требало да задрже макар иста права и обавезе које су имали у односу на ранијег послодавца (члан 3), у периоду не краћем од једне године. Треће, потребно је да у сам поступак преузимања запослених буду унешени елементи благовременог обавјештавања и консултовања са запосленима о самом току преузимања, разлозима, мјерама које требају да буду предузете у односу на запослене, те посљедицама које посматрано са различитих аспеката тај поступак може имати по њих (члан 7).¹⁸

Сумирајући речено, можемо закључити да се и у случају Директиве о преносу учешће запослених у управљању, баш као и у случају Директиве о колективним отказима, своди на њихово право да буду благовремено информисани и консултовани од стране послодавца у поступку припреме, доношења и спровођења одређених врста одлука управе, одлука за чију додатну контролу кроз описани процес је европски законодавац очигледно имао посебан интерес.

Директива о Европском радничком савјету је усвојена са првентивним циљем да се, како је то наглашено у самом тексту исте (члан 1 став 1), унаприједи право запослених да буду обавијештени и консултовани у привредним друштвима или групама привредних друштава која послују на нивоу Европске уније.¹⁹ Управо ради остварења тог циља се у Директиви прописује оснивање Европског радничког савјета или, пак, као алтернатива истом, успостављање посебне процедуре (поступка) обавјештавања и консултовања запослених. Под привредним друштвом које послује на нивоу Европске уније подразумијева се свако друштво са најмање 1.000 запослених у државама чланицама, те најмање 150 рад-

18 За детаљну анализу Директиве о преносу, те критички осврт на одређене недоречености концептуалне и термилошке природе види: Felicia Bejan, „The European Law regarding the Impact of Merger on Employees’ Rights“, *Romanian Journal of European Affairs*, Vol. 13(2), 2013, стр. 28–38.

19 Већ је наглашено како је ова Директива ставила ван снаге претходну Директиву о Европском радничком савјету, при чему су одредбе директиве која је стављена ван снаге готово интегрално унијете у текст нове. Више о овом питању и питању евентуалних разлика у концепту и циљевима ова два регулаторна инструмента Европске уније: Sylvaine Laulom, „The Flawed Revision of the European Works Council Directive“, *Industrial Law Journal*, бр. 39(2), 2010, стр. 202–208.

ника у свакој од најмање двије државе чланице. Појам група друштва која послује на нивоу Уније, пак, укључује матично (контролирајуће) друштво и његова зависна (контролисана) друштва, под условом да на нивоу групе има најмање 1.000 запослених, те да у најмање два привредна друштва из те групе имају по 150 запослених у различитим државама чланицама Европске уније (члан 2 став 1).

Како би се остварио прокламовани циљ Директиве о Европском радничком савјету, управа друштва које послује на нивоу Заједнице или друштва које се налази на челу групе која послује на нивоу Заједнице покреће преговоре за успостављање Европског радничког савјета или успостављање посебних поступака за обавјештавање и консултовање запослених. Управа друштва то може учинити на властиту иницијативу, а обавезна је то учинити на захтјев најмање 100 запослених или њихових представника из најмање два привредна друштва, односно њихових подружница из различитих држава чланица Уније. Коначно, у сврху вођења и успјешног окончања преговора, прописано је формирање посебног преговарачког тијела састављеног од представника запослених. Посебно преговарачко тијело има обавезу да заједно са централном управом, споразумом у писаној форми, утврди опсег, састав, дужности и трајање мандата Европског радничког савјета, односно, уколико то није могуће, да успостави адекватан систем обавјештавања и консултовања (члан 5). Ипак, потребно је нагласити да европски законодавац не улази у детаљно регулисање надлежности, односно овалашћења Европског радничког савјета, нити обавезног тока и садржине његове алтернативе – договореног поступка обавјештавања и консултовања запослених. Тек у случају да управа одбије преговоре или исти не резултирају споразумом након три године, има се примијенити правило по коме се на друштво или групу друштва имају примијенити стандарди националног законодавства чланице на чијој се територији налази сједиште управе, а који не могу бити испод минимума утврђених у Прилогу 1 Директиве о радничким савјетима (чл. 7). Међутим, чак ни стандарди дефинисани у Прилогу 1 Директиве не установљавају у корист запослених, односно њихових представника ништа више од права на благовремено обавјештавање и одржавање формалних консултација са послодавцем, тј. управом истог, а поводом широко постављеног круга одлука које се могу тицати запослених. Другим ријечима, укупна позиција Европског радничког савјета је постављена тако да иста ничим не угрожава, односно ограничава стандардне надлежности управе у друштву у којем је ово представничко тијело запослених успостављено. Стога се – што је значајно подцртати у контексту наше анализе – ни само постојање могућности успостављања Европског радничког савјета не може посматрати као правни основ за измјену класичне структуре органа управљања.

Најзад, иако се и Директива о Европском радничком савјету држава на установљавању дужности обавјештавања запослених и консултовања са њима, у односу на претходне двије директиве које су биле предмет наше анализе, иста је различита и значајнија од њих по томе што је круг одлука о којима се управа послодавца има консултовати са представницима запослених сада знатно шири, тј. није везан за врло специфичне околности и неколико потенцијалних одлука у вези са њима.

У односу на претходне три, Директива о оквиру за обавјештавање и савјетовање са запосленима је регулаторни инструмент који има најшири домашај са аспекта круга привредних субјеката на који се има примјењивати, као и са аспекта круга питања на које се односи општи оквир за обавјештавање и консултовање, тј. дијалог на релацији послодавац запослени, чије је успостављање и кључни прокламовани циљ (члан 1). Наиме, уз одређене мање изузетке (члан 3 став 1 и став 3), ова се Директива, у складу с избором државе чланице, има примјењивати на сва привредна друштва са најмање 50 запослених у једној држави чланици или пословне цјелине са најмање 20 запослених, такође у једној држави чланици (члан 3 став 1). Поред тога, у погледу круга питања предвиђених за консултације, Директивом се послодавац, тј. управа обавезује на дијалог са запосленима не само у вези са питањима које се непосредно односе на њихов статус, већ и о свим питањима која се односе на „најновији и могући развој дјелатности послодавца, као и његов укупан положај“ (члан 4 став 2). Чини се како је ово формулација којом се под опсег примјене Директиве о оквиру за обавјештавање и савјетовање са запосленима практично подводе скоро сва значајнија питања за обвезнике примјене. Међутим, потребно је и овдје нагласити апсолутну аутономију, односно независност управе у поступку доношања одлука које су у њеној надлежности, укључујући ту оне у вези са којима запослени и њихови представници имају право да буду претходно обавијештени и консултовани.

Имајући речено у виду, можемо закључити како ни Директива о оквиру за обавјештавање и савјетовање са запосленима, баш као ни претходно анализирани директиве, не промовише, односно не уводи обавезу законске интервенције на нивоу држава чланица којом би се запосленима или њиховим представницима омогућило пуноправно учешће, тј. чланство у раду органа управљања привредних друштава. Уз то, овим регулаторним инструментима се запосленима и тијелима која их представљају не дају ни било каква непосредна овлашћења за доношење одлука из реда оних које се могу окарактерисати као управљање друштвом или, пак, право вета на доношење таквих одлука од стране управе. Ипак, анализирани директиве, односно регулаторни механизми промо-

висани у њима још увијек потпадају под нашу дефиницију учешћа запослених у управљању дату на крају претходног дијела зато што су исти установљени као обавезан саставни дио поступка за доношење великог броја одлука од стране управе. Наиме, уколико би као једини критеријум за дефинисање концепта управљања друштвом од стране запослених била третирана операционализација принципа учешћа – чланства запослених у органима управљања (и евентуално вето на одлуке управе), тада не би ни било простора за научну анализу европског регулаторног оквира учешћа запослених у управљању. Разлог је, наравно, што таквих примјера операционализације, односно њихове регулаторне промоције нема у праву Европске уније.

Коначно, остаје нам и то да покушамо наћи одговор на питање што је непосредна будућност, односно какве су перспективе развоја права Европске уније у дијелу регулаторног оквира за учешће запослених у управљању? Да би о томе могли изнијети макар и условне, прелиминарне закључке, потребно је осврнути се и на одређене специфичности у погледу примјене овог концепта на нивоу правних система кључних држава чланица: један од разлога за то је и чињеница да су у прошлости сличне специфичности у неким другим областима представљале својеврсну претечу права Европске уније.

IV Умјесто закључка: нека специфична рјешења у државама чланицама – *de lege ferenda* Европске уније или „историјска случајност“?

У контексту горе постављене дефиниције, уз пар „примјера“ који представљају његову, рекли би, блажу верзију,²⁰ најпознатији, односно кључни европски модел битно другачијег, тј. специфичног регулаторног механизма укључивања запослених у управљање привредним друштвима долази из највеће економије и најмногољудније чланице Европске уније, Њемачке. На тај модел усмјерићемо и нашу пажњу.

20 Прије свих, ријеч је о Француској, гдје поред радничких савјета, те осталих облика радничког организовања редовно присутних и у другим државама чланицама, постоји не само експлицитна законска могућност да се статутом јавних акционарских друштава обезбиједи заступљеност представника запослених у извршним одборима (код монистичког система организације органа управљања), односно у надзорном одбору (код дуалистичког система), већ и обавеза њиховог присуства у друштвима у којима власничко учешће запослених прелази три процента. Поред Француске, одређени карактеристични механизми који пружају реалне шансе запосленима да буду представљени у органима управљања постоје и у неким другим државама Европске уније, попут Холандије. Више: М. Andenas, F. Wooldridge, *нав. дело*, стр. 419–424 и 439–440.

Њемачки систем учешћа запослених у управљању привредним друштвима и у склопу истог, као његова *differentia specifica*, систем саодлучивања, како показују анализе историјског развоја тог концепта,²¹ неријетко се развијао стихијски, у различитим правцима и уз чест недостатак координације. Најбољи примјер за то је и начин настанка појединих карактеристичних механизма који га детерминишу. Ови механизми, наиме, имали су посебан „развојни пут“, па су тако једни везани за привредна друштва која долазе из одређене привредне гране, други су своју примјену налазили само код привредних друштава одређене величине, док су се трећи односили на најшири круг привредних субјеката, али су остајали са ограниченим домашајем у смислу круга одлука на које се односе. Конкретно, не улазећи при том у детаље појединих рјешења и посебно не улазећи у релативно сложене критеријуме одређивања друштава на које се поједини модели примјењују, односно не примјењују,²² можемо примијетити постојање три основна механизма саодлучивања у компанијском праву Њемачке.²³ Прије свега, код одређеног броја привредних друштава постоји практично једнака заступљеност власника и запослених у надзорном одбору,²⁴ с тим да дио представника запослених не мора бити запослен у привредном друштву у раду чијег надзорног одбора партиципира, већ је ријеч о представницима синдиката чије је чланство запослено у том друштву, што је изводљиво обзиром да је минималан број чланова надзорних одбора ових друштава једанаест. На другој страни, код одређеног броја привредних друштава је број представника запослених у надзорном одбору ограничен на једну трећину, што повлачи за собом и одредбу да овај колективни орган управљања мора имати број чланова који је дјелив са бројем три. И овдје, истина, под условом да је укупан број представника запослених макар три, остављена је могућност за именовање чланова надзорног одбора од стране синдиката присутних у послодавцу из реда лица која нијесу у радно-правном односу са њим. Коначно, раднички савјети у Њемачкој, поред права да буду консултовани и обавјештавани, имају и својеврсно право вета на значајан круг одлука управе које се, номинално, непосредно односе на права и статус запослених (тзв. „социјална питања“),

21 Види: Benjamin A. Streeter, „Co-Determination in West Germany – Through the Best (and Worst) of Times“, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 58(4), 1982, стр. 982–987.

22 Детаљније о регулаторним моделима саодлучивања у Њемачкој: Rainer Klums, „Employee Representation on Supervisory Boards – A German Perspective“, *Право и привреда*, бр. 9–12, 2007, стр. 3–26.

23 Тако: M. Andenas, F. Wooldridge, *нав. дело*, стр. 418.

24 Термин „практично једнака заступљеност“ употребљен је зато што надзорни одбор у таквим друштвима има једанаест чланова, гдје је председавајући независно лице изабрано већином гласова представника запослених и власника.

али суштински обухватају релативно широк спектар одлука, имајући у виду испреплетаност статуса запослених са готово свим аспектима пословања једног привредног друштва. На тај начин су и раднички савјети, односно њихови изабрани представници укључени у систем саодлучивања у Њемачкој.

Као што видимо, права запослених у управљању привредним друштвима у Њемачкој значајно су развијенија и шира него ли у другим државама чланицама Европске уније. Кроз историју посматрано, међутим, Њемачка углавном није успијевала да „убиједи“ остале државе чланице да прихате њен модел саодлучивања.²⁵ Какви су, међутим, изгледи да се то промијени у блиској будућности? Да би макар покушали да сагледамо евентуални простор за тако значајан корак у развоју комунитарног права, потребно је разумјети мотиве – узроке настанка овог модела и упоредити их са приоритетима Европске уније, прије свих, у области компанијског права.

Упорјеђујући два антипода у контексту учешћа запослених у управљању привредним друштвима, амерички, односно њемачки правни систем, аутори из оба стручна и научна миљеа као суштински узрок различитих приступа овом питању редовно истичу чињеницу да је у првом темељни принцип и идеја водиља регулатора од самих почетака била максимализација богатства власника, док је у другом једнако значајан или чак надмоћан критеријум заштите интереса свих „стејкхолдера“, дакле, поред власника, једнако тако и повјерилаца, осталих пословних партнера, крајњих потрошача, локалне средине и посебно запослених у друштву.²⁶ У правцу ставова да је модел саодлучивања запослених и послодаваца, као кључна посебност њемачког концепта учешћа запослених у управљању привредним друштвима, настао превасходно као израз намјере да се заштите интереси и осталих, на преласку између 19. и 20. вијека маргинализованих стејкхолдера у њемачким привредним субјектима говоре и анализе историјског развоја овог концепта.²⁷ С тим

25 Ово се најбоље огледа на примјеру никад усвојене Пете директиве компанијског права Европске уније, иако су преговори и настојања у том правцу интензивно трајали двадесетак година. Више о овом несуђеном сегменту комунитарног права: Alfred F. Conard, „Corporate Constituencies in Western Europe“, *Stetson Law Review*, бр. 21, 1991, стр. 89. На другој страни, пак, тешко је оспорити став како су њемачки раднички савјети претеча и главна инспирација данашњих у праву Европске уније.

26 Види: Jens C. Dammann, „The Future of Codetermination After Centros: Will German Corporate Law Move Closer to the U.S. Model?“, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Volume 8(2), 2003, стр. 607–610; Michael Bradley, Cindy A. Schipani, Anant K. Sundaram, James P. Walsh, „The Purposes and Accountability of The Corporation in Contemporary Society: Corporate Governance at a Crossroads“, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 62(3), 1999, стр. 52–56.

27 Види: *supra* подножна напомена бр. 22.

у вези, чини се како је то данас приоритет не само европског, већ и регулатора у другим правним системима чије измјене диктирају глобалне трендове, попут оног у Сједињеним Америчким Државама.²⁸ Но, за нас је свакако најзначајнији став доносилаца одлука на нивоу Европске уније.

Чини се како је један од најрелевантнијих докумената из реда оних који би могли јасно указати на стратешка опредјељења европског регулатора, те доносилаца одлука на нивоу Европске уније уопште сада већ познати Извјештај о будућности компанијског права Европске уније (у даљем тексту: Извјештај), који је група експерата сачинила за потребе Европске комисије у 2011. години.²⁹ У дијелу Извјештаја који се односи на присуство запослених, односно њихових представника у органима управљања европских привредних субјеката (прије свих, друштава капитала),³⁰ начелно је заузет неутралан став према концепту саодлучивања, што је и разумљиво имајући у виду подијељеност држава чланица по том питању. Прецизније, у Извјештају се даје препорука „европском законодавцу“ да не обавезује чланице које то нијесу урадиле да уведу концепт присуства запослених у органима управљања, тј. систем саодлучивања у национални *lex societatis*. Исто тако, дата је и препорука да се не инсистира на укидању или ограничавању примјене овог концепта у чланицама које га већ примењују. Штовише, уз истицање да и поред бројних студија не постоје емпиријски докази о већој ефикасности једног, односно другог система (не)учешћа запослених у управљању, у образложењу кључних ставова, односно препорука, експерти који су сачинили Извјештај истичу и то како „аргумент да је концепт саодлучивања штетан зато што би у супротном био успостављен од стране самог тржишта, те стога не би требало да буде уведен императивним прописима, занемарује околност да је присуство запослених у

28 Иако није реално очекивати да ћемо у блиској будућности бити свједоци увођења елемената њемачког модела саодлучивања у право САД, већина критичких осврта на систем корпоративног управљања у том великом и глобално утицајном правном систему указује на потребу редефиниције односа власника и запослених у правцу стварања мотива и формалних предуслова за њихову тјешњу сарадњу. Истина, у САД то није циљ за себе. Иза оваквог начина резонавања стоји потреба унапређења система управљања америчким корпорацијама, побољшања њихових кључних перформанси, те у крајњем, наравно, максимализација профита. Више: Leo E. Strine Jr., „Toward Common Sense and Common Ground? Reflections on the Shared Interests of Managers and Labor in a More Rational System of Corporate Governance“, *Iowa Journal of Corporate Law*, бр. 33, 2007, стр. 1–20.

29 Извјештај пружа стратешке одреднице Европској комисији у смислу регулаторних и повезаних активности на плану развоја компанијског права Европске уније. Извјештај је доступан је на званичној интернет адреси Комисије, на следећој екстензији: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf (последњи пут посјећеној у марту 2014. године).

30 Страна 53 Извјештаја.

органима управљања питање политичке одлуке која се мора поштовати као таква“. Дакле, износећи експлицитан став да је увођење концепта саодлучивања ствар политичке одлуке, те имплицитан да исти не може представљати природан, макар са стране послодаваца добровољан слијед ствари у тржишно оријентисаним економијама, аутори Извјештаја су једним дијелом одговорили и нашу дилему из наслова горе. Њемачки концепт саодлучивања и на њему базиране специфичности пар других држава чланица Европске уније најприје се могу сматрати резултатом специфичних политичких и ширих друштвених околности у Њемачкој, преваходно у првој половини 20. вијека. Но, имајући у виду поменута искуства Француске, Холандије и неких других држава чланица, разумљиво је и питање да ли ова „историјска случајност“ може представљати идејну и оперативну подлогу система учешћа запослених у управљању привредним друштвима у једној наднационалној заједници попут Европске уније?

Из горе описаног начина резонувања, чини се, можемо закључити како су њихови представници у радној групи која је сачинила Извјештај само констатовали дубоку и давнашњу подијељеност кључних држава чланица по овом питању. Стога би могли изнијети и закључак како је, макар у средњем року, тешко очекивати било какве промјене у компанијском праву Европске уније које би увеле обавезно присуство запослених у органима управљања друштвима капитала, а тиме и систем саодлучивања на основама на којима је исти развијен и функционише већ читав један вијек у Њемачкој. Штавише, у овом правцу и са садржином која би промовисала концепт саодлучивања, не би требало очекивати чак ни доношење препорука од стране Европске комисије, без обзира на њихову необавезујућу природу. Ово посебно имајући у виду да се исте третирају као својеврсно *de lege ferenda* Европске уније.

Vladimir SAVKOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Montenegro

EUROPEAN UNION LAW AND EMPLOYEE INVOLVEMENT IN MANAGING COMPANIES – CURRENT STATUS AND PERSPECTIVE

Summary

This Article aims at resolving the issue on whether any, and if any, what kind of changes are going to be brought by the European Union accession process concerning the employee involvement in managing companies. To this end, attention is paid to defining the very concept of employee involvement in managing their companies because of the fact that various terms are used, which do not always signify the same meaning. After defining the notion of employee involvement, the author turns his attention to key directives regulating this concept on the EU level and he makes a conclusion that the analyzed regulatory instruments do not present the employees and their representatives with the straightforward powers to manage their employers, but with the right to be consulted before the decision is taken or the right to be informed on decision being taken and executed. In the end, the author deals with the outlooks of certain codetermination concept mechanisms, which are typical for Germany and few other member states and presuppose the presence of employees' representatives in company's governing bodies, being incorporated in EU law. In relation to this, after analyzing some key documents drafted at the request of the European Commission, the conclusion is made that the outlooks for such a regulatory development on the EU level, at least in the middle term, are very slim to none.

Key words: *governing of the companies, employees, owners, codetermination, European Union law, European Commission.*

др *Нашаша* ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ОДГОВОРНОСТ ДИРЕКТОРА ЗА ШТЕТУ ПО ЗАКОНУ О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА*

Резиме

У раду се анализира одредба Закона о привредним друштвима о имовинској одговорности директора за штету нанету привредном друштву. Ауторка прави разлику између корпоративне и личне одговорности директора, најласивиши разлику у основу одговорности. Док је одговорност компаније објективна, одговорност директора је субјективна и заснива се на њиховој кривици. Затим се указује на разлику између унутрашње и спољашње одговорности, према томе ко се налази у позицији оштећеног, тј. према коме одговарају чланови управе. Највећи део рада бави се анализом регулаторног оквира одговорности директора у српском праву. Ауторка налашава утицај претходставке одговорности директора на понашање директора и корпоративне активностии. Посебна пажња посвећена је питању колективне одговорности за корпоративне пропусте и моћностима ослобођења од одговорности. Указује се на моћност одустанка од одношења одговорности директара као одступање од империјалног режима одговорности по први пут у нашем праву. Ауторка закључује да је постојећи регулаторни оквир одговорности директора стимулисан за развој осигурања.

Кључне речи: имовинска одговорност, директор, компанија, корпоративно управљање, осигурање од одговорности.

* Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“ Правног факултета Универзитета у Београду (2014).

Ауторка дугује захвалност адвокату Љубици Томић за уступљену одлуку Вишег суда Словеније (ВСЛ Пресуда I Цпг 510/2010).

I Корпоративна *versus* лична одговорност директора

Када се говори о корпоративној одговорности потребно је правити разлику између одговорности директора за грешке и пропусте „у вршењу функције или у вези са вршењем функције“ и одговорности привредног друштва (компаније) за штету коју они вршењем функција проузрокују трећим лицима.¹ Према још увек важећим правилима облигационог права, „правно лице одговара за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција“.² У нашем праву је, дакле, до доношења ЗОПД из 2011. год. првенствено постојала одговорност компанија, а тек на другом месту одговорност њихових органа (тј. директора)! Од доношења ЗОПД³ из 2011. године ствари стоје другачије. Нови ЗОПД садржи члан посвећен врло значајним питањима имовинске одговорности директора, којим се нека од њих уређују по први пут у нашем праву.

Модерно компанијско право обележава *џренд увођења одговорности директора* и уопште чланова органа привредног друштва према трећим лицима, уз задржавање одговорности и самог друштва према тим лицима. Наглашавамо да се лична одговорности директора и

1 Поред имовинске одговорности, која је тема овог рада, директори сnose и статусну (разређење) и кривичну одговорност, а у развијеним системима корпоративног управљања и етичку одговорност. Из угла компаније, а посебно њених поверилаца, имовинска одговорност је најзначајнија. Осим тога, имовинска одговорност врши едукативни учинак на директоре одвраћајући их од пропуста *pro futuro*. Детаљније: Наташа Петровић Томић, *Оснивање одговорности директора и чланова управног одбора акционарској друштва*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 60–63.

2 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 46/85, 57/89 и *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 31/93 (даље: ЗОО), чл. 170, ст. 1. Ово правило повезано је и са карактером односа између друштва и његових директора. Овај однос настаје на основу уговора о мандату, према коме директор иступа у име и за рачун компаније, што повлачи њену истовремену одговорност трећим лицима за све штетне последице које таквим иступањем могу настати (детаљније: Darja Senčur Peček, „The Contractual Position of Directors in Commercial Companies in Slovene Law“, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Splitu*, бр. 2, 2008, 389–406). Судска пракса се више пута изјашњавала о овом питању. Недвосмислен је њен став по коме је „*јравно лице одговорно за штету коју је његов радник – запослени проузроковао трећем лицу оснивајући привремено привремено правилима рада јуженој*“. Одлука Вишег трговинског суда, Пж. 335/02 од 10. априла 2002. године. У Преднацрт ГЗ Србије је унета алтернативна одредба по којој „орган правног лица одговара за штету коју својим незаконитим радом проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција“ (чл. 185). Овакво решење је у складу са упоредноправним трендовима и увођењем равноправне одговорности компаније и директора према трећим лицима.

3 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 (даље: ЗОПД).

корпоративна одговорност привредног друштва разликују по основу.⁴ Док је одговорност директора субјективна, одговорност компаније је објективна. Основ одговорности директора је потврдио Привредни апелациони суд:⁵ „Одговорности лица која имају дужности према привредном друштву за штећу причинјену друштву није објективна и не заснива се на чињеници да имају одређено својство у друштву, већ је ова одговорност субјективна и заснива се на њиховој кривици“.⁶ Из овога произ-

4 Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање, Изабране теме*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2013, стр. 58–61.

5 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 1253/2010 (2) од 22.4.2010.

6 Из образложења:

„На основу чињенице да је у време најлаше новчане казне тужени био генерални директор и заснижник акционарског друштва, те да сада у кругу лица из члана 31 Закона о привредним друштвима (даље: Закон), првостепен суд закључује да је тужени, као одговорно лице, проузроковао штећу и одговоран је за исту, јер није поступио до донетим судским одлукама, односно да је поступио сујеројно дужности предвиђеној чланом 32 Закона.“

Према члану 32 наведеног закона који носи наслов „Дужност пажње и правило пословне процене (просуђивање)“, предвиђено је да су лица из члана 31 став 1 овог закона, дужна да у том својству извршавају своје послове савесно, са пажњом доброг привредника, у разумном уверењу да делују у најбољем интересу привредног друштва. Ставом 2 овог члана предвиђено је да су ова лица дужна да своју процену заснивају на информацијама и мишљењима лица стручних за одговарајућу област за коју верују да су у том погледу савесна и компетентна. Сагласно члану 32 став 3 наведеног закона, лице које поступа у складу са ставом 1 и 2 овог члана, није одговорно за штету која из такве процене настане за привредно друштво. Из наведене одредбе јасно произлази да активно легитимисани тужиоци против лица одређених чланом 31 могу поднети деривативну тужбу са захтевом да се накнада штета која је проузрокована привредном друштву од стране тих лица повредом дужности коју имају према друштву, што значи да се ради о субјективној одговорности, односно одговорности по основу кривице. Тачно је да тужени спада у круг лица који имају дужност према друштву, тачно је да наплата новчане казне изречене у извршном поступку са рачуна привредног друштва представља умањење имовине привредног друштва, али у овој ствари није доказано да између радњи или пропуштања овде туженог и насталог умањења имовине привредног друштва, чији је он генерални директор, постоји узрочно-последична веза. Није одредбама Закона усвојена објективна одговорност лица која имају дужности према друштву, па се одговорност за насталу штећу заснива само на одређеном својству, у конкретном случају на својству лица које има дужности према друштву, односно заснижника друштва. Потребно је да је то лице поступио сујеројно члану 32 Закона, да је такво поступивање представљало узрок последице у виду умањења имовине привредног друштва која се манифестује као стварна штећа, да би оно као одговорно лице имало обавезу да то тужби акционара сноси обавезу накнаде према штећу привредном друштву коме је истиа проузрокована (подвукла Н. П. Т).

Тужени у овом спору је на околност да на његовој страни нема кривице и да је поступио у свему у складу са својом дужношћу, предлагао извођење одређених доказа, и нису јасни и нису разумљиви разлози првостепеног суда да ове доказне предлоге сматра сувишним. Сасвим сујеројно, тужени је предлажући адекватна

лази да најпре треба да се утврди одговорност директора да би се могло говорити о одговорности привредног друштва. *Одговорности компаније је деривативна, док је одговорности директора оријентисана!*

ЗОПД, као општи статусни закон, надовезује се на решења ЗОО. Наиме, овај закон првенствено полази од одговорности чланова управног (и извршног) одбора за накнаду штете коју својим одлукама проузрокују акционарском друштву повредом дужности утврђених законом.⁷ Али, како савремени трендови налажу увођење одговорности чланова управе друштва и према трећим лицима, а не само према друштву, ни ЗОПД не остаје имун по том питању. Он регулише директну одговорност чланова управног и извршног одбора код индивидуалне тужбе.⁸ Директорима, дакле, више не могу да се заклањају иза одговорности привредног друштва.⁹

У упоредном праву *оштећено лице има моћности избора* коме ће се обратити за накнаду штете: компанији или директорима. Будући да је компанија солвентнија, до осамдесетих година прошлог века владало је правило да се оштећена лица радије обраћају њој за накнаду претрпљене штете.¹⁰ Развојем осигурања од одговорности директора

доказна средства предложио извођење доказа ради утврђивања чињеница које су биле у смислу члана 32 став 3 Закона, јер, ако тужени докаже да је постојао у складу са чланом 32 ст. 1 и 2 Закона, онда нема на његовој страни одговорности за штету која је настала за привредно друштво. Наведено правосудно лице није разматрао, о тим битним чињеницама није дао разлоге. Напротив, нејасни су разлози за одбијање доказних средстава ради утврђивања битних чињеница за одлучивање о одговорности туженој у смислу члана 31 Закона као сувишних. Сувишно је изводити доказе ради утврђивања небитних или неспорних чињеница, али не и битних. Немогуће је изводити доказе ради утврђивања битних чињеница ако ти докази нису подобни, али је нејасно поступање првостепеног суда да не оцењује писане доказе о поступању туженог у току ванпарничног, односно извршног поступка (а они су садржани у приложеном извршном спису у који је вршен увид), као што је нејасно одбијање предлога за саслушање лица која су у ревизији учествовала, а изостанак њиховог ревизорског извештаја је резултирао новчаним кажњавањем привредног друштва. Све то је резултирало да побијана пресуда има недостатке због којих се не може испитати.“

7 ЗОПД, чл. 61 у вези са чл. 63 ст. 5, чл. 64 и 415.

8 ЗОПД, чл. 78. „Пробијање“ је за сада учињено у односу на чланове друштва. Детаљније: Драгиша Слијепчевић, „Индивидуалне и деривативне тужбе по Закону о привредним друштвима“, у: Мирко Васиљевић (ур.), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 217-218.

9 Поставља се питање како ће се овакво стање ствари одразити на потражњу за осигурањем од одговорности. Да ли ће на нашем тржишту примарно бити осигурање од одговорности чланова управе или ће то, ипак, бити осигурање од одговорности компанија?

10 Осим солвентности, постоје још два разлога зашто су трећа лица више волела да се обраћају друштвима, а не директорима: 1) немају увид у процедуру доношења

ствари су се промениле. Данас већина компанија, које послују на модерним тржиштима, купује ово осигурање, због чега се оно све више сматра *сиангардном* врстом корпоративног осигурања.¹¹ То знатно мења став оштећених лица. Знајући да су им шансе за обештећење веће када је директор осигуран, оштећени се сада радије опредељују да туже директоре.

II Унутрашња и спољна одговорност директора

По угледу на немачко право, пожељно је указати на разлику између унутрашње и спољне одговорности чланова управе. Критеријум разликовања ових врста одговорности је у томе ко се налази у позицији оштећеног лица, тј. према коме одговарају осигурани чланови управе.¹² Под унутрашњом одговорношћу подразумева се одговорност чланова управе према самом друштву.¹³ Ради се, дакле, о случајевима када је привредном друштву нанета штета услед радњи или пропуста „његових“ чланова управе. У већини права која познају осигурање од одговорности директора и која су настала под утицајем англосаксонских корена овог института, ова одговорност се не покрива осигурањем.¹⁴

одлука и не могу тачно знати ко је одговоран за штету и 2) акти директора се приписују друштву. Детаљније: Daniel Bandle, *Lassurance D&O, Analyse de l'assurance responsabilité civile des dirigeants de sociétés en droit suisse, comparé aux solutions en droit français et anglais*, Schulthess, Zurich, 1999, стр. 261–262.

- 11 Joseph Schilling, „Die Entwicklung der D&O-Versicherung und der Managerhaftung in Deutschland – von der „Versicherungsutopie“ zu den Auswirkungen des UMAG“, *VersicherungsRecht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht*, Heft 31, 2005, стр. 1486.
- 12 Другим речима, члан управе акционарског друштва је у оба случаја одговорно лице, док се круг лица према којима је одговоран разликује!
- 13 Jens Buchta, „Verantwortlichkeit und Haftung“, у: J. V. Kann, (ур.) *Vorstand der AG, Führungsaufgaben, Rechtspflichten und Corporate Governance*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2005, стр. 110.
- 14 Такав приступ се може критиковати, јер је покриће одговорности у унутрашњим односима главни разлог зашто компаније купују осигурање од одговорности члановима својих органа управљања! Осим тога, чак и у државама које не карактерише велики потенцијал захтева из унутрашње одговорности, ови захтеви имају велики практични значај, због интернационалног пословања њихових друштава и вероватноће да се суоче са подношењем оваквих захтева бар у иностранству. Из угла нашег (као и права других држава које још увек нису широко поставиле могућност подношења тужби против чланова управе од стране трећих лица), овакво априорно искључење се може назвати апсурдним. Како је у нашем праву друштво примарно легитимисано за подношење одштетних захтева против чланова управе, а акционари тек секундарно, тешко је наћи неки иоле оправдани разлог за одбијање осигуравајуће заштите друштву. Детаљније: Max Haller, *Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter*

Под спољном одговорношћу чланова управе подразумева се одговорност према свим осталим лицима, осим друштва, укључујући и акционаре.¹⁵ Насупрот покрићу унутрашње одговорности, покриће захтева из тзв. спољне одговорности чланова управе је у већини права која познају тзв. осигурање од одговорности неспорно. За овакво разликовање дејства осигурања према томе ко се налази у улози оштећеног нема никаквог оправдања. Који су то разлози који би послужили као објашњење за ускраћивање осигуравајуће заштите привредном друштву које се нашло у улози оштећеног радњама чланова управе? Ово утолико пре што покриће захтева из спољне одговорности нема толики значај из угла ефикасности заштите осигураника.

Наиме, број случајева спољне одговорности је релативно мањи у поређењу са бројем случајева унутрашње одговорности.¹⁶ Као што је већ наговештено, ако трећа оштећена лица имају могућност да бирају између друштва и његових органа као потенцијалних тужених, они ће, највероватније, одлучити да тужбу поднесу против друштва, иако су им чланови његових органа управе својим радњама проузроковали штету.¹⁷ Ово зато што они рачунају на то да је компанија солвентнија и да ће лакше и брже бити обештећени.¹⁸ Осим тога, на сразмерно мању учесталост захтева из спољне одговорности утиче и чињеница да се у односу на њих не примењује претпоставка кривице, што чини отежаним положај тужиоца.¹⁹ То, наравно, не значи да су чланови управе екскулпирани у погледу захтева из спољне одговорности. Компанија која

besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Dike Verlag, Zürich, 2008, стр. 177, 265.

- 15 Stefan Limmer, *D & O Versicherungen in Deutschland, Die Absicherung der Organhaftung in Unternehmen*, CT Salzwasser-Verlag, Bremen, 2006, стр. 107. Међутим, у хрватском праву је покриће спољне одговорности рестриктивније одређено него на развијенијим тржиштима. Према њиховим посебним условима, овим осигурањем су обухваћени само захтеви акционара и поверилаца. Детаљније: Hrvoje Vojković, „Osiguranje od odgovornosti članova uprava, nadzornih odbora i prokurista trgovačkih društava“, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, бр. 4, 2008, стр. 1032.
- 16 Случајеви спољне одговорности зависе од врсте, величине и бранше компаније. Детаљније: Ralf Plück, Alois Lattwein, *Haftungsrisiken für Manager, Deckungskonzepte und Praxisbeispiele für Geschäftsführer und Vorstände*, 2. Auflage, Financial Times Deutschland, Wiesbaden, 2004, стр. 23; Stefan Martin Schmitt, *Organhaftung und D&O-Versicherung. Zu haftungs- und deckungsrechtlichen Problemen der Managementhaftung*, Herbert Utz Verlag, München, 2007, стр. 18.
- 17 Carola Obrich, *Die D&O Versicherung*, 2. Auflage, VVW Karlsruhe, 2007, стр. 139.
- 18 Поставља се питање како се овај податак уклапа у тврдње противника осигурања од одговорности директора, који као један од кључних аргумената против овог осигурања истичу то да оно ствара „дубљи цеп“ чланова управе као потенцијалних тужених и доприноси „експлозији парничења“?
- 19 Захтеви из спољне одговорности су по правилу деликтне природе. R. Plück, A. Lattwein, *нав. дело*, стр. 120.

уместо њих исплати накнаду има право на регресни захтев. Да ли ће осигурани члан управе моћи да се за износ тог захтева обрати осигуравачу зависиће од тога да ли је реч о регресу у вези са чисто имовинском штетом или не.²⁰

Далеко већи практични значај има покриће захтева из унутрашње одговорности. Будући да је процентуално највећи број захтева управо произашао из унутрашње одговорности, начин на који ће бити уређено покриће (или искључење) ових захтева има директан утицај на целовитост заштите осигураника, као и на положај уговарача осигурања и услове доступности покрића. Када се ради о нашем праву, сматрамо да почетном ступњу развоја института осигурања од одговорности директора више одговара пружање покрића за захтеве из унутрашње одговорности.

III Регулаторни оквир одговорности директора у нашем праву

1. Уопштено

У ЗОПД најпре стоји да су директори и чланови надзорног одбора лица која имају дужности према друштву.²¹ То значи да могу бити одговорни за кршење неке од многобројних дужности, попут: дужности пажње, забране конкурисања друштву, чување пословних тајни, итд. За директора може бити изабрано свако пословно способно лице.²² Статутом се могу одредити и други услови које одређено лице мора да испуни да би било директор.²³

20 Регресни захтев компаније уговарача осигурања против члана управе због исплате накнаде за штете на стварима или лицима, које је он изазвао трећим лицима, а које је компанија морала да накнади, не улази у оквир покрића. Ово зато што није реч о штети која је чисто имовинског карактера, већ је посредна последица штета искључених из покрића. Осигураник би у погледу ове штете могао да се обрати осигуравачу са којим је закључио уговор који пружа покриће тих захтева. С. Obrich, *нав. дело*, стр. 136.

21 ЗОПД, чл. 61 ст. 1 тач. 3.

22 ЗОПД, чл. 382 ст. 1.

23 ЗОПД, чл. 382 ст. 2. Из језичког тумачења ових одредаба произлази да, ако статутом није другачије регулисано, директор може бити и лице које не испуњава услове професионалне стручности, образовања и професионалног искуства. Да ствари, ипак, нису тако страшне како се на први поглед чине показује одредба о томе када једно лице не може бити директор. То су следећи случајеви: 1) када је једно лице директор или члан надзорног одбора у више од пет друштава; 2) када је осуђено за кривично дело против привреде, током периода од пет година рачунајући од дана

Што се тиче одговорности директора, постоји одредба којом се уводи низ новина у наше право.²⁴ Најпре, директор одговара друштву за штету коју му проузрокује кршењем одредаба овог закона, статута и одлука скупштине.²⁵ Директор, изузетно, неће бити одговоран за штету ако је поступао у складу са одлуком скупштине.²⁶ Ако штета из става 1 овог члана настане као последица одлуке одбора директора, за штету одговарају и сви директори који су за ту одлуку гласали.²⁷ У случају из става 4 овог члана, директор који је био уздржан од гласања сматра се да је гласао за ту одлуку у погледу постојања одговорности за штету.²⁸ У случају из става 4 овог члана, ако директор није био присутан на седници одбора директора на којој је одлука донета, нити је за њу гласао на други начин, сматра се да је гласао за ту одлуку у погледу постојања одговорности за штету ако се тој одлуци није писаним путем успротивио у року од осам дана по сазнању за њено доношење.²⁹ Захтев друштва за накнаду штете у складу са овим чланом застарева у року од три године рачунајући од дана наступања штете.³⁰ Друштво се не може одрећи захтева за накнаду штете, осим у складу са одлуком скупштине која се доноси трочетвртинском већином гласова присутних акционара, али се та одлука не може донети ако јој се успротиве акционари који поседују или представљају најмање 10% основног капитала друштва.³¹ Ови чланови заједно у исто време чине регулаторну основу за прибављање осигурања од одговорности директора у српском праву.

правноснажности пресуде, с тим да се у тај период не урачунава време проведено на издржавању казне затвора и 3) коме је изречена мера безбедности забрана обављања делатности која представља претежну делатност друштва, за време док траје та забрана (ЗОПД, чл. 382 ст. 3).

24 Као најбитније, уместо набрајања посебних случајева одговорности уведена је општа одредба о одговорности за проузроковану штету према привредном друштву. Значај поменутог члана је велики: он се примењује не само на одговорност чланова управе у случају једнодомне управе (што произлази из локације члана), већ и на одговорност чланова управе у случају дводомне управе (на извршне директоре), као и на чланове надзорног одбора и на надзорни одбор друштва са ограниченом одговорношћу. Дакле, по вокацији је замишљен као норма са општим дејством.

25 ЗОПД, чл. 415 ст. 1.

26 ЗОПД, чл. 415 ст. 2.

27 ЗОПД, чл. 415 ст. 3.

28 ЗОПД, чл. 415 ст. 4.

29 ЗОПД, чл. 415 ст. 5.

30 ЗОПД, чл. 415 ст. 6.

31 ЗОПД, чл. 415 ст. 7.

2. Претпоставка одговорности

Основни проблем у вези са одговорношћу чланова управе акционарских друштава у упоредном праву није само у томе што је она прешироко одређена, већ и у начину на који је расподељен терет доказивања. Према општем правилу процесног права, компанија (или треће лице) које подноси одштетни захтев против члана управе је дужна да докаже све чињенице и пропусти стављене на терет туженом члану. У области корпоративне одговорности ствари стоје другачије у случају покретања захтева произашлих из унутрашње одговорности. Наиме, ако је компанија тужилац, долази до одступања од општег правила, тако да она неће бити дужна да докаже испуњеност услова на којима темељи одштетни захтев против својих чланова управе, већ ће тужени чланови бити дужни да пруже доказе у прилог своје невиности.³² Дакле, подношење тужбе од стране компаније против чланова управе активира *прејийосијавку одјоворности* и пребацује терет доказивања.³³ Међутим, такво решење доводи до тешкоћа за тужене чланове управе. Наиме, неретко се против члана управе покреће поступак након суспензије или отказа уговора о раду (или уговора о делу) што знатно отежава прикупљање доказне грађе (документације, итд) на основу које би се доказало непостојање основа за оно што му се ставља на терет.³⁴

ЗОПД уводи претпоставку одговорности директора. То недвосмислено произлази не само из члана 415, већ и из члана који регулише одговорност за кршење дужности пажње. Према ЗОПД, *лица која имају посебне дужности према друштву дужна су да у њом својству извршавају своје послове савесно, са пажњом доброг привредника, и у разумном уверењу да делују у најбољем интересу друштва*.³⁵ Под пажњом

32 Joseph Schilling, *De&O-Versicherung und Managerhaftung für Unternehmensleiter und Aufsichtsräte*, VVW, Karlsruhe, 2007, стр. 10.

33 Како ћемо у раду показати, то је случај и у нашем праву. Сматрамо да ЗОПД представља директан и принудни подстицај за развој осигурања од одговорности директора! Начин на који је конципирана одговорност директора – тј. претпоставка одговорности – директоре чини метама потенцијалне одговорности за корпоративне пропусти.

34 Немачки Врховни суд је у одлуци од 4.11.2002. (II ZR 224/00) изричито заузео став да се правило о терету доказивања сходно примењује и у случају подношења тужбе против органа друштва са ограниченом одговорношћу.

35 ЗОПД, чл. 63 ст. 1. Будући да у нашем праву постоје различити стандарди пажње (стандард „пажње доброг привредника“ и стандард „пажње доброг стручњака“ из чл. 18 ЗОО), опредељење новог ЗОПД индиректно говори о уверењу да код нас још увек није створена професија директора, коју обавезују посебна правила струке и обичаји. Сматрамо да је ово решење нашег права посве специфично, условљено обележјима тржишта и променама које су још у току. Како код нас још увек траје процес успостављања тржишног механизма, с једне стране, и како се професија

доброг привредника у смислу става 1. овог члана подразумева се степен пажње са којом би поступало разумно пажљиво лице које би поседовало знање, вештине и искуство које би се основано могло очекивати за обављање те дужности у друштву.³⁶ *Смајтра се да именуиша лица моју да своје иосиуијање заснивају и на информацијама и мишљењима лица стиручних за одговарајућу обласи, за које разумно верују да су у ишом случају савесно иосиуијала.*³⁷

Међутим, поменута одредба новог закона је много „проблематичнија“ у делу који прописује да директори који пруже доказ да су поступали у складу са овим чланом нису одговорни за штету која из таквог поступања настане за друштво.³⁸ Оваквом формулацијом се конституише *ишеишосиавка одговорности директора и неиосиуијања у ин-*

директора у новом својинском окружењу тек назире, с друге стране, то није могуће пледирати за примену стандарда „пажње доброг стручњака“ у погледу понашања директора. Тако и: Мирко Васиљевић, „Развој регулативе управљања компанијама у упоредном праву и позитивно право Србије“, *Правни живоиш*, бр. 10/2010, стр. 27.

36 ЗОПД, чл. 63 ст. 2.

37 ЗОПД, чл. 63 ст. 4.

38 Навешћемо пресуду словеначког суда, која се у извесној мери разликује од резона Привредног апелационог суда. Словеначки суд, наимае, каже да у погледу професионалца који обављају услуге на тржишту, важи као необорива претпоставка (sic!) да поседују стручна знања потребна за правилно обављање те услуге. У контексту овакве претпоставке њихова одговорност је ближа објективној одговорности, јер се могу ослободити одговорности само ако докажу да су узрок штете догађаји узрочно повезани са поступцима других лица, који се нису могли предвидети, спречити или отклонити. Овакво резонување словеначког суда повезано је са чињеницом да су у Словенији, као држави која је спровела потребне корпоративне реформе, испуњени услови за настанак професије директора. Код нас то, дакако, није случај и није могуће посматрати одговорности директора кроз овако строге стандарде. Најпре треба да се усвоје критеријуми селекције директорског и уопште управљачког кадра (да за директора буду именована само лица која су *fit and proper*) и да се развије етика директорске професије да би се могло говорити о стандардима директорске струке (детаљније: Наташа Петровић Томић, *Осиурање од одговорности директора...*, 63-64).

„За ирофесионално лице, које своје услуге обавља на ишржишију, дакле уз илаћање, ишеишосиавља се (као необорива ишеишосиавка) да иоседује стиручна знања, иоштребна за иравилно обављање услуге. Неиови иосиуијци (чињења) или нечињења заишо се иросуијују ирема аиширакћиним мерилима, дакле иравилима оне стируке из које обласиш су иоштребна стиручна знања како би услуга била иравилно извршена. Одговорности ших лица је у оишсаном значењу објективна, јер се ослобађају одговорности само ако докажу да су узрок неишјуњења, односно неиравилној ишјуњења догађаји, односно иосиуијци друиш лица који се не моју ишеидиетиш, односно који се не моју избећи или чије неишивне иоследице се не моју ишречиш (подвукла Н. П. Т). Приликом иросуијања ишеидивосиш односно моишносиш оишклањања ших догађаја односно иосиуијања нису бишне субјективне стиручне ишособности и знања ирофесионалној лица, веи она стиручна знања и ишособности које се за неиша

интересу друштва до сујројној доказа, тј. доказивања испуњености свих претпоставки на којима се базира дужност пажње. Уместо претпоставке савесности директора компанија, нови српски компанијски прописи уводе претпоставку одговорности и негирају погодности правила пословне процене. У том смислу се може рећи да наше позитивно право вапи за осигурањем од одговорности директора.

3. Основ одговорности директора

Иако садржи члан којим су многа питања везана за одговорност директора по први пут регулисана у нашем праву, овај члан оставља теорији да одговори на питање који је основ имовинске одговорности директора. Да ли је одговорност директора за штету проузроковану привредном друштву уговорна или вануговорна (деликтна)? Анализом теорије долазимо до закључка да је већински став да се ради о уговорној одговорности.³⁹ Као аргумент у прилог оваквог тумачења обично се наводи да правном односу друштва и директора претходи уговор којим се дефинишу међусобна права и обавезе директора и друштва. То јесте истина. Чланови корпоративних органа закључују са друштвом уговор о раду или уговор којим се регулишу међусобна права и обавезе (менаџерски уговор). ЗОПД из 2004. године је предвиђао да чланови управног одбора, који нису у радном односу у друштву, извршавају своје дужности на основу посебно закљученог уговора са друштвом којим се одређује висина накнаде за рад, као и *група питања која се односе на међусобна права и обавезе члана и друштва*.⁴⁰ Када се ради о независним и неизвршним члановима управе, који нису у радном односу, они су, дакле, услове свог ангажмана регулисали на основу посебног уговора (који није уговор о раду). Будући да се, по старом ЗОПД, тим уговором регулишу међусобна права и обавезе члана и друштва, нема дилеме да је једно од тих питања могло бити и питање осигурања.⁴¹ Стари ЗОПД, да-

прећиславају. Од директора друштва се очекује да се разуме у његове и са њима повезано финансирање и рачуноводство.

Обавеза директора (чланова управе) је по својој природи облигација шире. Мерило за процену да ли је своје обавезе, повезане са управљањем друштвом, правилно испунио зајо је његово постојање. Његово испуњавање ће зајо бити неправилно ако је испуњао у сујројној са правилима управљачке (менаџерске) групе.“ Одлука Вишег суда Републике Словеније: ВСЛ Пресуда И Цпг 510/2010.

39 В. уместо свих: Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – јавни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду и Профинвест, Београд, 2007, стр. 223.

40 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004 (даље: стари ЗОПД), чл. 325 ст. 4.

41 То је онај сегмент уговора о пружању услуга којим се у упоредном праву регулишу тзв. „дијамантски, златни и сребрни падобрани“ (тј. питање посебних накнада

кле, оставља могућност независним и неизвршним директорима да, као један од елемената од кога зависи њихов рад, поставе управо осигурање од одговорности. Што се тиче извршних директора, који су по слову старог ЗОПД запослени у друштву, они питање заштите од личне одговорности могу регулисати уговором о раду! То што у погледу њих није посебно наглашена могућност закључења посебног уговора не треба тумачити на њихову штету. Они су довољно заштићени услед чињенице да су у радном односу, а не треба заборавити ни њихову већу моћ и утицајност у друштву. Нови ЗОПД прописује да неизвршни директори не могу да закључе уговор о раду, док је извршним директорима омогућен избор између поменутих уговора.⁴²

Међутим, ствари нису тако једноставне. Елементи уговора којим се регулишу међусобна права и обавезе друштва и чланова његових органа су у битним цртама унапред законски дефинисани, без могућности другачијег уређења уговором. Довољно је навести као пример законом установљене бројне дужности. Уговором се не може дозволити одступање од њих. Осим тога, однос између директора и друштва није чисто уговорни, већ је и корпоративни. Наиме, да би једно лице постало директор није довољно да постоји уговор између њега и друштва. Избор једног лица за директора друштва је перфектуиран тек на основу одлуке о именовану. Систематским тумачењем чланова који се односе на избор органа акционарског и друштва са ограниченом одговорношћу произлази да, заправо, уговор и није неопходан услов за стицање својства члана органа друштва. *Conditio sine qua non* је одлука о именовану. Осим тога, директор може бити разрешен и пре истека мандата, без навођења разлога.⁴³ Исто тако, директор може поднети оставку у свако доба писаним путем. Ови случајеви показују да однос директора и друштва може престати на основу самог закона, без претходног раскида менаџерског или уговора о раду. Из овога, даље, закључујемо да корпоративни елемент преовладава над уговорним када је реч о односу директора и друштва.

Будући да поред одговорности за штету која је изазвана друштву – чији се уговорни карактер може довести у питање – директори одговорају и трећим лицима, питање основа одговорности је утолико актуелније. Сматрамо да је ово комплексно питање чија квалификација никако не може бити јединствена, управо због постојања различитог

у случају разрешења без основаног разлога, након непријатељског преузимања и питање осигурања од одговорности). Детаљније: Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (II део)“, *Анали Правној факултету Универзитета у Београду*, бр. 2, 2009, стр. 24.

42 ЗОПД, чл. 398, ст. 1 тач. 15 и чл. 441 ст. 1 тач. 13.

43 ЗОПД, чл. 395, 396, 425, 426, 439 и 440.

круга лица према којима се одговора и због значајног уплива закона на регулисање овог питања. Сматрамо да је из угла правне сигурности и заштите поверилаца најмање добро разликовање према томе ко је оштећени на уговорну (према друштву) и деликтну (према осталим лицима) одговорност. Исправније је рећи да је реч о својеврсној законској имовинској одговорности, која је у одређеним случајевима ближа уговорној, а у одређеним вануговорној одговорности.

4. Колективна одговорност за штету и издвојени глас

Приликом регулативе имовинске одговорности, ЗОПД полази од начина доношења одлука управног одбора.⁴⁴ Ако штета настане као последица одлуке одбора директора, логично је да за штету одговарају и сви директори који су за ту одлуку гласали.⁴⁵ Будући да је управни одбор колективни орган и да одлуке доноси на седници, солидарна одговорност његових чланова за „штетне“ одлуке представља правило.⁴⁶ Међутим, то не значи да не постоји ни један случај индивидуалне одговорности директора. Ради лакшег и ефикаснијег обављања послова из делокруга управног одбора, његови чланови практикују поделу овлашћења у погледу припреме одлука, као и њиховог извршења.⁴⁷ Уколико је то случај и ако се утврди да је директор, коме је поверена индивидуална припрема одлуке или њено извршење направио неке пропусте, постојаће само његова (индивидуална) одговорност.

Међутим, колективни начин обављања делокруга управног и одбора директора не значи да ће увек сви директори гласати на исти начин. За доношење одлука органа управе не захтева се једногласност. То чини реалним могућност постојања „издвојених мишљења“. Директор или члан управе који се не слаже са одређеном одлуком има могућност да то неслагање документује. Томе служи институт уздржаности од гласања. Међутим, проблем је у томе што се уздржаност од гласања не одражава на одговорност на начин на који би просечан директор очекивао. Према ЗОПД, за директора који је био уздржан од гласања сматра се да је гласао за ту одлуку у погледу постојања одговорности за штету.⁴⁸

44 ЗОПД, чл. 407 ст. 1; стари ЗОПД, чл. 319 у вези са чл. 321 ст. 3.

45 ЗОПД, чл. 415 ст. 3.

46 Heinz J. Heimbach, Lotar Boll, „Führungsaufgabe und persönliche Haftung der Vorstandsmitglieder und des Vorstandsvorsitzenden im ressortaufgeteilten Vorstand einer AG“, *Versicherungsrecht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht*, Heft 19, 2001, стр. 802.

47 H. J. Heimbach, L. Boll, *нав. чланак*, стр. 802.

48 ЗОПД, чл. 415 ст. 4.

Поставља се питање какав је положај директора који није присуствовао седници на којој је донета незаконита и уопште одлука која је повод одговорности директора. ЗОПД нормира ову ситуацију. Наиме, ако директор није био присутан на седници одбора директора на којој је одлука донета, нити је за њу гласао на други начин, сматра се да је гласао за ту одлуку у погледу постојања одговорности за штету ако се тој одлуци није писаним путем успротивио у року од осам дана по сазнању за њено доношење.⁴⁹ Захтев друштва за накнаду штете у складу са овим чланом застарева у року од три године рачунајући од дана наступања штете.⁵⁰

Осећамо потребу да апострофирамо случајеве у којима се активира претпоставка одговорности директора: 1) ако је директор гласао за одлуку; 2) ако је био уздржан од гласања и 3) ако је био одсутан са седнице на којој се гласало о одређеној одлуци и није правовремено изразио своје неслагање са донетом одлуком. *A contrario*, на директора се не примењује претпоставка одговорности само ако је гласао против одређене пословне одлуке. Последња два става о којима је било речи сматрамо контрадикторним. Њима се стварају две ситуације које могу деловати негативно на понашање директора. Према првом члану, директор који је био уздржан од одређене одлуке изједначава се за потребе одговорности са колегом који је гласао за предложену одлуку. Дакле, иако је био присутан и на основу свих расположивих података стекао утисак да треба да се уздржи, закон га сматра одговорним. Овакав законски резон, противно становишту судске праксе, на мала врата и *de facto* уводи објективну одговорност директора. Како другачије разумети одредбу да се у погледу одговорности за штету конституише претпоставка да је директор који је био уздржан, гласао за одлуку?! Иако је евидентно био уздржан, закон за потребе одговорности сматра да је директор гласао за спорну одлуку. Када се овај став повеже са претпоставком одговорности, још више смо сигурни да више није лако одговорити на питање да ли је одговорност директора у нашем праву субјективна или објективна.

Питање је да ли би се на директора који је био уздржан циљним тумачењем могла применити норма која важи за одсутне директоре. Сматрамо да не може. У питању су потпуне различите ситуације. Прва регулише држање и одговорност директора који је присуствовао раду седница и који се уздржао од предложене одлуке. Друга ситуација покрива случај одсутног директора, коме се даје могућност да у одређеном року након доношења одлуке у којој није учествовао испољи своје

49 ЗОПД, чл. 415 ст. 5.

50 ЗОПД, чл. 415 ст. 6.

неслагање са њом. Ако је директор на било који начин гласао за помену-ту одлуку, нема места примени ове норме. Осим тога, ове две ситуације су неупоредиве и зато што квалитет неслагања са одлуком није исти код уздржаности и код гласања против. Поставља се питање какву је „поруку“ желео да пошаље законодавац директорима оваквом регулативом? Очигледно је да законодавац приморава директоре да се директно изјасне за или против одређене одлуке. Уздржаност од гласања из угла одговорности значи исто што и гласање за! Директор који жели да се ослободи одговорности мора да се „одважи“ и гласа против одређене одлуке.⁵¹ Сматрамо да је оваква законска „логика“ правнополитички неоправдана. Постоје ситуације када је једино оправдано гласати уздржано.⁵² Познајући наше право, директори који желе да се обезбеде од одштетних захтева неће имати могућност да гласају према својој „савести“.

5. Ослобођење од одговорности

У нашем праву се, дакле, чланови управе могу ослободити одговорности за штету изазвану друштву гласањем против одлуке управног одбора и уношењем у записник тог неслагања. Значај ове одредбе за заштиту директора од одговорности за донете одлуке је заиста огроман. Она има за циљ да спречи да дође до одговорности директора.⁵³ Ако директор, дакле, није гласао за неку одлуку, био је уздржан, или одсутан са седнице на којој се гласало, а при том је правовремено изразио своје неслагање са донетом одлуком, за њега не постоји основ одговорности. Директор се, дакле, у овом другом случају може позивати на заштиту коју пружа одредба о гласању и вођењу записника са седница одбора директора, јер је његова одговорност на основу законских прописа искључена.

51 Академски, довољно је уздржати се од одређене одлуке. Није неопходно гласати против.

52 Наиме, пракса показује да директори никада не могу бити апсолутно сигурни да ли је одређена пословна одлука била прави избор или не. При таквом стању ствари, сваки иоле пажљив директор, који се придржава прописаних дужности, могао би доћи у ситуацију у којој мора да бира између предузимљивости и настојања да не буде уплетен у пословне одлуке које би га могле скупо коштати. За српска привредна друштва, која још увек усвајају препоруке доброг корпоративног управљања, таква ситуација није нимало подстицајна.

53 Правило је да директори као чланови одбора директора, као и чланови управног одбора одговарају за све одлуке ових органа колективно. Директор или члан управног одбора који тврди да није одговоран за последице које је изазвала нека одлука органа чији је члан то може најлакше доказати ако је гласао против, под условом да је то неслагање унето у записник.

Највећу новину у регулативи имовинске одговорности директора предствља одредба о одрицању друштва од одштетног захтева. Друштво се не може одрећи захтева за накнаду штете, осим у складу са одлуком скупштине која се доноси трочетвртинском већином гласова присутних акционара, али се та одлука не може донети ако јој се успротиве акционари који поседују или представљају најмање 10% основног капитала друштва.⁵⁴ Реч је о одредби која, додуше врло рестриктивно и уз испуњење бројних услова, дозвољава друштву да се одрекне подношења одштетног захтева против директора. Увођењем овакве одредбе у ЗОПД чини се законско одступање од законски претпостављеног императивног режима одговорности директора. Чим таква једна одредба уђе у статусни закон шаље се недвосмислена порука да је императивни режим одговорности правило од кога се, под одређеним условима, може одступити.⁵⁵ Ограничења која она, при том, поставља могу послужити као смернице мере искључења или ограничења одговорности до које се у нашем праву може ићи, као и формалних услова које, при том, треба испунити.

Дакле, одрицање од одговорности, у складу са ЗОПД, може да производи дејство само ако је изгласано на скупштини друштва и то квалификованом (трочетвртинском већином) и ако се томе не успротиве мањински акционари (који поседују најмање 10% основног капитала). Иако на први поглед врло конкретна, ова одредба оставља доста простора тумачењу. Прво, у ком моменту се друштво може одрећи захтева за накнаду штете да би то одрицање било пуноважно? Да ли тек након настанка одштетног захтева или и раније? Иако из језичког тумачења не произлази ограничење везано за моменат одрицања друштва захтева за накнаду штете, сматрамо да из систематског тумачења закона произлази да се друштво не може унапред и без знања о природи и тежини захтева одрицати права на подношење тужбе.⁵⁶ Другим речима, није пуноважно „обећати“ ограничење или искључење одговорности директорима унапред, већ се оно може добити само након сазнања друштва да су испуњене законске претпоставке за подношење одштетног захтева против њих. Друга недореченост ове одредбе огледа се у томе што се не прецизира којих захтева за накнаду штете се друштво може одрећи. Да ли се одрицање односи само на захтеве које друштво подноси про-

54 ЗОПД, чл. 415 ст. 7.

55 Заправо, оваквим одредбама се императивни принцип личне одговорности директора у извесној мери релативизује.

56 Осим тога, колико би уопште таква одлука скупштине била законита? Да ли је из угла нашег права законито да се друштво одлуком скупштине унапред одриче могућности подношења тужби из одговорности директора? Сматрамо да би таква одлука била у супротности са корпоративним јавним поретком.

тив својих директора због кршења дужности према њему и штете која је њему нанета (тзв. захтеви из унутрашње одговорности) или и на регресне захтеве, које друштво подноси против директора након што је накнадило штету трећим лицима на основу одговорности за радње својих органа?⁵⁷

IV Закључак

Имовинска одговорност директора у српском праву је након усвајања ЗОПД из 2011. године регулисана посебним чланом, који уређује низ питања од значаја за одговорност директора за накнаду штете. Уместо уређења појединачних основа одговорности, ЗОПД уводи програмску одредбу према којој директори одговарају ако су противно закону, статуту или одлукама скупштине проузроковали штету друштву. Већ из овог става се да наслутити да је за имовинску одговорност директора кључан тзв. корпоративни сегмент, који одређује садржину њихових дужности, и поред закључења уговора о раду или менаџерског уговора. Иако се међусобна права и обавезе друштва уређују на основу уговора о раду (извршни директори, ако су одабрали ту опцију) или менаџерског (независни и неизвршни директори) уговора, за имовинску одговорност директора према друштву су кључне законске одредбе о њиховим дужностима. Директор може бити одговоран због кршења законских дужности, иако оне нису изричито поменуте у уговору о раду или менаџерском уговору. Одговорност директора према друштву се, даље, претпоставља. Директор треба да докаже да је поступао у складу са законом да би био ослобођен одговорности за проузроквану штету. Ова законска одредба је од највећег значаја за развој осигурања од одговорности директора у нашем праву. Будући да за њих важи претпоставка одговорности и да ће очекивано бити инволвирани у бројне поступке, у интересу им је да прибаве осигуравајуће покриће. Сматрамо да правни оквир корпоративног управљања у Србији може да се унапреди само ако се препозна значај овог вида корпоративног осигурања. Директори могу наставити да несметано обављају своје дужности само ако знају да имају на располагању институт којим се на адекватан начин штите од законске одговорности.

Директор који жели да се ослободи терета доказивања најелегантније ће то учинити гласањем против одређене одлуке или уношењем у записник противљења одлуци донетој у његовом одсуству. Овај део

57 Детаљније: Наташа Петровић Томић, „О неким облицима заштите корпоративних директора од одговорности“, у Вук Радовић (уред.), *Усклађивање њословној права Србије са њравом Европске уније (ЕУ)*, Правни факултет у Београду, 2012, стр. 135–139.

цитираног члана је прилично проблематичан. Он тера директоре да зарад ослобођења од одговорности гласају против одређене одлуке, и када нису потпуно сигурни да је то исправно гласање (када би заправо било логично да гласају уздржано). Поред овог и раније познатог основа ослобођења, ЗОПД уводи потпуну новину у виду могућности друштва да се, уз испуњење тачно одређених услова, одрекне одштетних захтева против директора. Реч је о институту којим се по први пут уводи одступање од императивног режима одговорности директора у наше право. Остаје да се види како ће се од стране корпоративне праксе искористити.

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD

Assistent Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

LIABILITY OF DIRECTORS FOR DAMAGE ACCORDING TO COMPANIES ACT

Summary

Provision of Companies Act on directors' liability for damage caused to the company is analyzed in the paper. The author makes distinction between personal and corporate liability, with the emphasis on the distinction on the basis of liability. While liability of company is objective; liability of directors is subjective and is based on their fault. Then is pointed out distinction between internal and external liability, coming from who is in the position of damaged person. The largest part of the paper is dealing with the analysis of the regulatory framework of liability of directors in Serbian law. According to author's opinion, the presumption of liability is going to make director's and officers' liability insurance necessary. It is stressed that positive law allows the possibility of abandonment of company from bringing a lawsuit against director. It is for the first time that Serbian company law allows the exception from imperative regime of liability. The author concludes that the existing regulatory framework of liability of directors is stimulant to the development of directors' and officers' liability insurance.

Key words: *liability for damage, director, company, corporate governance, liability insurance.*

др Мирјана РАДОВИЋ, LL.M. (Humboldt)
доцент на Правном факултету Универзитета у Београду

ПОЈАМ УГОВОРА У ИМЕ БУДУЋЕГ ДРУШТВА^{*}

Резиме

У овом раду аутор анализира суштинске карактеристике појма уговора у име будуће друштва. Реч је уговорима који се закључују у име привредног друштва, пре него што је то друштво настало као правно лице. Први део рада је уводног карактера и садржи објашњење разлога и значаја закључења уговора у име будуће друштва, као и приказ термина којима се означава ова врста уговора. Појмом је анализиран појам уговора у име будуће друштва у ујоредном и српском комјанијском праву, с посебним освртом на право Европске уније, Велике Британије, Немачке, Француске и САД. Аутор констатира да је у праву Србије, насупрот развијеним правним системима, проблематика уговора у име будуће друштва занемарена, с обзиром на то да важећи Закон о привредним друштвима не регулише ову материју, док је прелиминарни закон то чинио на неадекватан и неоптималан начин. Централни део рада детаљно истражује основне карактеристике ових уговора, из угла лица која закључују уговор, тренутка и начина закључења уговора, свесћи о неопходности привредног друштва у моменту уговарања, оснивања привредног друштва и тренутка наставака правних дејстава уговора. На тај начин је сагледан обухват појма уговора у име будуће друштва, чиме је омогућено разграничење домена примене посебних правила комјанијског права од правила општег облигационог, односно провинског права, у периоду пре наставака привредног друштва. Коначно, у завршном делу рада су ана-

^{*} Рад представља прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспекти (2014)“.

лизиране сличности и разлике између уговора у име будућеј друштва и широкова оснивања, како би се објаснила интеракција два различита компанијскоправна режима која се на њих примењују.

Кључне речи: уговор у име будућеј друштва, привредно друштво, друштво у оснивању, преддруштво, манљиво оснивање, компанијско право, широкови оснивања.

I Увод

Оснивање привредног друштва је процес, у коме од идеје до реализације може да протекне дужи период. Притом се у српском праву привредно друштво сматра основаним тек када је испуњен последњи, формалан услов – регистрација код Агенције за привредне регистре, која има конститутиван значај за стицање својства привредног друштва, као правног лица, односно правног субјекта.¹ У недостатку посебних правила, у периоду пре регистрације се не примењује компанијскоправна регулатива, иако већ тада долази до закључења бројних уговора у циљу оснивања и отпочињања, односно развоја делатности будућег привредног друштва.

Са једне стране, ови уговори могу да буду закључени у име оснивача или другог лица које учествује у оснивању (на пример, будућег директора привредног друштва), а за рачун будућег привредног друштва.² Такви случајеви су из угла правне анализе једноставни, утолико што јасно дефинишу саговораче, као лица која преузимају уговорна права и обавезе. Са друге стране, уговори пре регистрације привредног друштва могу да буду закључени у име тог будућег друштва.³ Таква пракса је нарочито честа када лице које иступа у име будућег друштва жели да нагласи другој уговорној страни да привредно друштво треба да постане

1 Насупрот формалистичком ставу српског законодавца, у упоредном праву се регистрацији придаје одлучујући значај по правилу само у погледу оснивања друштва капитала, док друштва лица могу да настану и независно од регистрације, чим се испуне одређени суштински услови.

2 Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations: In a Nutshell*, 5th Edition, West Group, St. Paul, Minn., 2000, стр. 118; Јакша Барбић, *Pravo društava – Knjiga prva: Opći dio*, 3. izdanje, Organizator, Zagreb, 2008, стр. 188 и 189; уоп.: Karsten Schmidt у: Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, Heinz-Dieter Assmann (Hrsg.), *Aktienengesetz – Band 1: Einleitung; §§ 1–53, Part 1*, 4. Auflage, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin, 2004, § 41 стр. 19.

3 K. Schmidt у: K. J. Hopt, H. Wiedemann, H.-D. Assmann (Hrsg.), *нав. коменџар*, § 41 стр. 19; R. W. Hamilton, *нав. дело*, стр. 118; J. Barbić, *Pravo društava – Knjiga prva: Opći dio*, стр. 188.

титулар права и обавеза из уговора, односно да се уговор не закључује у сопственом интересу, већ у интересу друштва. За разлику од претходног случаја, овакви уговори изазивају нарочите проблеме у пракси због чињенице да привредно друштво као наводна уговорна страна не постоји у тренутку закључења уговора.

Закључење уговора у име будућег друштва може да буде мотивисано различитим разлозима. Некада су такви уговори потребни да би привредно друштво могло да се оснује, те имају карактер припремних радњи за оснивање и отпочињање делатности.⁴ Реч је о уговорима попут уговора са адвокатом ради састављања докумената неопходних за регистрацију оснивања, уговора о закупу непокретности где ће се налазити седиште, односно пословне просторије привредног друштва, уговора о куповини канцеларијског намештаја ради опремања пословних просторија, уговора о отварању банкарског текућег рачуна ради уплате новчаних улога, уговора о продаји акција у оснивачкој емисији, уговора са оснивачем ради уношења неновчаног улога у друштво (на пример, преноса права својине на одређеној ствари), уговора о раду са будућим директором, и сл.⁵ Међутим, у неким ситуацијама се ови уговори закључују, јер се очекује да ће бити корисни за привредно друштво. Основни разлог за закључење таквих уговора се огледа у настојању да се благовремено уграби указана пословна прилика за будуће друштво.⁶ Осим тога, непосредно пре оснивања привредног друштва оснивачи или будући директори често предузимају послове из делатности будућег друштва, посматрајући регистрацију као једну ситну формалност без суштинског значаја.⁷ Најзад, када главни улог у привредно друштво чини неко постојеће предузеће (на пример, радња предузетника који жели да оснује једночлано друштво са ограниченом одговорношћу), након уношења овог улога пре оснивања друштва уговори у име будућег друштва постају неопходни, да не би дошло до прекида у обављању делатности.⁸

4 Yves Guyon, *Droit des affaires – Tome 1: Droit commercial général et Sociétés*, 12^e édition, Economica, Paris, 2003, стр. 173; A. J. Easson, D. A. Soberman, „Pre-Incorporation Contracts: Common Law Confusion and Statutory Complexity“, *Queen’s Law Journal*, Vol. 17, 1992, стр. 417; Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, стр. 44; упор.: Walter Bayer у: Marcus Lutter, Peter Hommelhoff (Hrsg.), *GmbH-Gesetz – Kommentar*, 18. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2012, стр. 391.

5 Упор.: F. A. Gevurtz, *нав. дело*, стр. 44; Y. Guyon, *нав. дело*, стр. 173; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 417; Мирко С. Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштва*, 8. издање, Београд, 2013, стр. 60.

6 A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 416; F. A. Gevurtz, *нав. дело*, стр. 44.

7 A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 418.

8 Thomas Reith, „The Effect of Pre-Incorporation Contracts in German and English Company Law“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 37, 1988, стр. 110; Charles

Иако се уговори у име будућег привредног друштва често закључују у пракси, они у случају спора представљају нарочит проблем за судије. Овај проблем је посебно изражен у ситуацији када не постоји посебна компанијскоправна регулатива уговора у име будућег друштва, због чега судска пракса бива усмерена на проналажење (махом неадекватних) одговора у општем облигационом праву. Имајући у виду да у српском праву, упркос објашњеном великом практичном значају, ови уговори нису посебно уређени Законом о привредним друштвима,⁹ у редовима који следе ће бити објашњен обухват појма „уговор у име будућег друштва“ као и његове основне карактеристике, што представља први корак у расветљавању ове сложене правне проблематике.

II Терминологија

Уговори у име будућег друштва се у правној теорији и законодавној пракси означавају различитим терминима. Осим термина уговор у име будућег друштва (енгл. *contract on behalf of the future company*, нем. *Vertrag im Namen der künftigen Gesellschaft*), као синоним се користи и израз „уговор у име друштва у оснивању“ (енгл. *contract in name of the company in formation*, нем. *Vertrag im Namen der Gesellschaft in Gründung*, фр. *contract au nom d'une société en formation*). Ипак, другонаведени израз може да наведе на погрешан закључак да већ у оснивању постоји друштво у чије име се закључује посао, што барем у српском праву није тачно. Стога се у овом раду синтагма „у име будућег друштва“ свесно користи, јер се сматра да јасније указује на чињеницу да привредно друштво у тренутку закључења уговора не постоји. Поред тога, у англосаксонској правној терминологији се ови уговори означавају и као „уговори пре регистрације оснивања“ (енгл. *pre-incorporation contracts*), чиме се указује на одлучујући период у коме се они закључују,¹⁰ или као „уговори промотера“ (енгл. *promoters' contracts*), чиме се нагласак ставља на улогу тзв. промотера као лица које се ангажује на оснивању привредног друштва и иступа у његово име.¹¹

Zhen Qu, „Pre-Incorporation Contracts in China – A Proposal for Optimal Rules“, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 38, 2008, стр. 794; упор.: W. Bayer у: M. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 391.

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

10 Paul L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2008, стр. 115; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 415; T. Reith, *нав. чланак*, стр. 114.

11 Joseph H. Gross, „Liability on Pre-Incorporation Contracts: A Comparative Review“, *McGill Law Journal*, Vol. 18, No. 4, 1972, стр. 518 и даље; ређе се користи и израз „прелиминарни уговори“ (енгл. *preliminary agreements*), упор.: Geoffrey Morse,

III Дефинисање уговора у име будућег друштва у упоредном и српском компанијском праву

У развијеним земљама тешкоће правне теорије и судске праксе да специфичности уговора у име будућег друштва „укалупе“ у постојеће оквиру општег облигационог права су довеле до тога да је веома рано уочена потреба за посебном компанијскоправном регулативом.¹² Отуда је данас у упоредном компанијском праву ова тематика по правилу изричито регулисана, док су земље, попут Србије, које уговоре у име будућег друштва и даље препуштају општем облигационом праву, у мањини. Међутим, и поред тога што посебна регулатива преовлађује, ови уговори се у одговарајућим компанијским законима ретко дефинишу. Ипак, њихов појам је могуће посредно извести из конкретних правила која решавају спорна питања настанка уговора, уговорних страна, уговорне, односно вануговорне одговорности, правних дејстава уговора у односу на привредно друштво, и сл.

На нивоу Европске уније правна несигурност у погледу закључења уговора у име будућег друштва је посматрана као фундаменталан проблем компанијског права, који је захтевао решење хармонизовано на нивоу Заједнице.¹³ Стога су ови уговори уређени већ Првом директивом компанијског права из 1968. године,¹⁴ која је укинута и замењена новом директивом из 2009. године.¹⁵ Из правила важеће директиве произлази да се под уговорима у име будућег друштва подразумевају

Charlesworth & Morse Company Law, 16. Edition, Sweet & Maxwell, London, 1999, стр. 73; John Birds, Eilís Ferran, Charlotte Villiers (eds.), *Boyle & Birds' Company Law*, 4th Edition, Jordans, Bristol, 2000, стр. 67; о појму промотера вид.: F. A. Gevurtz, *нав. дело*, стр. 43; R. W. Hamilton, *нав. дело*, стр. 115 и даље; T. Reith, *нав. чланак*, стр. 113; Eddie R. Flores, „The Case for Eliminating Promoter Liability on Preincorporation Agreements“, *Arizona Law Review*, Vol. 32, 1990, стр. 405.

- 12 У енглеској правној теорији се примена општег облигационог права на уговоре у име будућег друштва метафорички описује као покушај да се „квадратни ексер углави у округлу рупицу“ (енгл. *fitting a square peg in a round hole*). Упор.: A. J. Eason, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 415.
- 13 Вук Радовић у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 113.
- 14 Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *Journal officiel* L 65,14.3.1968, Art. 7.
- 15 Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards

сви уговори који су закључени у име привредног друштва у оснивању, пре него што је то друштво стекло правни субјективитет.¹⁶ На основу имплементације наведене одредбе директиве, све државе чланице Европске уније данас познају мање-више исти појам уговора у име будућег друштва. Тако се према Компанијском закону Велике Британије из 2006. године уговором у име будућег друштва сматра уговор који је наводно закључен од стране компаније или у име компаније, у тренутку када она још увек није била основана.¹⁷ Такође, у француском праву овакав уговор постоји када је закључен у име друштва у оснивању, пре него што је то друштво стекло правни субјективитет као правно лице.¹⁸

У Немачкој су уговори у име будућег друштва посебно регулисани, са једне стране, Законом о акцијама, који се примењује на оснивање акционарских друштава, а са друге стране, Законом о друштву са ограниченом одговорношћу, који се примењује на оснивање те врсте друштава.¹⁹ Појам уговора у име будућег друштва је у ова два закона исти, а попут Прве директиве обухвата сваки уговор који неко лице закључи у име акционарског друштва, односно друштва са ограниченом одговорношћу, пре његове регистрације. Иако немачко право наизглед не одступа од општег појма ових уговора из комунитарног права, развој правне теорије је довео до нешто другачијег тумачења законских норми у овој области. Наиме, немачка правна теорија је развила концепт преддруштва, који је прихваћен и од стране судске праксе, иако није законски регулисан.²⁰ С обзиром на то да преддруштво настаје од тренутка пуноважног усвајања оснивачког акта (на пример, уговора о оснивању

equivalent, *Official Journal* L 258, 1.10.2009 (даље у фуснотама: Directive 2009/101/EC).

16 Directive 2009/101/EC, Art. 8.

17 Компанијски закон (*Companies Act*) Велике Британије из 2006. године, sec. 51(1); P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 116.

18 Француски Трговински законик (*Code de commerce*), art. L. 210–6 al. 2. Уговор у име будућег друштва у француском праву може да се закључи само ако постоји друштво у оснивању, али не и ако постоји тзв. фактичко друштво (фр. *société créée de fait*). Притом, друштво у оснивању постоји ако се уговори у његово име закључују само у циљу припреме будуће делатности, док фактичко друштво настаје ако уговори закључени у име друштва означавају почетак обављања делатности. Више вид.: Y. Guyon, *нав. дело*, стр. 174 и 175; Philippe Merle, Anne Fauchon, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2000, стр. 100.

19 Немачки Закон о акцијама (*Aktiengesetz*), § 41; немачки Закон о друштву с ограниченом одговорношћу (*GmbH-Gesetz*), § 11.

20 Götz Hueck, Christine Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, 20. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003, стр. 467; Götz Hueck, Lorenz Fastrich y: Adolf Baumbach, Alfred Hueck (Hrsg.), *GmbH-Gesetz*, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, стр. 192; T. Reith, *нав. чланак*, стр. 112.

са овереним потписима),²¹ односно и уписа свих акција (код оснивања акционарског друштва),²² то је период од кога треба да почне да се примењује компанијско право, као *lex specialis* у односу на опште облигационо или трговинско право.²³ Насупрот томе, пре оснивања преддруштва не постоји основ за примену посебних компанијскоправних правила, јер се односи између учесника уређују општим облигационим или трговинским правом.²⁴ Из тога произлази да уговори у име будућег друштва, као предмет компанијског права, могу да буду закључени само у периоду од настанка преддруштва до оснивања привредног друштва (акционарског или друштва са ограниченом одговорношћу).²⁵ За разлику од тога, уговори закључени у фази пре настанка преддруштва, чак и ако је један од саговорача иступио у име будућег привредног друштва, неће потпадати под домен примене посебне одредбе компанијског права која уређује уговоре у име будућег друштва,²⁶ већ ће бити предмет општег облигационог или трговинског права.

У односу на право Европске уније и национална права њених држава чланица, право САД је у извесној мери специфично у погледу дефинисања уговора у име будућег друштва. Према Модел закону о пословним корпорацијама, такав уговор постоји само ако га закључи лице које учествује у оснивању привредног друштва (тзв. промотер) у име тог друштва, иако *зна* да привредно друштво не постоји у тренутку закључења уговора.²⁷ Из овог правила се уочава да америчко право

21 W. Bayer у: M. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 393; G. Hueck, C. Windbichler, *нав. дело*, стр. 466; G. Hueck, L. Fastrich у: A. Baumbach, A. Hueck (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 192.

22 Tim Drygala у: Karsten Schmidt, Marcus Lutter (Hrsg.), *Aktiengesetz – Kommentar: I. Band – §§ 1–149*, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2010, стр. 629; Torsten Körber у: Tobias Bürgers, Torsten Körber (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*, C. F. Müller, Heidelberg – Berlin, 2008, стр. 243.

23 На период пре настанка преддруштва се примењује опште облигационо или трговинско право у зависности од тога да ли између оснивача постоји само друштво грађанског права или постоји ортакчко друштво, као трговачко друштво које не мора да се региструје да би настало. Вид.: W. Bayer у: M. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 391 и 392; упор.: T. Reith, *нав. чланак*, стр. 112; T. Drygala у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 628.

24 Andreas Pentz у: Bruno Kropff, Johannes Semler (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz – Band 1: §§ 1–53*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2000, стр. 889; W. Bayer у: M. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 392.

25 A. Pentz у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 889.

26 T. Körber у: T. Bürgers, T. Körber (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 247; W. Bayer у: M. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 392.

27 Амерички Модел закон о пословним корпорацијама (*Model Business Corporations Act*), § 2.04; R. W. Hamilton, *нав. дело*, стр. 130.

у појам уговора у име будућег друштва уноси елемент несавесности промотера, у смислу његове свести о непостојању друштва у моменту уговарања. Овај елемент појма је непознат европским законодавствима, а његово увођење у компанијско право САД представља резултат потребе за јасним разграничењем ових уговора у односу на случајеве тзв. манљивог оснивања, о чему ће бити више речи у одговарајућем делу рада.

Нажалост, потреба за посебним компанијскоправним уређењем уговора у име будућег друштва није препозната од стране српског законодавца. Важећи Закон о привредним друштвима из 2011. године уопште не помиње ове уговоре. На тај начин не само да није извршена обавеза усклађивања домаћег права са правом Европске уније, већ је у недостатку концепта преддруштва, ова врло сложена материја изузета из компанијског права и препуштена општем облигационом праву. За разлику од тога, ранији Закон о привредним друштвима из 2004. године је покушао да регулише проблематику уговора у име будућег друштва, али је појам ових уговора био неадекватан и неусклађен са упоредно-правним решењима. Овај закон је уређивао уговорне обавезе које неко лице преузме у вези са оснивањем привредног друштва, а из тога произлази да је он уговоре у име будућег друштва (погрешно) схватио као „уговоре у вези са оснивањем привредног друштва“.²⁸ Међутим, такав појам је био неодређен, непрецизан и недовољно је указивао на суштинске карактеристике ових уговора. Прво, он није нагласио да ти уговори треба да буду закључени у име привредног друштва које у тренутку уговарања још увек не постоји, због чега је наведена одредба могла да се примењује и на случајеве када неко лице у своје име закључи уговор у вези са оснивањем привредног друштва. Друго, овај закон није истакао да ти уговори морају да буду закључени најкасније до регистрације оснивања привредног друштва. Коначно, инсистирање на томе да такви уговори буду „у вези са оснивањем“ је из појма ових уговора неоправдано искључивао уговоре чија непосредна сврха није оснивање друштва, већ развој његовог будућег пословања. Из изложеног недвосмислено произлази да у важећем српском праву суштинска проблематика уговора у име будућег друштва није ни препозната, док одредбе ранијег закона показују да она није на прави начин ни схваћена.

28 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 12 ст. 1: „Оснивачи друштва и друга лица за обавезе преузете у вези са оснивањем привредног друштва, одговарају солидарно целокупном својом имовином...”

IV Основне карактеристике уговора у име будућег друштва

На основу истраживања релевантних правила у упоредном компанијском праву, неспорно је да уговори у име будућег друштва обухватају уговоре које закључују лица која учествују у оснивању одређеног привредног друштва у његово име (и за његов рачун), али пре његове регистрације.²⁹ Међутим, како би се јасније разумело које се све ситуације подводе под појам уговора у име будућег друштва, неопходно је објаснити основне карактеристике ових уговора, које се изражавају кроз: 1. лица која закључују уговор; 2. тренутак закључења уговора; 3. начин закључења уговора; 4. свест о непостојању привредног друштва у тренутку закључења уговора; 5. оснивање привредног друштва; и 6. тренутак наступања правних дејстава уговора.

1. Лица која закључују уговор

Уговор у име будућег друштва се закључује између лица које иступа у име будућег друштва и друге уговорне стране. Притом се у упоредном праву друга уговорна страна уобичајено означава као „треће лице“.³⁰

а) Лице које иступа у име будућег друштва

Лице које изјављује вољу за закључење одређеног уговора у име будућег друштва је по правилу на неки начин укључено у оснивање тог привредног друштва.³¹ Најчешће такав уговор закључује оснивач који очекује да ће бити једини или већински члан будућег привредног друштва (тзв. путативни члан).³² Међутим, то може да буде и будући директор (законски заступник, односно пословођа) друштва, али и друго лице које се ангажује на оснивању привредног друштва (тзв. промотер у англосаксонском праву).³³ Према томе, анализа и евентуална посебна

29 Wilfred M. Estey, „Pre-Incorporation Contracts: The Fog is Finally Lifting“, *Canadian Business Law Journal*, Vol. 33, 2000, стр. 6; Andrew Griffiths, „Agents without Principals: Pre-Incorporation Contracts and Section 36C of the Companies Act 1985“, *Legal Studies*, Vol. 13, 1993, стр. 241 и 242; C. Z. Qi, *нав. чланак*, стр. 793.

30 W. M. Estey, *нав. чланак*, стр. 6.

31 William J. Rands, „High-Pressure Sales Tactics and Dead Trees: What to Do with Promoters' Pre-Incorporation Contracts“, *Rutgers Business Law Journal*, Vol. 4:1, 2007, стр. 5; Драго Дивљак, „Привредно друштво у оснивању и одговорност у правном промету“, *Правни животи*, бр. 11/1996, стр. 28 и 29.

32 W. J. Rands, *нав. чланак*, стр. 5; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 419.

33 Упор.: A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 419. У немачком праву то треба да буде пословођа будућег друштва или лице које предузима послове као

компанијскоправна регулатива уговора у име будућег друштва мора да уважи чињеницу да ове уговоре могу да закључе не само оснивачи, него и друга лица која помажу оснивање одређеног друштва.

Посебан проблем се појављује ако лице које у конкретном случају изјави вољу у име друштва, заправо то учини по инструкцији неког другог лица, по чијим налозима је дужно да поступа.³⁴ Примера ради, ако предузетник намерава да оснује једночлано друштво са ограниченом одговорношћу, он може да наложи свом прокуристи да закључи одређени уговор у име тог будућег друштва. Поставља се питање да ли би тада требало третирати прокуристу као лице које иступа у име будућег друштва, иако он изјављује вољу више као „курир“, него као „господар“ посла. Чини се да би у овој ситуацији било исправније да се лице које даје инструкцију за закључење уговора (налогодавац) посматра као лице које иступа у име будућег друштва.³⁵ На тај начин би се у евентуалном спору дошло до резултата који боље одговара интересима и очекивањима учествујућих страна.

б) Треће лице као сауговорач

Треће лице са којим се закључује уговор у име будућег друштва је често сасвим изван тог привредног друштва, као што је то случај са закуподавцем пословног простора, испоручиоцем робе, и сл.³⁶ Међутим, ово лице може да буде у блиској вези са привредним друштвом у оснивању, па чак и да буде један од оснивача (на пример, када закључује уговор о уношењу неновчаног улога у будуће друштво) или будући директор друштва (на пример, када закључује уговор о раду са будућим друштвом).³⁷ Чини се да би приликом анализе уговора у име будућег друштва требало правити разлику између ових случајева, имајући у виду да је независно треће лице посебно угрожено у поређењу са лицем које је блиско повезано са будућим друштвом, захваљујући чему располаже

пословођа. Вид.: W. Bayer у: M. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 406 и 407; T. Reith, *нав. чланак*, стр. 123; T. Körber у: T. Bürgers, T. Körber (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 247; Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – München, 2002, стр. 789.

34 Упор.: A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 419 и фн. 16.

35 P. Merle, A. Fauchon, *нав. дело*, стр. 103; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 453 и 454. Тако је и у немачком праву, где се сматра да је у име будућег друштва иступио пословођа, чак и када се он приликом конкретног закључења уговора послужи пуномоћником или другим помоћником. Вид.: W. Bayer у: M. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 407; T. Körber у: T. Bürgers, T. Körber (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 248.

36 Упор.: A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 419.

37 Упор.: A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 419.

са више информација и више утицаја на оснивање и пословање привредног друштва у настајању. Упркос томе, посебна компанијскоправна регулатива ових уговора најчешће не прави разлику између трећих лица по основу њихове повезаности са будућим друштвом.³⁸

2. Тренутак закључења уговора

Уговори у име будућег друштва се закључују пре него што према правилима компанијског права привредно друштво настане као правно лице.³⁹ Као што је већ објашњено, у српском праву то значи да уговор треба да буде закључен пре него што наступе правна дејства регистрације привредног друштва,⁴⁰ а она наступају наредног дана од дана објављивања регистрације оснивања.⁴¹ Према томе, сматра се да уговор у име будућег друштва постоји ако је закључен у било ком тренутку пре него што регистрација оснивања привредног друштва почне да производи дејства према трећим лицима.⁴²

Међутим, у појединим правним системима се период у коме може да настане уговор у име будућег друштва начелно разликује на период пре усвајања пуноважног оснивачког акта (на пример, уговора о оснивању) и уписа свих акција, и период након тога, а пре регистрације привредног друштва.⁴³ Такво разликовање је нарочито значајно за земље попут Немачке, где се у првом случају сматра да постоји друштво пре оснивања

38 Изузетак у том погледу представља немачко право, где се у правној теорији заступа став да компанијскоправна правила о уговорима у име будућег друштва не обухватају случај закључења уговора са оснивачем као „трећим лицем“, као ни уговоре са трећим лицем које је познато са односима у будућем друштву. Вид.: А. Pentz у: В. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 892; W. Bayer у: М. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 408.

39 Упор.: Р. Merle, А. Fauchon, *нав. дело*, стр. 101; В. Радовић у: М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић Петровић, *нав. дело*, стр. 113.

40 За разлику од тога, у упоредном праву је регистрација одлучујућа само за настанак привредних друштава капитала (друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва), па се и анализа уговора у име будућег друштва везује само за њих.

41 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (*Службени гласник РС*, бр. 99/2011), чл. 22 ст. 3.

42 То отвара питање могућности примене правила о негативном публицитету регистра привредних субјеката у периоду од усвајања регистрационе пријаве до њеног објављивања. Више вид.: Мирјана Марковић, „Негативан публицитет регистра привредних субјеката“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2008, стр. 139 и даље.

43 Слично схватање постоји у праву Француске, где уговор у име будућег друштва постоји само ако је закључен у име друштва у оснивању (фр. *société en formation*), иако законом није прецизирано од ког тренутка почиње период оснивања. Више вид.: Y. Guyon, *нав. дело*, стр. 175 и 178; Р. Merle, А. Fauchon, *нав. дело*, стр. 98 и 101.

(нем. *Vorgründungsgesellschaft*),⁴⁴ а у другом случају преддруштво (нем. *Vorgesellschaft*), због чега се на уговоре закључене у периоду постојања једног, односно другог друштва примењује различит правни режим.⁴⁵ Насупрот томе, у земљама које не познају концепт преддруштва, попут САД, Енглеске, али и Србије, у недостатку посебне компанијскоправне регулативе нема оправдања за разликовање периода пре регистрације привредног друштва, па се на све уговоре у име будућег друштва закључене у било ком тренутку пре оснивања примењује јединствен правни режим.⁴⁶

3. Начин закључења уговора

Уговори у име будућег друштва могу да буду закључени на различите начине. То могу да буду не само писмени, него и усмени уговори, мада ће у другом случају постојати већи проблем доказивања у случају спора.⁴⁷ Приликом изјављивања воље у име привредног друштва може, али не мора да буде наглашено да друштво још увек не постоји, употребом одговарајућих термина уз пословно име друштва, као што су

44 T. Reith, *нав. чланак*, стр. 111; G. Hueck, C. Windbichler, *нав. дело*, стр. 467 и 468; G. Hueck, L. Fastrich у: A. Baumbach, A. Hueck (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 208; W. Bayer у: M. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 391; T. Drygala у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 628; T. Körber у: T. Bürgers, T. Körber (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 243; упор.: Д. Дивљак, *нав. чланак*, стр. 30.

45 A. Pentz у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 847; упор.: Д. Дивљак, *нав. чланак*, стр. 30 и 31. Само уговори закључени у периоду постојања преддруштва су у немачком праву регулисани као уговори у име будућег друштва у смислу компанијскоправних прописа, док уговори закључени у периоду постојања друштва пре оснивања потпадају под режим општег облигационог или трговинског права. Вид.: T. Reith, *нав. чланак*, стр. 112; A. Pentz у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 851 и 889; W. Bayer у: M. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 392.

46 У српској правној теорији постоје заговорници схватања да у периоду пре регистрације привредног друштва постоји преддруштво. Вид.: Стеван Шогоров, „Одговорност оснивача за обавезе предузећа-преддруштва“, *Право и њивреда*, бр. 5–8/98, стр. 46 и 47; упор.: Д. Дивљак, *нав. чланак*, стр. 32 и 33. Ипак, у недостатку посебних правила или развијене правне теорије о преддруштву такав став се не може прихватити.

47 Из тог разлога се у неким законодавствима, попут Канаде и Јужноафричке Републике, као услов за примену посебних компанијскоправних правила захтева да овај уговор буде закључен у писменој форми. Вид.: Canada Business Corporations Act (R.S.C., 1985, c. C-44), sec. 14; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 447; Maleka Femida Cassim, „Some Difficult Aspects of Pre-Incorporation Contracts in South African Law and Other Jurisdictions“, *Business Law International*, Vol. 13, No. 1, 2012, стр. 8; Poonam Puri, „The Promise of Certainty in the Law of Pre-Incorporation Contracts“, *The Canadian Bar Review*, Vol. 80, 2001, стр. 1063.

„привредно друштво у оснивању“ или „будуће привредно друштво“.⁴⁸ Најзад, ови уговори могу да буду закључени као да је привредно друштво уговорна страна, док лице које изјављује вољу само потврђује вољу друштва у својству његовог (наводног) законског заступника (енгл. *contracts in name of the company, contracts by the company*)⁴⁹ или као да је лице које изјављује вољу пуномоћник (налогопримац) привредног друштва, који поступа у његово име и за његов рачун (енгл. *contracts on behalf of the company*).⁵⁰ У енглеској судској пракси је наведено разликовање било од суштинског значаја за утврђивање намере уговорних страна и правних последица по закључење уговора.⁵¹

У првом случају се сматрало да начин закључења уговора указује на намеру да привредно друштво буде уговорна страна, док је лице које закључује уговор са трећим пуки спроводник одлуке друштва да се уговор закључи, а његов потпис код писменог уговора – само потврда пословног имена друштва.⁵² Отуда, пошто привредно друштво као уговорна страна у тренутку закључења не постоји, такав уговор са трећим лицем не може да настане.⁵³ Насупрот томе, у другом случају се сматрало да је лице које иступа у име друштва наводни налогопримац, који доноси и спроводи одлуку о закључењу уговора у име друштва које у том тренутку не постоји.⁵⁴ Из тога је произлазило да овде уговор ипак настаје, али не са непостојећим заступаним, него непосредно са заступником.⁵⁵ Ипак, правна теорија и каснији прецеденти су увидели

48 Stefan Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht – Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts*, 2. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2011, стр. 115; упор.: В. Радовић у: М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић Петровић, *нав. дело*, стр. 113; С. Шогоров, *нав. чланак*, стр. 46; G. Hueck, L. Fastrich у: A. Baumbach, A. Hueck (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 197; за француско право вид.: Y. Guyon, *нав. дело*, стр. 175.

49 Такав случај постоји, примера ради, када уговор закључи Петар Петровић у име будућег друштва АБВГ, а.д. Београд, тако да се наспрам трећег лица као уговорна страна потпише „АБВГ, а.д. Београд, директор Петар Петровић“.

50 Овакав случај постоји, у складу са примером из претходне фусноте, ако уговор потпише „Петар Петровић, у име АБВГ, а.д. Београд, у оснивању“.

51 P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 115; J. Birds, E. Ferran, C. Villiers (eds.), *нав. дело*, стр. 68; G. Morse, *нав. дело*, стр. 74 и 75; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 420; F. A. Gevurtz, *нав. дело*, стр. 49; E. R. Flores, *нав. чланак*, стр. 406 фн. 16; P. Puri, *нав. чланак*, стр. 1052 и 1053.

52 T. Reith, *нав. чланак*, стр. 115; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 429 и 430; P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 115; J. Birds, E. Ferran, C. Villiers (eds.), *нав. дело*, стр. 68; Mads Andenas, Frank Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, стр. 60; упор.: A. Griffiths, *нав. чланак*, стр. 242.

53 P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 116; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 429 и 430.

54 A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 423.

55 P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 115; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 423.

да између описаних начина иступања у име будућег друштва не постоји суштинска, већ искључиво формална разлика, која не треба да буде опредељујућа приликом утврђивања правних последица.⁵⁶ Уосталом, привредно друштво као такво не може директно да изјављује вољу у правном промету, него једино преко својих заступника, па у том смислу нема оправдања за другачији третман заступања од стране законског заступника у односу на заступање од стране пуномоћника.

На основу изложеног се закључује да за квалификацију конкретног уговора као уговора у име будућег друштва није релевантно разликовање између бројних горенаведених случајева. Насупрот томе, довољно је да из начина закључења уговора недвосмислено произлази да се не иступа у личном својству, него у име привредног друштва,⁵⁷ тако да је намеравана уговорна страна привредно друштво, а не лице које у његово име изјављује вољу. Отуда, само случајеви тзв. неоткривеног заступања (енгл. *undisclosed agency*) код којих трећем лицу није предочено да друга страна иступа у туђе, а не у своје име, неће водити настанку уговора у име будућег друштва, већ непосредно уговору са лицем које је изјавило вољу.⁵⁸

Међутим, иако различити начини закључења уговора у име будућег друштва нису релевантни за квалификацију овог уговора, они могу да буду значајни за тумачење намере уговорних страна у тренутку настанка уговора. Ово ће бити нарочито значајно у ситуацији када трећем лицу у том моменту није било познато (нити морало да буде познато) да привредно друштво још увек не постоји, при чему ни начин иступања у име привредног друштва није истакао ту чињеницу.⁵⁹

4. Свест о непостојању привредног друштва у моменту закључења уговора

У погледу свести трећег лица и лица које иступа у име друштва о непостојању привредног друштва у моменту закључења уговора начелно су замисливе три ситуације: а) обе стране знају да привредно друштво још увек не постоји; б) треће лице верује да привредно друштво постоји, док лице које иступа у име друштва зна да оно не постоји; и в) обе стране мисле да привредно друштво постоји, иако оно још

56 J. Birds, E. Ferran, C. Villiers (eds.), *нав. дело*, стр. 69; P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 116; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 420 и 448; M. Andenas, F. Wooldridge, *нав. дело*, стр. 60; A. Griffiths, *нав. чланак*, стр. 243.

57 Y. Guyon, *нав. дело*, стр. 175; P. Merle, A. Fauchon, *нав. дело*, стр. 101.

58 A. Pentz у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 891; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 420 и 455.

59 W. J. Rands, *нав. чланак*, стр. 34.

увек није настало.⁶⁰ Прве две ситуације су чешће у пракси, с обзиром на то да ће лице које иступа у име друштва ретко када бити у заблуди око постојања привредног друштва.⁶¹ Стога су ово типични случајеви закључења уговора у име будућег друштва.⁶²

За разлику од тога, последња ситуација у којој обе стране погрешно верују да привредно друштво постоји се ређе јавља у пракси, јер је савремени поступак регистрације оснивања значајно бржи и једноставнији него раније.⁶³ Такав случај би могао да се догоди, примера ради, ако одређено лице поднесе пријаву за регистрацију, па након тога закључи уговор у име привредног друштва у разумном уверењу да је друштво регистровано, иако је у међувремену регистратор због неког мањег недостатка одбацио пријаву.⁶⁴ Према томе, савесност лица које иступа у име друштва може да се прихвати једино ако је постојао озбиљан покушај оснивања, који из неког ситног техничког, односно формалног разлога није успео.

У праву САД се описани последњи случај закључења уговора у име друштва, када обе стране погрешно верују да друштво постоји, третира као тзв. „манљиво оснивање“ (енгл. *defective incorporation*) и у правном смислу се регулише другачије него уговори у име будућег друштва.⁶⁵

60 A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 418 и 419.

61 Упор.: W. J. Rands, *нав. чланак*, стр. 9 и 10.

62 За постојање уговора у име будућег друштва није релевантно да ли треће лице зна да привредно друштво у тренутку уговарања не постоји. Вид.: A. Pentz у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 892; W. Bayer у: M. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 408.

63 R. W. Hamilton, *нав. дело*, стр. 127.

64 Спорно је да ли би овакав случај уопште био применљив у српском праву, имајући у виду да се одлука о усвајању регистрационе пријаве обавезно одмах објављује, па пре тог тренутка не би могла да се прихвати савесност подносиоца пријаве у погледу регистрације. Једини изузетак би постојао у случају да регистратор није објавио одлуку о одбијању регистрационе пријаве, па подносилац пријаве због правила о „ћутању као усвајању“ погрешно верује да је друштво основано. Вид.: Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, чл. 16, 19 у вези са чл. 15 и 22.

65 W. J. Rands, *нав. чланак*, стр. 9, 30 и 31; R. W. Hamilton, *нав. дело*, стр. 127 и даље; F. A. Gevurtz, *нав. дело*, стр. 59. Случајеви манљивог оснивања су у америчком праву чешћи него у другим правним системима због правила да се након усвајања регистрационе пријаве оснивања сматра да је друштво настало већ од момента подношења пријаве за регистрацију – дакле, ретроактивно. Отуда, лице које је поднело пријаву у разумном уверењу да је она потпуна и да ће бити усвојена закључује уговоре у име привредног друштва као да оно постоји, иако може да се догоди да оно ипак не настане, јер регистратор касније одбаци пријаву због неког мањег недостатка. Вид.: Model Business Corporation Act, § 2.03; W. J. Rands, *нав. чланак*, стр. 24 и 25. Издвајање ситуације када промотер није свестан да привредно друштво не постоји у тренутку уговарања из појма уговора у име будућег друштва

Наиме, сматра се да код манљивог оснивања треба пружити заштиту савесном лицу које иступа у име привредног друштва у разумном уверењу да је то друштво настало, при чему треће лице такође верује да привредно друштво постоји, па нема оправдања да се касније позива на његово непостојање.⁶⁶ Правила која уређују случајеве манљивог оснивања у праву САД се заснивају на традиционалним теоријама о *de facto* привредном друштву (енгл. *de facto corporation*) и привредном друштву на основу забране истицања приговора (енгл. *corporation by estoppel*).⁶⁷

Међутим, треба имати у виду да су се концепт манљивог оснивања и његово раздвајање од класичних случајева уговора у име будућег друштва развили у време када је поступак оснивања привредних друштава капитала био значајно сложенији и дуготрајнији у односу на савремено стање.⁶⁸ Из тог разлога, све је више заговорника схватања да треба укинути манљиво оснивање као посебан институт, како би се сви такви случајеви подвели под општи појам уговора у име будућег друштва. Ипак, с обзиром на релевантну одредбу америчког Модел закона о пословним корпорацијама, чини се да ће традиционалан концепт манљивог оснивања и његово разликовање у односу на уговоре у име будућег друштва наставити да карактеришу америчко компанијско право.⁶⁹

Насупрот праву САД, данас преовлађује схватање да уговоре у име будућег друштва треба уређивати на јединствен начин, независно од питања свести о непостојању привредног друштва у тренутку уговарања. Стога се све три наведене групе случајева подводе под јединствен појам уговора у име будућег друштва. Ипак, у недостатку посебне компанијскоправне регулативе ових уговора свест о непостојању привредног друштва може да доведе до другачијих резултата у конкрет-

постоји и у праву Јужноафричке Републике, која је међу првима у свету регулисала ову материју посебним компанијскоправним правилима. Вид.: М. F. Cassim, *нав. чланак*, стр. 23.

66 Упор.: W. M. Estey, *нав. чланак*, стр. 9 и 14-16.

67 Timothy R. Wyatt, „The Doctrine of Defective Incorporation and Its Tenuous Coexistence with the Model Business Corporation Act“, *Wake Forest Law Review*, Vol. 44, 2009, стр. 833 и 835; W. J. Rands, *нав. чланак*, стр. 11 фн. 24; R. W. Hamilton, *нав. дело*, стр. 128, 131 и 133; F. A. Gevurtz, *нав. дело*, стр. 62 и 63.

68 Упор.: W. J. Rands, *нав. чланак*, стр. 22.

69 Model Business Corporation Act, § 2.04. У овом Модел закону се уговори у име будућег друштва изричито уређују тако да обухватају једино случајеве у којима лице које иступа у име друштва *зна* да друштво у тренутку закључења уговора не постоји. У супротном се ради о случају манљивог оснивања. Вид. и: W. J. Rands, *нав. чланак*, стр. 25; A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 435 фн. 63; R. W. Hamilton, *нав. дело*, стр. 130.

ним споровима. Са једне стране, одговор на ово питање може да укаже на другачију намеру уговорних страна приликом закључења уговора. Са друге стране, савесност трећег лица у погледу постојања привредног друштва може да изазове примену института као што су заблуда или превара.⁷⁰

5. Оснивање привредног друштва

Поставља се питање да ли је за квалификацију неког уговора као уговора у име будућег друштва неопходно да привредно друштво наконд заиста буде основано. У том смислу могу да се разликују две основне ситуације.

а) Привредно друштво је основано након закључења уговора

Редован случај уговора у име будућег друштва постоји када након закључења уговора привредно друштво настане. Притом се у неким правним системима, попут Канаде и Аустралије, захтева да привредно друштво буде основано у разумном року након закључења уговора, како би се очувала веза између тог уговора и одређеног друштва.⁷¹ Међутим, чини се да, у недостатку посебних правила која уређују то питање, нема оправдања за увођење таквог критеријума за разликовање уговора у име будућег друштва. Стога се у већини правних система, попут САД, Енглеске, Немачке, на ове уговоре примењује јединствен правни режим независно од тренутка настанка привредног друштва на које се односе.

Посебан проблем постоји у ситуацији када се привредно друштво након закључења уговора оснује, али под другачијим пословним именом.⁷² Строго формалистички посматрано, овде би из угла уговора у име будућег друштва требало сматрати да друштво као намеравани носилац уговорних права и обавеза није основано. Ипак, чини се да разлози правичности налажу суштинско испитивање да ли је привредно друштво (изузев пословног имена) заправо идентично друштву у чије име је уговор закључен.⁷³ Прихватањем описане теорије идентитета би се дошло до резултата који више одговара потребама правног промета и интересима учествујућих страна, а избегло би се ригидно ослањање на формално употребљене речи приликом уговарања. Према томе, и овде

70 Упор.: А. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 418 и 433.

71 Paul J. Omar, „Crossing Time’s Boundaries: A Comparative View of Legal Responses to the Pre-Incorporation Contract“, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2005, стр. 88; А. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 439 и 451.

72 А. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 456.

73 А. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 456.

као и у осталим варијантама уговора у име будућег друштва одлучујући значај треба придавати намери уговорних страна приликом закључења уговора да се обавезе одређено привредно друштво без обзира на евентуалну мању или већу промену његовог пословног имена.

б) Привредно друштво није основано након закључења уговора

Могуће је да након закључења уговора у име непостојећег привредног друштва то друштво никада не буде основано. Овде треба разликовати случај када лице које иступа у име друштва није ни имало намеру оснивања друштва, од случаја када је у тренутку закључења уговора постојала ова намера, али се она није остварила. Чини се да наведени случајеви завређују другачији правни третман, с обзиром на то да је код закључења уговора без намере оснивања друштва реч о превари трећег лица,⁷⁴ док би закључење уговора са (неоствареном) намером оснивања друштва изазивало другачије правне последице, у смислу евентуалне одговорности за штету због гаранције да ће друштво бити основано,⁷⁵ или евентуалног престанка уговора због неостварене сврхе (каузе) његовог закључења, односно услед раскидног услова, и сл.

У земљама у којима су уговори у име будућег друштва посебно регулисани компанијскоправним прописима се поставља питање, да ли су та правила применљива и када оснивање привредног друштва изостане. У том погледу се према већинском мишљењу у правној теорији и судској пракси са жаљењем констатује да уговори у име привредног друштва које накнадно није основано не могу да се подведу под прописе из области компанијског права.⁷⁶ Наиме, основна претпоставка примене компанијских закона се огледа у постојању привредног друштва. Уосталом, припадност тог друштва неком правном поретку је одлучујућа чињеница за утврђивање меродавног права по коме ће се решавати спорна питања уговора у име будућег друштва. Насупрот томе, ако привредно друштво из било ког разлога не настане након закључења уговора у његово име, сматра се да такав уговор треба анализирати према општим правилима облигационог права.

Описана ситуација је у сваком случају непожељна, а поједине ауторе је подстакла на размишљање, да ли би ову материју, уместо компанијскоправним правилима, ипак требало на јединствен начин уредити општим правилима облигационог права, како би се избегло неоправдано разликовање случајева накнадног настанка или ненастанка друштва.⁷⁷

74 A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 418.

75 M. F. Cassim, *нав. чланак*, стр. 14; упор.: W. J. Rands, *нав. чланак*, стр. 33.

76 A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 442.

77 Упор.: A. J. Easson, D. A. Soberman, *нав. чланак*, стр. 440 и 443.

Са друге стране, постоји предлог да се и на уговоре у име будућег друштва које никада није основано примењује компанијскоправни режим, при чему би се меродавно право утврђивало на основу истраживања карактеристика намераваног привредног друштва.⁷⁸ Отуда би једино ситуација закључења овог уговора без намере оснивања друштва била подвргнута режиму општег облигационог права. Према томе, закључује се да појам уговора у име будућег друштва обухвата и ситуације када привредно друштво ни накнадно не буде основано, под условом да је у тренутку уговарања постојала намера оснивања. Стога би закључење уговора без намере оснивања друштва у сваком случају спадало у оквире општег облигационог права, док би закључење са (неоствареном) намером оснивања требало да се подводи под компанијскоправни режим.

Наведени проблеми у погледу изостанка оснивања привредног друштва се јављају само у земљама које усвајају строго формалистички приступ, према коме пре регистрације не само да не постоји привредно друштво, већ не постоји ни његов „зачетак“ подобан за стицање права и обавеза. Насупрот томе, у земљама попут Немачке које познају институт преддруштва приказане ситуације су релативно једноставно решиве. Наиме, у немачком праву још пре регистрације може да настане преддруштво које ће бити носилац свих права и обавеза из уговора у име будућег друштва, па ће се на правне односе између учесника у случају изостанка оснивања привредног друштва примењивати правила о преддруштву и његовом евентуалном престанку (на пример, због одустанка од намере оснивања привредног друштва).⁷⁹ Ипак, у Немачкој, исто као и у земљама које не познају концепт преддруштва, посебан компанијскоправни режим за уговоре у име будућег друштва не може да се примени ако у тренутку његовог закључења није постојала ни намера оснивања друштва, па самим тим ни преддруштво.⁸⁰

Из изложене анализе се закључује да појам уговора у име будућег друштва обухвата и случајеве у којима упркос иницијалној намери, не дође до оснивања привредног друштва. За разлику од тога, ситуације када је уговор закључен у име наводно будућег друштва, без намере за оснивањем привредног друштва, само наизглед спадају у овај појам, али

78 Упор.: P. Puri, *нав. чланак*, стр. 1063; W. M. Estey, *нав. чланак*, стр. 31; P. Merle, A. Fauchon, *нав. дело*, стр. 103.

79 W. Bayer у: M. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 403.

80 A. Pentz у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 875. У случају непостојања намере оснивања привредног друштва реч је о тзв. „неправом преддруштву“ (нем. *unechte Vorgesellschaft*), односно „неуспелом преддруштву“ (нем. *fehlgeschlagene Vorgesellschaft*) на које се примењују правила трговинског или општег облигационог права. Вид.: G. Hueck, C. Windbichler, *нав. дело*, стр. 478; G. Hueck, L. Fastrich у: A. Baumbach, A. Hueck (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 206.

суштински захтевају другачији правни третман, у складу са општим правилима облигационог права.⁸¹

6. Тренутак наступања правних дејстава уговора

У вези са тренутком наступања правних дејстава уговора у име будућег друштва начелно треба разликовати ситуације када: а) уговор треба да производи правна дејства тек након оснивања привредног друштва; или када б) уговор производи правна дејства и пре оснивања привредног друштва, при чему може да буде извршен пре регистрације друштва у целости или само делимично.

а) Уговор треба да производи правна дејства након оснивања привредног друштва

Уговор у име будућег друштва може да буде закључен тако да производи правна дејства тек од момента настанка привредног друштва. Примера ради, пре регистрације друштва оснивач закључи уговор о раду са неким лицем, који треба да почне да се извршава како на страни будућег запосленог, тако и на страни привредног друштва као послодавца након оснивања тог друштва. У правној теорији постоје супротстављена схватања у погледу оваквог начина уговарања. Према једним ауторима, такви уговори представљају праве уговоре у име будућег друштва, јер се њихова суштина огледа у томе да привредно друштво постане уговорна страна наспрам трећег лица, док пре тога, односно у недостатку оснивања друштва, они не производе никаква правна дејства. Другим речима, ови аутори сматрају да се појам уговора у име будућег друштва ограничава само на уговоре који производе правна дејства након оснивања друштва.⁸² Ипак, такво становиште се не може прихватити. Проблем уговора у име будућег друштва не обухвата искључиво случајеве када такав уговор треба да произведе правна дејства тек након настанка друштва, већ је напротив подједнако изражен и када уговор треба да се, макар делимично, изврши још пре регистрације оснивања.

Потпуно супротно изложеном схватању, други аутори сматрају да уговоре који производе правна дејства након оснивања привредног друштва треба изузети из општег појма уговора у име будућег друштва.⁸³

81 Упор.: А. Griffiths, *нав. чланак*, стр. 242 фн. 5.

82 К. Schmidt у: К. Ј. Норт, Н. Wiedemann, Н.-D. Assmann (Hrsg.), *нав. коментар*, § 41 стр. 19.

83 А. Pentz у: В. Kropff, Ј. Semler (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 891; W. Bayer у: М. Lutter, Р. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 408.

Овакви уговори су искључиво усмерени ка привредном друштву као уговорној страни, те њихова правна дејства у потпуности зависе од оснивања друштва. У немачкој правној теорији је изражен став да се ти уговори закључују под одложним условом, због чега су специфични у односу на све друге случајеве уговора у име будућег друштва, који треба да производе правна дејства и пре него што привредно друштво настане.⁸⁴ Међутим, у српском праву би примена правила о одложном услову могла да се прихвати само ако би такав уговор у име привредног друштва закључило лице које након регистрације оснивања заиста постане заступник друштва, који је овлашћен да предузме овај посао. У том случају би могло да се аргументује да је заступник пре регистрације друштва дао изјаву воље у правцу закључења уговора у име заступаног (привредног друштва), али под одложним условом – што значи да ће изјава воље производити правна дејства само ако се привредно друштво оснује. Отуда, у тренутку оснивања друштва наведена заступничка изјава на основу испуњења одложног услова производи правна дејства, те захваљујући постојању заступничких овлашћења уговор настаје директно између привредног друштва и трећег. Насупрот томе, ако се привредно друштво не оснује након закључења уговора, такав уговор због неостварења одложног услова везаног за изјаву воље заступника не би могао да настане.

Из претходне анализе произлази да би примена теорије одложног услова у вези са заступничком изјавом воље доводила до директног (аутоматског) настанка уговора између трећег лица и привредног друштва од тренутка оснивања, без могућности друштва да одлучује о његовом прихватању. Тиме би се дозволило да будући заступници „оптерете“ друштво одређеним уговорним обавезама још пре његовог настанка, чак и без знања и сагласности оснивача, а то је управо пракса коју регулатива уговора у име будућег друштва настоји да спречи. Осим тога, теорија одложног услова би омогућила оснивачима који нису учествовали у закључењу овог уговора да избегну настанак овог уговора простим одустанком од оснивања привредног друштва, ако на основу накнадних калкулација (на пример, због промене тржишних услова, и сл.) процене да би његово извршење за њих било неповољно. На овај начин би могло да дође до неправедног исхода, у коме треће лице остаје без икакве правне заштите, иако је пре регистрације друштва дало обавезујућу изјаву воље у правцу закључења уговора, без права на слободан одустанак.

Наведене негативне последице примене теорије одложног услова управо представљају ефекте које посебна компанијскоправна регулатива уговора у име будућег друштва настоји да спречи. Отуда се на осно-

84 А. Pentz у: В. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 891; W. Bayer у: М. Lutter, P. Hommelhoff (Hrsg.), *нав. коментар*, стр. 408.

ву свега изложеног закључује да појам уговора у име будућег друштва треба да обухвати и случајеве у којима правна дејства уговора наступају тек након оснивања привредног друштва. Једино тако може да се оствари потпуна заштита правног промета, односно трећих лица, али и самог привредног друштва. Уосталом, у складу са предложеним закључком поступају и упоредни компанијскоправни прописи, који уговоре у име будућег друштва уређују на јединствен начин независно од тренутка наступања правних дејстава уговора. Ипак, чињеница је да, у недостатку посебне компанијскоправне регулативе, тренутак наступања правних дејстава уговора може да буде значајан показатељ намере саговорача која је кључна за утврђивање правних последица оваквог начина уговарања.

б) Уговор производи правна дејства и пре оснивања привредног друштва

Приликом закључења уговора у име будућег друштва стране могу да предвиде да ће уговор бити извршен у целости или делимично још пре настанка привредног друштва. Као што је горе објашњено такви уговори су, такође, обухваћени појмом уговора у име будућег друштва у смислу посебне компанијскоправне регулативе, али и правне теорије. Они представљају *par excellence* пример свих проблема који долазе до изражаја када се уговор закључи у име лица (привредног друштва) које у том тренутку не постоји, а треба да се извршава пре настанка наводне уговорне стране. Притом, посебну пажњу завређују они уговори који се у целости извршавају пре регистрације друштва, односно код којих треће лице као носилац карактеристичне предстације из уговора извршава све своје уговорне обавезе пре регистрације друштва.⁸⁵ Код ових врста уговора у име будућег друштва се појављује специфичан проблем њиховог разграничења у односу на трошкове оснивања, који су подвргнути другачијем компанијскоправном режиму, што захтева детаљнију анализу у оквиру наредног поглавља.

V Разграничење уговора у име будућег друштва и трошкова оснивања

Уговори у име будућег друштва и трошкови оснивања представљају два посебна института компанијског права, који се, међутим, једним делом преклапају, тако да обухватају истоветне случајеве. Отуда је потребно указати на основне сличности и разлике ова два појма, како би се објаснила сврха и смисао њиховог другачијег регулисања, и ут-

85 J. H. Gross, *нав. чланак*, стр. 526.

врдио однос њихова два правна режима у заједничким случајевима које обухватају. С обзиром на то да је у претходном делу рада детаљно анализиран обухват појма уговора у име будућег друштва, на овом месту ће бити указано на основне карактеристике појма трошкова оснивања. Под трошковима оснивања се подразумевају издаци који су били неопходни за оснивање привредног друштва, као и примерене накнаде за труд око оснивања привредног друштва.⁸⁶ Притом, издаци обухватају не само извршено плаћање, или друго добровољно жртвовање сопствених имовинских вредности у циљу оснивања друштва, већ и преузимање имовинских обавеза према трећим лицима, иако оне до регистрације друштва још увек нису извршене.

Између уговора у име будућег друштва и трошкова оснивања постоји значајна сличност, која се огледа у томе да и једни и други настају пре регистрације привредног друштва, а предузимају се, не за сопствени рачун, него за рачун тог друштва. Упркос томе, трошкови оснивања се неспорно разликују од уговора у име будућег друштва. Са једне стране, они обухватају не само (извршене или неизвршене) уговорне обавезе лица која учествују у оснивању привредног друштва, него и административне обавезе, попут судских такси, пореза, трошкова регистрације, и сл.,⁸⁷ као и накнаду за труд око оснивања привредног друштва који је учињен без постојања било какве уговорне обавезе. Са друге стране, чак и када се трошак оснивања заснива на уговорној обавези према трећем лицу у вези са оснивањем друштва, за квалификацију тог издатка као трошка оснивања није релевантно у чије име је закључен одговарајући уговор са трећим лицем (да ли у сопствено име или у име будућег друштва). Из наведених разлика се закључује да трошкови оснивања представљају посебан појам компанијског права, који има самостално значење у односу на уговоре у име будућег друштва.

Ипак, у одређеном малом броју случајева се догађа да конкретна уговорна обавеза може да се уклопи и у појам трошкова оснивања и у појам обавезе из уговора у име будућег друштва. Примера ради, оснивач закључи са адвокатом уговор у име будућег друштва, којим се адвокат обавезе да ће саставити оснивачки акт привредног друштва, а оснивач се у име друштва обавезе да ће му платити накнаду за пружену услугу.

86 A. Pentz у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 583; упор.: Alfons Kraft у: Wolfgang Zöllner, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz – Band 1: §§ 1–75 AktG*, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – München, 1988, стр. 336 и 337; Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2008, стр. 125; Зоран Арсић, „Трошкови оснивања“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2002, стр. 17 и 18.

87 U. Hüffer, *нав. коменџар*, стр. 125; Jakša Barbić, *Pravo društava – Knjiga druga: Društva kapitala*, 4. izdanje, Organizator, Zagreb, 2007, стр. 105 и 106; A. Kraft у: W. Zöllner, *нав. коменџар*, стр. 336; упор.: A. Pentz у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 583 и 584.

Наведени уговор је класичан пример уговора у име будућег друштва. Истовремено, обавеза плаћања накнаде за услугу састављања оснивачког акта представља типичан случај трошкова оснивања. Из тога произлази, да се појам трошкова оснивања преклапа са обавезом из уговора у име будућег друштва, увек када су испуњене следеће претпоставке: а) закључен је уговор у име будућег друштва; б) уговор је двостранообавезан, што значи да је у име друштва преузета обавеза извршења противничиндбе према трећем лицу; в) треће лице је носилац карактеристичне престације из уговора; г) карактеристична престација трећег лица је потребна за оснивање привредног друштва; и д) треће лице је извршило своје уговорне обавезе пре регистрације друштва (у супротном његова престација не би могла да се сматра потребном за оснивање).

Поставља се питање који правни режим треба применити на случај уговора у име будућег друштва из кога настаје трошак оснивања. Ово је нарочито значајно имајући у виду различита правила којима се уређују ова два компанијскоправна института. Са једне стране, код уговора у име будућег друштва привредно друштво у већини правних система слободно одлучује да ли ће да прихвати права и обавезе из уговора закључених у његово име пре оснивања, на основу процене користи и терета који из тог уговора произлазе.⁸⁸ Притом, у случајевима када обавеза из таквог уговора истовремено представља трошак оснивања, основна корист од уговора се огледа у самом настанку привредног друштва, јер је управо извршење уговорне престације трећег лица омогућило оснивање друштва.⁸⁹ Отуда, поједини аутори сматрају да привредно друштво већ самим својим постојањем прихвата користи из таквог уговора,⁹⁰ па му не би требало дозволити да након оснивања слободно одлучи да ли ће да прихвати и терете.⁹¹ Другим речима, пошто је уговор закључен са трећим лицем не само у име привредног друштва, него и за његов рачун, то друштво не може само да прихвати користи из уговора, без припадајућих терета. Стога, имајући у виду да је друштво својим настанком прихватило уговорне користи, оно мора да сноси терет обавезе накнаде према трећем лицу.⁹² Ипак, у упоредном праву преовлађује супротан став по коме код свих уговора у име будућег друштва привредно друштво након оснивања слободно одлучује о прихватању таквог уговора.⁹³ У супротном би привредно друштво већ у тренутку настанка

88 R. W. Hamilton, *нав. дело*, стр. 122 и 123.

89 R. W. Hamilton, *нав. дело*, стр. 126.

90 J. H. Gross, *нав. чланак*, стр. 526.

91 Упор.: W. M. Estey, *нав. чланак*, стр. 31.

92 J. H. Gross, *нав. чланак*, стр. 527; R. W. Hamilton, *нав. дело*, стр. 126.

93 R. W. Hamilton, *нав. дело*, стр. 126.

могло да буде оптерећено обавезама из уговора у име будућег друштва, које нису биле откривене другим оснивачима и трећим лицима.

Са друге стране, код трошкова оснивања друштво нема могућност избора, него мора да их накнади лицу које је учествовало у оснивању. Пошто обавеза накнаде трошкова оснивања терети привредно друштво већ у тренутку његовог настанка, тиме се угрожава реална вредност његовог оснивачког капитала. Из тог разлога је у циљу заштите оснивача и трећих лица, али и спречавања евентуалних злоупотреба нужно да сви терети које привредно друштво сноси независно од своје воље већ у тренутку оснивања буду транспарентни, односно откривени оснивачима и осталим носиоцима ризика пословања друштва. Стога, трошкови оснивања морају да буду изричито наведени у оснивачком акту, односно првом статуту друштва.⁹⁴ У супротном, друштво нема обавезу њихове накнаде.⁹⁵

Међутим, када нека уговорна обавеза која представља трошак оснивања проистиче из уговора у име будућег друштва, строга правила о трошковима оснивања би могла да буду заобиђена ослањањем на правни режим уговора у име будућег друштва. Примера ради, ако оснивач неке издатке по основу уговора у име будућег друштва није укључио у трошкове оснивања наведене у оснивачком акту, он би у циљу њихове накнаде могао да издејствује прихватање тог уговора од стране привредног друштва. Да би се избегло описано изигравање правила о трошковима оснивања (стварањем тзв. прикривених трошкова оснивања), компанијскоправним прописима је неопходно предвидети да они трошкови који нису наведени у оснивачком акту, односно статуту не могу да буду накнађени од стране привредног друштва преко правила о прихватању уговора у име будућег друштва.⁹⁶

Изван наведеног правила које треба да спречи злоупотребе, сва друга правила о уговорима у име будућег друштва остају применљива и на случај када се обавезе из тог уговора квалификују као трошкови оснивања. Према томе, ако је неки издатак обухваћен трошковима оснивања у оснивачком акту, односно статуту, привредно друштво не само да има обавезу његове накнаде лицу које је иступило у име друштва приликом закључења уговора са трећим (по основу правила о трош-

94 Закон о привредним друштвима, чл. 16 ст. 1, чл. 267 ст. 1; U. Hüffer, *нав. коменџар*, стр. 126; A. Pentz у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 583; J. H. Gross, *нав. чланак*, стр. 534 и 535; J. Barbić, *Pravo društava – Knjiga druga: Društva kapitala*, стр. 106; упор.: З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 20.

95 A. Kraft у: W. Zöllner, *нав. коменџар*, стр. 339; U. Hüffer, *нав. коменџар*, стр. 126; J. H. Gross, *нав. чланак*, стр. 535; J. Barbić, *Pravo društava – Knjiga druga: Društva kapitala*, стр. 106.

96 U. Hüffer, *нав. коменџар*, стр. 197; упор.: A. Pentz у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. коменџар*, стр. 586 и 897.

ковима оснивања), него би могло и да прихвати такав уговор и да стекне непосредну уговорну обавезу према трећем (по основу правила о уговорима у име будућег друштва).⁹⁷

С обзиром на то да су у Србији важећим Законом о привредним друштвима регулисани само трошкови оснивања, али не и уговори у име будућег друштва, у компанијскоправном смислу тренутно није актуелан проблем њиховог разграничења. Ипак, таква ситуација је само привремена, а биће промењена чим се српско право усклади са комунитарним правом и светским трендовима у овој области. Насупрот важећем закону, претходни српски закон је додуше уређивао и трошкове оснивања и уговоре у име будућег друштва, али је то чинио непрецизно и непотпуно, не уочавајући суштину проблема. Према том закону, неодговарајућа дефиниција уговора у име будућег друштва (као уговора у вези са оснивањем) је у великој мери замаглила разлику у односу на трошкове оснивања, при чему није постојала изричита забрана изигравања правила о трошковима оснивања преко правила о овим уговорима. Из таквог поступања српског законодавца се уочава неразумевање сврхе посебног правног уређења ове материје, што је представљало додатан мотив за њено продубљено изучавање.

VI Закључак

Изложена детаљна анализа појма уговора у име будућег друштва је показала да су њиме обухваћени разнородни случајеви, на које према општем облигационом праву не би могао да се примени јединствен правни режим. Управо из тог разлога, али и због потребе заштите трећих лица, са којима се ови уговори закључују, као и самог привредног друштва, након његовог оснивања, у упоредном праву су уговори у име будућег друштва подвргнути посебним компанијскоправним правилима. Међутим, та правила углавном не дефинишу ближе карактеристике тих уговора, које би омогућиле прецизно утврђивање њиховог домена примене. Отуда је препуштено правној теорији да разграничи ситуације у којима постоји уговор у име будућег друштва као предмет посебне компанијскоправне регулативе, од ситуација у којима не треба

97 Опште је правило да привредно друштво има обавезу да накнади трошкове оснивања лицу које је стекло или извршило обавезу према трећем за рачун друштва, што ће у случају уговора у име будућег друштва бити лице које је иступило у његово име. За разлику од тога, код уговора у име будућег друштва ако привредно друштво прихвати уговор оно постаје уговорна страна према трећем лицу, те уместо плаћања лицу које је иступило у име друштва, непосредно преузима уговорне обавезе према трећем. Упор. схватање правне теорије у време важења ранијег Закона о предузећима из 1996. године: З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 19 и 20.

сматрати да постоји такав уговор, већ се треба ослонити на општа правила облигационог, односно трговинског права.

Имајући у виду да српски Закон о привредним друштвима не уређује овај значајан правни проблем, као и да је у том погледу претходни закон садржао нејасну, непотпуну и неадекватну регулативу, истраживање у оквиру овог рада настоји да допринесе правилном разумевању проблематике уговора у име будућег друштва, које би подстакло њихово одговарајуће уређење *de lege ferenda*. У том смислу се предлаже да у српском праву појам уговора у име будућег друштва обухвати уговоре које закључи било које лице укључено у оснивање привредног друштва, у име тог друштва, у било ком тренутку пре оснивања (регистрације) друштва, под условом да је у моменту закључења уговора лице које иступа у име друштва имало намеру оснивања тог привредног друштва. Коначно, због делимичног преклапања појмова трошкова оснивања и обавеза из уговора у име будућег друштва, закључује се да је неопходно законом забранити изигравање правила о трошковима оснивања преко правила која уређују ову врсту уговора.

Mirjana RADOVIĆ, PhD, M.A., LL.M. (Humboldt)

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

DEFINING PRE-INCORPORATION CONTRACTS

Summary

In this paper the author analyses essential characteristics of pre-incorporation contracts. These contracts are purported to be made by or on behalf of the company before its incorporation. The first, introductory part of the paper contains reasons for and significance of concluding pre-incorporation contracts, as well as a survey of terminology employed for identifying these contracts. Thereafter, the author analyses the definitions of pre-incorporation contracts in comparative company law, with special emphasis on the law of the European Union, United Kingdom, Germany, France and the U.S. Unlike these developed legal systems, the Serbian law completely neglects the problem of pre-incorporation contracts, since the current Companies and Partnerships Act 2011 fails to regulate this issue, whereas the former act dealt with it inadequately and incompletely. The main part of the paper researches in detail the main characteristics of these contracts, with regard to persons who conclude the contract, period, form and manner in which the contract is concluded, awareness of the

parties that the company is not incorporated, subsequent incorporation of the company and the beginning of legal effects of the contract. Such analysis enables a clear differentiation between the sphere of application of specific company law rules, on the one hand, and general rules of commercial and contract law, on the other, during the period before incorporation of a company. Finally, the last part of the paper explains the similarities and differences between pre-incorporation contracts and incorporation expenses, in order to determine the interaction of their two legal regimes.

Key words: *pre-incorporation contracts, promoters' contracts, company law, company in formation, defective incorporation, incorporation expenses.*

**Јована ВЕЛИЧКОВИЋ, мастер
а.о.д. Јанковић, Поповић, Митић**

НАЧИН УТВРЂИВАЊА И ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕИЗВРШЕЊА ОБАВЕЗЕ ДОДАТНЕ УПЛАТЕ

Резиме

Чланак се бави анализом правној основа и правних последица неизвршења обавезе додатне уplate члана друштва с ораниченом одговорношћу. Законом о привредним друштвима у члану 178 је предвиђено да оснивачким актом или одлуком скупштинине друштва може се утврдити обавеза чланова друштва да поред уplate уписаној основној капиталу изврше додатне уplate друштву. У односу на институт додатних уplate закон регулише три групе питања: начин утврђивања обавезе, последице неизвршења обавезе и враћање додатних уplate. У овом раду предмет анализе јесте настајанак обавезе додатне уplate и правне последице неизвршења обавезе. Закон каже да обавеза додатне уplate може бити утврђена било оснивачким актом или одлуком скупштинине друштва, док у односу на правне последице неизвршења обавезе додатне уplate садржи исти принцип да за обавезу додатне уplate члан друштва одговара на начин на који одговара за уplate уписаној основној капиталу.

Кључне речи: *друштво с ораниченом одговорношћу, обавеза додатне уplate, оснивачки акт, одлука скупштинине друштва, искључење члана друштва, накнада штете.*

I Увод

Додатне уплате као особен институт друштава с ограниченом одговорношћу у ширем значењу представљају један од законом предвиђених начина финансирања друштва од стране његових чланова. Поред додатних уплата, чланови друштва с ограниченом одговорношћу друштво могу финансирати на основу одлуке о повећању основног капитала друштва новим улозима и закључивањем уговора о зајму са друштвом.¹ У ужем значењу додатне уплате представљају оснивачким актом или одлуком скупштине установљену обавезу члана друштва с ограниченом одговорношћу да поред уплате уписаног основног капитала изврши додатну уплату новчаног износа друштву којом се не повећава основни капитал друштва.

Оба изложена одређења (дефиниције) додатних уплата од значаја су за потпуно разумевање предметног института. Уже значење додатних уплата од значаја је за разумевање појма и правне природе, са чиме условно повезаним, тумачење законског уређења института. Шире значење додатних уплата узрокује настанак питања по чему се додатне уплате разликују или по чему су сличне од осталих начина финансирања друштва од стране његових чланова, односно који начин финансирања друштва је најпогоднији било са тачке гледишта самог друштва или његових чланова.

У нашем праву додатне уплате први пут су биле регулисане Законом о предузећима из 1996. године² (наведено имајући у виду да Трго-

1 Додатне уплате представљају особен институт друштава са ограниченом одговорношћу из разлога јер Закон о привредним друштвима овај начин финансирања друштва од стране његових чланова познаје само код друштава с ограниченом одговорношћу, али не и код акционарских друштава. Код акционарских друштава закон познаје само друга два начина финансирања од стране чланова (акционара) – повећање капитала новим улозима и давањем зајма друштву. Види: Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр 36/2011 и 99/2011; даље у фуснотама ЗПД), чл. 276 и 295.

Код друштава капитала изворе финансирања делимо на унутрашње и спољашње. Унутрашњи извори финансирања су економске вредности створене у самом друштву током његовог пословања. Пример за наведено је повећање капитала друштва из нераспоређене добити или резерви друштва. Сви остали начини финансирања друштва потичу од спољашњих извора финансирања, без обзира да ли од стране лица унутар друштва или трећих лица. У складу са наведеним додатне уплате представљају спољашњи извор финансирања друштва с ограниченом одговорношћу. Види: Andreas Kahn, David C. Donald, *Comparative Company Law – Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2010, стр. 188–189.

2 Закон о предузећима садржао је три одредбе којима су биле регулисане *дојунске* уплате (примећује се терминолошка разлика, Закон о предузећима уређивао је до-

вачки закон из 1937. године који је такође садржао одредбе о „накнадним доплатама“, никада није ступио на снагу“),³ Закон о привредним друштвима из 2004. године није регулисао предметни институт,⁴ док важећи Закон о привредним друштвима може се рећи садржи детаљну регулативу ове материје, али су и даље остала отворена питања везана за овај институт.

пунске уплате, док према важећем закону институт носи назив *dogajine* уплате). Закон о предузећима допунске уплате регулисао је у оквиру дела закона којима су уређивани правни односи између друштва с ограниченом одговорношћу и његових чланова. У овом делу закон је регулисао уношење улога и стицање удела, споредне чинидбе и допунске уплате. У односу на допунске уплате закон је регулисао три питања: 1) основ, 2) доцњу при допунској уплати и 3) враћање допунских уплата. Види: Закон о предузећима, (*Службени лист СРЈ*), бр. 29 од 26. VI 1996, 33 од 19. VII 1996, 29 од 27. VI 1997, 59 од 4. XII 1998, 74 од 25. XII 1999, 9 од 2. III 2001, 36 од 3. VII 2002), чл. 346–348. Види: Стеван Шогоров, „Допунске уплате чланова друштва с ограниченом одговорношћу“, *Правни живоић*, бр. 11/2001, стр. 47–60.

3 Стеван Шогоров, „Реафирмација додатних (допунских) уплата у праву привредних друштава“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2012, стр. 17–18. Види: *Трговачки закон за Краљевину Југославију*, Издавачко предузеће Геца Кон, Београд, 1937, чл. 437–439.

4 Обзиром да Закон о привредним друштвима из 2004. године није садржао одредбе о додатним (допунским) уплатама, у време важења овог закона постављало се питање да ли су додатне (допунске) уплате дозвољене. Тим поводом Министарство привреде РС дана 17.03.2005. године дало је мишљење бр. 11-0050/05-02 у коме је наведено да додатне (допунске) уплате нису забрањене. Као основ за изнето мишљење Министарство се позвало на члан 105 тада важећег Закона о привредним друштвима којим је установљено начело слободе уговарања приликом уређивања међусобних односа чланова и друштва с ограниченом одговорношћу. Такође закон је у члану 132 садржао опште одредбе о плаћањима члановима друштва, а што је од значаја за питање враћања допунских уплата. Види: *Привредни саветник, часопис за рачуноводство и пословне финансије*, Београд, 2009, бр. 8, стр. 138.

Закон о привредним друштвима из 2004. године није садржао одредбе о додатним (допунским) уплатама, међутим, садржао је одредбе о *dogajinim* улозима. У време важења овог закона било је доста полемике у научној и стручној јавности шта заправо представља овај институт, односно да ли је закон садржао терминолошку грешку, те је заправо имао намеру да регулише институт додатних (допунских) уплата. На крају се ипак заузело становиште да су питању улози чланова друштва којима се повећава основни капитал. Види: Закон о привредним друштвима (*Службени лист РС*, бр 125/2004), чл. 111. Стеван Шогоров, „Допунске уплате или додатни улози чланова друштва са ограниченом одговорношћу“, *Правни живоић*, бр. 11/2006, стр. 6.

У прилог чињеници да законодавцу није била баш најјаснија природа института додатних улога говори и одредба члана 590 важећег Закона о привредним друштвима у којој стоји да ако оснивачким актом није другачије одређено, додатни улози у постојећим друштвима уговорени или *уилаћени до дана стицања на снагу овог закона смањрају се зајмом* и на те улоге примењиваће се одредбе овог закона које уређују зајам друштву. Поставља се питање ако је у друштву унет додатни улог на основу кога је повећан основни капитал друштва како исти улог може да се сматра зајмом друштву. Види: ЗПД, чл. 590.

Закон о привредним друштвима садржи три члана којима се уређује институт додатних уплата и то у погледу следећих питања: 1) начин утврђивања обавезе додатне уплате, 2) последице неизвршења обавезе додатне уплате и 3) враћање додатних уплата.⁵ Поред наведених постоје и друге одредбе закона којима се директно или индиректно уређује материја додатних уплата,⁶ о којима ће у наставку рада бити речи.

Додатне уплате као правни институт могу се анализирати са неколико аспеката, прво са аспекта статусног закона (Закон о привредним друштвима), друго са аспекта пореског и рачуноводственог третмана и у пракси веома значајног аспекта, а то је случај када се као члан друштва који има обавезу додатне уплате јавља нерезидент, односно страно физичко или правно лице.⁷

У овом раду институт додатних уплата анализираће се са аспекта статусног закона, на начин да ће се прво приступити дефинисању правних односа који по основу додатних уплата настају између друштва и члана. По одређењу наведених правних односа предмет анализе овог рада биће коначно дефинисан.

II Правни односи између друштва и члана по основу додатних уплата

По основу додатних уплата између чланова друштва и самог друштва увек настаје један правни однос, а условно два правна односа.

Први правни однос настаје у тренутку када се садржински одређена обавеза додатне уплате утврди оснивачким актом или одлуком скупштине друштва, а који правни однос се гаси (у односу на сваког појединог члана), када члан друштва испуни своју обавезу у свему како гласи. Други правни однос настаје у тренутку када друштво донесе одлуку да уплаћене новчане износе по основу додатних уплата врати својим члановима, а који правни однос се такође гаси када друштво своју обавезу према члановима испуни.⁸

5 ЗПД, чл. 178, 179 и 180.

6 ЗПД, чл. 48, 49, 142, 156, 175, 182, 194, 195, 200 ст. 1 тач. 13, 211, 275, 319.

7 О последња два аспекта видети у: *Привредни савешњик, часопис за рачуноводство и његове финансије*, Београд, 2012, бр. 18, стр. 143-142.

8 Наведена два правна односа у основи међусобно су независна. Једина повезаност ова два правна односа између друштва и чланова, како су напред дефинисани, изражава се у чињеници да уколико не настане први правни однос, самим тим не може настати ни други правни однос. Независност дефинисана два правна односа између друштва и чланова по основу додатних уплата се огледа у чињеници да

Правни односи између друштва и члана по основу додатних уплата, по својој правној природи у основи јесу облигационо-правни односи, који у зависности од датих околности могу произвести одређена статусна правна дејства. Због наведеног тачније одређење природе правног односа између друштва и члана по основу додатних уплата јесте да су ти правни односи мешовите природе јер подразумевају кумулативну примену компанијског и облигационог права.

Извор облигације, како у погледу обавезе члана на уплату новчаног износа друштву, тако и у погледу обавезе друштва на враћање додатних уплата, посматрано у односу на члан 1 Закона о облигационим односима јесте *законом ујиврђена чињеница*.⁹ Чињенице које закон предвиђа као изворе облигације (обавезе) додатне уплате јесу оснивачки акт и одлука скупштине друштва. Код обавезе члана на додатну уплату извор облигације по самом закону је оснивачки акт или одлука скупштине друштва, док у односу на обавезу враћања додатне уплате извор облигације може бити само одлука скупштине друштва.¹⁰

Разлог због кога се указује да су обавезе и права по основу додатних уплата облигационо-правне природе јесте потреба да истражи домен примене неких општих правила облигационог права на институт додатних уплата.

У овом раду предмет анализе биће облигационо-правни однос у коме се по основу института додатних уплата друштво налази на страни повериоца, а члан друштва на страни дужника. У том погледу потребно је размотрити три питања: 1) утврђивање, односно настанак обавезе додатне уплате, 2) питања везана за испуњење обавезе (примена општих правила облигационог права на обавезу додатне уплате) и 3) последице неизвршења обавезе додатне уплате. У овом раду биће речи о два питања – настанак и последице неизвршења обавезе додатне уплате.

појединости везане за садржину првог правног односа не морају бити од утицаја на настанак и садржину другог правног односа, па чак ни у погледу висине обавезе.

Оба правна односа која настају између члана и друштва по основу додатних уплата имају све особине облигационо-правног односа: 1) имовинско правна веза, 2) правна веза између две тачно одређене стране (једна страна има потраживање друга страна има обавезу, стим да су улоге повериоца и дужника у дефинисана два правна односа инверзне), 3) правна веза са тачно одређеном садржином и 4) правна веза релативне природе. Види: Оливер Антић, *Облигационо право*, 3. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 52–64.

9 Чланом 1 Закона о облигационим односима регулисани су извори облигација, а то су: уговор, проузроковање штете, стицање без основа, пословодство без налога, једнострана изјава воље и друге законом утврђене чињенице. 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, 35/99 и 44/99).

10 Види: ЗПД, чл. 180, 147, 200 ст. 1 тач. 5, 314.

III Настанак обавезе додатне уплате

Настанак обавезе додатне уплате односи се на услове које закон предвиђа за настанак ове обавезе члана друштва. У основи наше право предвиђа само један такав услов, а то је постојање правног основа у виду одређеног акта друштва којим се утврђује обавеза додатне уплате члана друштва.¹¹ Услов који није предвиђен Законом о привредним друштвима али који се за настанак обавезе захтева према општим правилима облигационог права, јесте да је обавеза додатне уплате дефинисана по својој садржини (висина износа, начин отплате, доспеће).

Закон о привредним друштвимау члан у 178 предвиђа да обавеза чланова друштва да поред уплате уписаног основног капитала изврше додатне уплате друштву може се утврдити 1) оснивачким актом или 2) одлуком скупштине друштва.¹²

Дилема која се јавља код законског уређења правног основа додатних уплата у нашем праву јесте да ли обавеза додатне уплате мора бити предвиђена оснивачким актом (при оснивању друштва или каснијом изменом) или је дозвољено да таква обавеза буде утврђена само одлуком скупштине друштва. Заправо дилема се односи на питање да ли уколико оснивачким актом друштва није утврђена обавеза додатне уплате таква обавеза касније може бити утврђена одлуком скупштине друштва, односно да ли би таква одлука скупштине била пуноважна.

11 У нашој литератури постоје мишљење по коме постоји већи број услова који су неопходни да се остваре како би друштво од својих чланова могло захтевати додатне уплате: 1) да су додатне уплате предвиђене уговором о оснивању или општом одлуком друштва, 2) да је донета пуноважна појединачна одлука скупштине друштва, 3) да је захтев за додатну уплату јасно одређен по висини и року и 4) да је захтев постављен члановима друштва. Набројане услове аутор означава као правне претпоставке захтева друштва за додатне уплате. Међутим, имајући у виду значење појма правних претпоставки у општој теорији права, наведено не могу бити правне претпоставке захтева друштва, већ услови као чињенице које треба да се остваре како би обавеза додатне уплате настала, односно да би друштво могло поставити свом члану захтев за додатну уплату. Види: Стеван Шогоров, „Правне претпоставке захтева друштва за додатну (допунску) уплату“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2011, стр. 8.

12 Садашње уређење начина утврђивања обавезе додатне уплате разликује се од уређења овог питања према Закону о предузећима. Законом о предузећима у чл. 346 је било предвиђено да скупштина друштва доноси одлуку о обавези додатне уплате уколико је то предвиђено оснивачким актом. На основу тада важећег закона проистиче да су за настанак обавезе додатне уплате била неопходна два правна акта – оснивачки акт као општи основ и одлука скупштине као појединачни акт друштва којим се дефинише садржина обавезе.

Немачко право такође предвиђа да обавеза додатне уплате мора бити садржана у оснивачком акту. Види: Walter Bayer, Peter Hommelhoff, Detlef Kleindiek, Marcus Luter, *GmbH-Gesetz: Kommentar*, Köln: O. Schmidt, 2012, стр. 721.

Узрок дилеме јесте став 4 поменутог члана закона у коме стоји да одлука скупштине којом се утврђује обавеза додатне уплате доноси се једногласно, осим ако је *оснивачким актом* за доношење те одлуке предвиђена друга већина. Поставља се питање због чега је закон већину за одлучивање, односно доношење одлуке скупштине друштва којом се утврђује обавеза додатне уплате условно везао за оснивачки акт, уколико у наведеном члану о одлуци скупштине друштва говори као самосталном правном акту (правном основу) којим може бити утврђена обавеза додатне уплате. Исти случај је и са ставом 7 поменутог члана закона где је наведено да уколико је оснивачким актом или одлуком скупштине одређен максималан износ обавезе додатне уплате, одлуку о тачном износу обавезе доноси скупштина друштва обичном већином гласова, уколико *оснивачким актом* није предвиђена друга већина.

Са друге стране такође се може поставити питање да ли оснивачки акт може бити довољан правни основ којим се утврђује обавеза додатне уплате, или је потребно доношење и одлуке скупштине друштва као појединачног акта којом ће се обавеза додатне уплате дефинисати по својој садржини.

Такође, дилема постоји око питања да ли је неопходно да обавеза додатне уплате буде утврђена на општем нивоу у смислу да се прво одреди да друштво има право да такву обавезу утврдити за своје чланове, било да се то чини оснивачким актом или одлуком скупштине, а да се тек потом може се утврдити конкретна обавеза чланова на додатну уплату, или пак наведени претходни правни корак није потребан (једностепено или двостепено утврђивање обавезе додатне уплате). Узрок ове дилеме јесте члан 211 Закона о привредним друштвима у коме стоји да скупштина једногласно одлучује о обавези додатне уплате. Питање јесте да ли постоји разлика између акта друштва којим се *утврђује обавеза* додатне уплате и одлуке скупштине којом се *одлучује о обавези* додатне уплате.

Уколико се тумачи целина члана 178 закона, односно да закон увек када наводи правни основ обавезе додатне уплате каже „оснивачким актом или одлуком скупштине“, а став 4 и 7 у смислу да уколико оснивачким актом о додатним уплатама није било речи, одлука скупштине којом се утврђује обавеза чланова друштва мора бити донета једногласно, односно одлука скупштине којом се одређује тачан износ обавезе обичном већином свих гласова, може се рећи да наш закон нема ограничења у погледу правног основа којим се утврђује обавеза додатне уплате. Дозвољено је да обавеза додатне уплате буде утврђена само оснивачким актом или одлуком скупштине, те да уколико је по својој садржини одређена настане на основу ових аката друштва. Међутим, прав-

но најлогичније јесте да обавеза додатне уплате буде прво предвиђена оснивачким актом на општем нивоу, а да потом по својој садржини буде дефинисана појединачним актом друштва – одлуком скупштине. Дилема око питања да ли је обавезу додатне уплате неопходно прво предвидети на општем нивоу, а потом конкретном одлуке скупштине, оправдана је уколико се прихвати став да постоји разлика између акта друштва којом се утврђује обавеза додатне уплате и одлуке скупштине којом се одлучује о самој обавези. Чини се да разлика између аката друштва којима се утврђује обавеза додатне уплате не постоји. Када би постојала разлика између одлуке скупштине којом се утврђује обавеза додатне уплате за чије се доношење на основу члана 178 став 4 може предвидети на пример 2/3 већина гласова и одлуке којом се одлучује о садржини обавезе додатне уплате за чије је доношење увек потребна једногласност,¹³ наведено би могло довести до ситуације да је обавеза додатне уплате утврђена 2/3 већином чланова, која обавезује само чланове који су за доношење такве одлуке гласали, док би за доношење одлуке којом се дефинише садржина саме обавезе била потребна сагласност свих чланова, чак и оних на које се обавеза додатне уплате не односи.

Закон предвиђа само једну ситуацију када је обавезно двостепено утврђивање обавезе додатне уплате, односно када је за настанак обавезе неопходна одлука скупштине друштва. Када је оснивачким актом или одлуком скупштине друштва предвиђен максимални износ обавезе, скупштина друштва доноси одлуку о тачном износу додатних уплата обичном већином гласова свих чланова, осим уколико оснивачким актом није другачије одређено.¹⁴

У нашој литератури присутан је став да би једино била ништава одлука скупштине којом се утврђује обавеза додатне уплате уколико не постоји општи правни основ, односно предвиђање ове обавезе у оснивачком акту или „општој“ одлуци друштва. Са друге стране општи правни основ – оснивачки акт или „општа“ одлука друштва могу бити довољни за настанак обавезе уколико је њима обавеза одређена по садржини.¹⁵

Све дилеме које се односе на питање подобног правног основа за настанак обавезе додатне уплате узроковане су постојањем начела једнаког третмана чланова друштва, односно правилом да члану друштва не могу бити повећане обавезе у друштву без његове сагласности.¹⁶

13 ЗПД, чл. 178 ст. 5, 211 ст. 3.

14 ЗПД, чл. 178 ст. 7.

15 С. Шогоров, „Правне претпоставке захтева друштва за додатну (допунску) уплату“, стр. 12–13.

16 Начело једнаког третмана чланова друштва код нас није изричито регулисано законом, али је у пракси прихваћено. Ово начело садржи Кодекс корпоративног

Уколико је обавеза додатне уплате предвиђена оснивачким актом, начело једнаког третмана чланова је испоштовано јер обавеза терети све чланове друштва. У случају да обавеза додатне уплате није била иницијално предвиђена оснивачким актом, а да чланови друштва касније у том делу желе да измене оснивачки акт и да утврде обавезу додатне уплате, наш закон изричито предвиђа да таква измена оснивачког акта представља измену којом се умањују права неког члана, те може бити донета само уз његову сагласност.¹⁷

У односу на одлуку скупштине друштва којом се утврђује обавеза додатне уплате закон такође као правило предвиђа једногласност, уз могућност да оснивачким актом буде предвиђена другачија већина за доношење одлуке. У последњем случају када се одлука којом се утврђује обавеза додатне уплате доноси другачијом већином, донета одлука обавезује само чланове друштва који су за њу гласали.¹⁸

Дакле, у свим случајевима примењује се правило да обавеза додатне уплате настаје искључиво уз пристанак члана друштва, без обзира да ли се обавеза утврђује оснивачким актом или одлуком скупштине друштва. У том погледу све дилеме које постоје у вези са правним основом подобним за настанак обавезе додатне уплате нису пре свега од практичног значаја јер уколико се у свим случајевима захтева сагласност члана за настанак обавезе онда не постоји могућност да му се таква обавеза наметне мимо воље, односно вољом већине других чланова друштва.

У складу са претходно наведеним важно је нагласити да није основни принцип нашег права да обавеза додатне уплате настаје на основу једногласног одлучивања, већ да обавеза додатне уплате не може настати за сваког појединог члана без његове сагласности.

Једини изузетак од овог правила могао би постојати у поменутом случају да је оснивачким актом или одлуком скупштине предвиђен максимални износ обавезе, када се потом тачан износ обавезе утврђује одлуком скупштине већином гласова свих чланова. У овом случају већина за доношење одлуке о утврђивању обавезе може се разликовати од већине потребне за доношење одлуке о тачном износу обавезе. Међутим, како је члан друштва пристао на обавезу додатне уплате у било ком износу до максимално одређеног свакако да је аутономија воље члана друштва присутна и у овом случају. Права која захтевају да обавеза додатне упла-

управљања Привредне коморе Србије из 2012. године. Види: Кодекс корпоративног управљања (*Службени гласник РС*, бр. 99/2012), Део I, Глава I, Принципи и препоруке за сва друштва капитала, Принцип 1.

17 ЗПД, чл. 142.

18 ЗПД, чл. 178 ст. 5.

те буде предвиђена оснивачким актом, то правило садрже управо из разлога јер се за доношење одлуке скупштине друштва с ограниченом одговорношћу не захтева сагласност свих чланова друштва, а не постоје посебне одредбе за доношење одлуке о додатним уплатама. Уколико би код оваквог уређења било могуће обавезу додатне уплате утврдити само одлуком скупштине друштва то би несумњиво могло довести до повреде начела једнаког третмана чланова друштва.

Поред одређивања већине гласова потребне за настанак обавезе додатне уплате, начело једнаког третмана чланова, имајући у виду да је у питању искључиво новчана обавеза, штити се и кроз одредбе закона којима се уређује висина обавезе додатне уплате, сразмера висине обавезе међу члановима друштва и правилом да обавеза додатне уплате терети све чланове друштва.

У погледу висине обавезе наш закон не садржи одредбу којом се ограничава право друштва при утврђивању висине обавезе додатне уплате. Везано за ово питање закон садржи само одредбу да оснивачким актом или одлуком друштва може бити предвиђен максимални износ обавезе, након чега се тачан износ обавезе утврђује одлуком скупштине друштва. Питање висине обавезе додатне уплате, како за члана друштва тако и за само друштво постаје значајно у случају када је висина обавезе већа од вредности самог удела, нарочито у случају када члан друштва не испуни своју обавезу.

Немачко право познаје разлику између ограничене и неограничене обавезе додатне уплате, а на члановима друштва је слобода одлучивања коју ће могућност изабрати. Обзиром да се у немачком праву обавеза за додатне уплате мора предвидети оснивачким актом, наведено подразумева да је оснивачким актом наведен тачан или максималан износ обавезе или да таква ограничења не постоје. Разлика између ограничене и неограничене обавезе додатне уплате у немачком праву изражава се у виду различитог режима правних последица које могу наступити у случају неизвршења обавезе, а о чему ће у наставку рада бити речи.¹⁹

Осим висине обавезе додатне уплате за сваког појединог члана друштва веома је важна висина обавезе појединог члана посматрано у односу на висину обавезе других чланова. Наше право садржи претпоставку да се обавеза додатне уплате утврђује сразмерно уделима чланова друштва,²⁰ али је законска претпоставка оборива, те оснивачким актом или одлуком скупштине друштва може се утврдити другачија сразмера. Утврђивање висине додатних уплата за сваког појединог члана сраз-

19 W. Bayer, P. Hommelhoff, D. Kleindiek, M. Luter, *нав. дело*, стр. 726–731.

20 ЗПД, чл. 178 ст. 1.

мерно његовом уделу у друштву подразумева да када се саберу уплате свих чланова, процентуално учешће, односно обавеза појединог члана једнака је проценту удела који тај члан има у друштву. У том смислу доследна примена правила о утврђивању висине обавезе додатне уплате за сваког члана сразмерно његовом уделу у друштву у крајњем исходу може узроковати да висине обавеза додатне уплате чланова друштва не буду једнаке, док би са друге стране једнак износ обавезе чланова био супротан овом правилу.

Обзиром на правило у нашем праву да нема обавезе додатне уплате без сагласности члана друштва, одређење висине обавезе додатне уплате зависи од аутономије воље сваког члана друштва, односно сам члан друштва одлучује да ли гласати за одлуку којом се утврђује обавеза додатне уплате или не.

Коначно у погледу питања да ли се обавеза додатне уплате мора односити на све чланове друштва или неки чланови друштва могу бити ослобођени те обавезе, наше право садржи одредбу да уколико се обавеза додатне уплате утврђује одлуком скупштине друштва, таква одлука се доноси једногласно, осим уколико другачија већина није предвиђена оснивачким актом. Уколико је другачија већина за доношење одлуке којом се утврђује обавеза додатне уплате предвиђена оснивачким актом, одлука скупштине друштва обавезује само чланове друштва који су за њу гласали,²¹ на основу чега проистиче да је дозвољено да обавеза додатне уплате терети само поједине чланове друштва. Међутим, уколико чланови друштва нису искористили законску могућност, односно нису предвидели да је доношење одлуке о обавези додатне уплате потребна другачија већина, а не једногласност, обавеза додатне уплате мора теретити све чланове друштва без обзира да ли је основ обавезе оснивачки акт или одлука скупштине.

IV Последице неизвршења обавезе додатне уплате

Основно начело нашег права у погледу правних последица неизвршења обавезе додатне уплате јесте да члан друштва одговара друштву за неизвршење обавезе додатне уплате на начин који одговара за уплату уписаног основног капитала.²²

У том смислу закон предвиђа две правне последице у случају неизвршења обавезе додатне уплате: 1) искључење члана и 2) накнада штете. Обзиром да је обавеза додатне уплате увек новчана обавеза, у

21 ЗПД, чл. 178 ст. 5.

22 ЗПД, чл. 179 ст. 1.

случају доцње са уплатом, друштво би имало и право на затезну камату, иако то право друштва није изричито предвиђено статусним законом, али проистиче на основу општих правила облигационог права.²³

Битна карактеристика правних последица неизвршења обавезе додатне уплате јесте да оне не наступају по самом закону, већ од одлуке друштва зависи да ли ће предвиђене правне последице наступити.

У оквиру питања која се односе на правне последице одговорности члана друштва због неизвршења обавезе додатне уплате веома важно правило јесте да у случају преноса удела постоји солидарна одговорност преносиоца и стицаоца удела за обавезу додатне уплате која је настала до дана преноса удела, односно дана регистрације преноса удела.²⁴

На основу одредби закона једини услов за солидарну одговорност преносиоца и стицаоца удела за обавезу додатне уплате јесте да је садржински одређена обавеза додатне уплате постојала на дан преноса удела, односно на дан регистрације преноса удела. Одговорност преносиоца удела је временски ограничена на период од три године од дана регистрације преноса удела. У овом делу постоји разлика одговорности преносиоца удела за обавезу додатне уплате у односу на обавезу уплате/уношења улога, јер одговорност преносиоца за ову другу обавезу није временски ограничена, те право друштва да захтева исплату од преносиоца удела подлеже општем року застарелости потраживања.²⁵ Солидарна одговорност преносиоца постоји и у случају када стицалац буде искључен из друштва одлуком скупштине без права на накнаду удела.²⁶

Сва права према преносиоцу удела друштво остварује у судском поступку, а тужбу осим друштва могу поднети и чланови друштва који поседују или представљају 5% основног капитала друштва. Због захтеваног процента капитал учешћа могло би се учинити да је у питању деривативна тужба али није. Подношење деривативне тужбе је могуће само у случају повреде посебних дужности према привредном друштву када се испуне законом предвиђени услови. Једини случај када закон још дозвољава подношење деривативне тужбе јесте у случају повреде правила о ограничењима плаћања код акционарских друштава, када је омогућено да захтев остварују акционари друштва који испуњавају услове из чл. 79 закона у коме су дефинисани услови за подношење де-

23 Закон о облигационим односима, чл. 277 ст. 1.

24 Солидарна одговорност између преносиоца и стицаоца удела за обавезу додатне уплате предвиђена је у неколико чланова закона. Види: ЗПД, чл. 49, 175 ст. 2, 179.

25 ЗПД, чл. 179 ст. 1.

26 ЗПД, чл. 195 ст. 6.

ривативне тужбе.²⁷ Како у овом члану нема упућивања на услове за деривативну тужбу, у питању је индивидуална тужба члана друштва за коју се захтева поседовање одређеног процента капитал учешћа.

У немачком праву за обавезу уплате улога не одговара само преносилац, већ и сваки други правни претходник члана друштва који није испунио обавезу уплате улога. Ово правило у одређеним околностима примењује се и на одговорност за обавезу додатне уплате.²⁸

Имајући у виду да је законом предвиђена солидарна одговорност преносиоца и стицаоца удела за обавезу додатне уплате, друштво по свом избору може да се за испуњење обавезе обрати било преносиоцу било стицаоцу удела. У случају да преносилац испуни обавезу стицаоца удела, обавеза према друштву се гаси, док би он према општим правилима облигационог права од стицаоца удела имао право регреса у сразмери вероватно утврђеној уговором о купопродаји или преносу удела, обзиром да обавеза преносиоца мора постојати у тренутку преноса удела.

Такође важно питање везано за правне последице неизвршења обавезе додатне уплате јесте да ли износ обавезе друштво може да потражује у судском поступку. Обзиром да закон даје значајна статусна права друштву за случај неизвршења обавезе додатне уплате у виду права на искључење члана, а по ком основу стиче удео члана као сопствени удео, са којим касније може располагати,²⁹ поставља се питање целисходности таквог судског поступка. Након искључења члана имајући у виду да члан друштва и даље остаје у обавези да уплати износ додатне уплате, своје право друштво би могло остварити у парничном поступку, те на основу пресуде захтевати извршење на преосталој имовини члана друштва.

1. Искључење члана

Искључење члана друштва представља правну последицу која као таква може наступити у свим случајевима неизвршења обавезе додатне уплате, међутим у погледу законом предвиђене процедуре за искључење члана друштва због неизвршења обавезе додатне уплате, наш закон познаје разлику између члана друштва који није извршио обавезу додатне уплате, а у целости је уплатио/унео улог у друштво и члана који то

27 Види: ЗПД, чл. 275. Ова могућност не постоји код друштава с ограниченом одговорношћу, обзиром да је примена члана 275 у ставу 5 и 6 искључена у односу на ту форму привредног друштва. Види: ЗПД, чл. 184 ст. 1.

28 W. Bayer, P. Hommelhoff, D. Kleindiek, M. Luter, *нав. дело*, стр. 702.

29 Види: ЗПД, чл. 195 ст. 3, 159.

није учинио, односно није у целости уплатио/унео свој улог у друштва, а није извршио ни обавезу додатне уплате.

а) Искључење члана друштва који је у целости уплатио/унео улог

У околностима када је члан друштва у целости унео/уплатио свој улог закон том члану друштва даје могућност да се ослободи обавезе додатне уплате уколико у року од 30 дана од дана доспелости обавезе овласти друштво да прода његов удео у поступку јавног надметања. У зависности од исхода продаје, уколико друштво оствари цену која је нижа од износа обавезе додатне уплате, члан друштва остаје у обавези да друштву доплати разлику и у супротном уколико друштво оствари цену која је виша од износа обавезе, друштво је дужно да ту разлику врати свом члану.³⁰

Међутим, уколико члан друштва не овласти друштво на горе описани начин да изврши продају његовог удела или уколико удео не буде продат у законом одређеном року из разлога за које друштво не одговара скупштина друштва може донети одлуку о искључењу тог члана из друштва без права на накнаду вредности удела.

На основу члана 179 став 5 Закона о привредним друштвима, услови који су потребни да се испуне за искључење члана друштва који је у целости уплатио/унео свој улог у друштво, а није извршио обавезу додатне уплате су:

- члан друштва није у року од 30 дана од дана доспећа обавезе додатне уплате овластио друштво да прода његов удео у поступку јавног надметања или на други начин;
- одлука о искључењу је донета у року од 180 дана од дана истека рока од 30 дана у коме је члан могао да овласти друштво да прода његов удео у поступку јавног надметања или на други начин;

или

- члан друштва јесте овластио друштво у законом датом року да прода његов удео, али:
 1. удео члана није продат у року од две године од дана доспећа обавезе додатне уплате или у року одређеном оснивачким актом или уговором између члана и друштва;
 2. друштво није одговорно за разлог због кога удео члана није продат у поступку јавног надметања или на други начин;

30 ЗПД, чл. 179 ст. 3.

3. одлука о искључењу је донета у року од 180 дана од дана истека прописаног, одређеног или уговореног рока у коме је било могуће реализовати продају удела члана друштва.

На основу изнетих услова уочава се разлика у року у коме друштво може донети одлуку о искључењу члана друштва због неизвршења обавезе додатне уплате. У случају када члан друштва није овластио друштво да прода његов удео, рок за доношење одлуке износи 210 дана од дана доспећа обавезе додатне уплате, док у случају да члан друштва јесте овластио друштво да прода његов удео, али до продаје удела није дошло, рок за доношење одлуке о искључењу члана друштва је знатно дужи, па чак уколико није другачије уговорено, тај рок износи 180 дана по протеклу рока од две године рачунајући од дана доспелости обавезе додатне уплате.

Одлука скупштине друштва којом се члан друштва искључује доноси се 2/3 већином гласова преосталих чланова друштва, осим уколико је оснивачким актом предвиђена другачија већина.

Искључени члан нема право на накнаду за свој удео, а остаје у обавези да изврши додатну уплату, а такође одговоран је друштву за накнаду штете која је настала због неизвршења обавезе додатне уплате.

б) Искључење члана друштва који није у целости уложио/унео улог

У околностима када је у доцњи са обавезом додатне уплате члан друштва који није у целости уплатио/унео свој улог у друштво нема места примени горе изнетих правила, обзиром да за њихову примену није испуњен основни улов – уплата/уношење уписаног улога у целости.

На искључење члана друштва који није у целости уплатио/унео улог у друштво, а није извршио ни обавезу додатне уплате примењују се опште одредбе о искључењу члана одлуком скупштине друштва.

Опште одредбе о искључењу члана одлуком скупштине друштва регулисане су чланом 195 Закона о привредним друштвима у коме стоји да у случају неуношења улога у друштво одлуку о искључењу члана доноси скупштина друштва 2/3 већином гласова преосталих чланова друштва.

Иако поменути члан закона као основ за искључење члана друштва одлуком скупштине не наводи неизвршење обавезе додатне уплате, већ само неизвршење обавеза са улогом, примена и на случај неизвршења обавезе додатне уплате проистиче на основу општег правила да за обавезу додатне уплате члан друштва одговара на начин на који одговара за уплату уписаног основног капитала.

Последице неуплате улога регулисане су у општем делу Закона о привредним друштвима.³¹

У складу са општим одредбама закона о последицама неуплате улога као и општим одредбама о искључењу члана друштва с ограниченом одговорношћу на основу одлуке скупштине друштва, услови за искључење члана који није у целости уплатио/унео улог у друштво, а није извршио ни обавезу додатне уплате су:

- по доспелости обавезе додатне уплате друштво је позвало члана друштва да своју обавезу испуни у накнадно остављеном року;
- позив на испуњење обавезе је члану друштва упућен писменим путем;
- члану друштва је остављен накнадни рок за испуњење који не може бити краћи од 30 дана;
- члан друштва обавезу додатне уплате није испунио ни у накнадно остављеном року.

Уколико се испуне сви наведени услови скупштина друштва може донети одлуку о искључењу члана друштва без права на накнаду вредности удела. Искључени члан остаје према друштву у обавези на уплату/уношење улога као и у обавези на уплату износа по основу додатних уплата, ако је то неопходно за намирење поверилаца друштва.³² И у овом случају искључени члан је одговоран друштву за накнаду штете која је настала због неизвршења обавезе додатне уплате.

Уколико се упореде услови и последице искључења члана друштва због неизвршења додатне уплате, чини се да је закон блажи према члану друштва који није у целости унео/уплатио свој улог, а при томе није извршио ни обавезу додатне уплате. Наведено проистиче из чињенице да такав члан друштва након искључења остаје у обавези на уношење/

31 Закон каже да у случају да члан друштва пропусти да изврши своју обавезу уплате уписаног улога друштво може да га позове писаним путем да ту обавезу испуни у року који не може бити краћи од 30 дана. У позиву, друштво је у обавези да упозори члана друштва да ће у случају да пропусти да своју обавезу изврши и у накнадном року бити искључен из друштва. Друштво је обавезно да позив на испуњење обавезе члану друштва објави на интернет страници регистра привредних субјеката у року који мора бити једнак или дужи од накнадног рока који му је остављен за испуњење обавезе. Уколико члан друштва пропусти да своју обавезу остави и у накнадно остављеном року, друштво може донети одлуку о искључењу тог члана из друштва. На основу наведене одредбе закона проистиче да друштво начелно није у обавези да остави накнадни рок за испуњење обавезе везане за улог, међутим уколико друштво има намеру да искључи члана остављање накнадног рока је обавезно. Исто правило сходно се примењује и на обавезу додатне уплате. Види: ЗПД, чл. 48.

32 ЗПД, чл. 195 ст. 5.

уплату улога и извршење обавезе додатне уплате, само уколико је то неопходно за намирење поверилаца друштва. Такође, закон код услова за искључење члана који није у целости уплатио улог захтева остављање накнадног рока за испуњење, а који услов се не захтева код члана који је у целости уплатио/унео свој улог у друштво.³³

У том смислу решења закона која се односе на искључење члана друштва који је у целости унео/уплатио свој улог у неким ситуацијама могу довести до можда правно неодрживих ситуација. На пример члан друштва који је у целости унео свој улог по доспећу обавезе додатне уплате, обзиром да није у могућности да своју обавезу изврши, овласти друштво да прода његов удео, међутим друштво није успело да пронађе купца за удео, а потом члан друштва буде искључен без права на накнаду свог удела и још је у обавези према друштву на уплату износа додатне уплате.³⁴

Одредба закона којом се даје могућност члану друштва да овласти друштво да прода његов удео може се критиковати такође из разлога јер је уколико износ остварен продајом удела мањи од износа обавезе члан друштва остаје у обавези да друштву исплати разлику.

У немачком праву последице неизвршења додатне уплате се разликују у случају када је обавеза додатне уплате ограничена оснивачким актом, у тачном износу или максималном износу и када обавеза додатне уплате по износу није ограничена оснивачким актом.

Када обавеза додатне уплате није ограничена оснивачким актом, тада је члану друштва који је у целости уплатио/унео улог дато право да у року од месец дана по доспелости обавезе додатне уплате стави друштву на располагање свој удео како би се продајом удела јавним

33 Разлика постоји и у погледу рока у коме друштво може донети одлуку о искључењу члана који није извршио обавезу додатне уплате. За члана који није у целости уплатио/унео улог у друштво, одлука о искључењу се може донети одмах по истеку накнадног рока за испуњење, али закон није ограничио рок у коме се одлука о искључењу може донети. За члана друштва који јесте у целости уплатио/унео улог, одлука о искључењу се може донети 1) уколико члан није овластио друштво на продају удела – у року од 210 дана од дана доспећа обавезе додатне уплате или 2) у случају да члан друштва јесте овластио друштво да прода његов удео, али до продаје удела није дошло – ако није другачије уговорено у року од 180 дана по протеклу рока од две године рачунајући од дана доспелости обавезе додатне уплате. Такође, чини се према стилу одредбе закона о искључењу члана друштва који је у целости унео/уплатио улог, да је законом одређен рок за искључење због неизвршења обавезе додатне уплате преклузиван. Види: ЗПД, чл. 48 ст. 7, 179 ст. 5.

34 Наведено нарочито имајући у виду право на имовину загарантовано Уставом: „*Право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу извршеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.*“ Види: Устав Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 98/2006), чл. 58.

надметањем или на други договорени начин друштво могло намирити из вредности удела. Уколико члан друштва у датом року не овласти друштво на продају удела, друштво може писаним путем обавестити члана да сматра да му је удео стављен на располагање. У овом делу наше право је слично немачком праву. Међутим кључна разлика постоји управо у случају када вредност удела није довољна за намирење обавезе додатне уплате у целости или се удео не може продати. У том случају удео члана припада друштву, али члан не остаје у обавези према друштву по основу додатне уплате.³⁵ У нашем праву то није случај, већ уколико вредност удела није довољна за намирење обавезе додатне уплате члан друштва остаје у обавези да доплати разлику, а уколико се пак удео не може продати, може бити искључен из друштва, без права на накнаду вредности удела и још са обавезом додатне уплате према друштву.

Чини се да наш закон није разумео природу овог права које је установљено у циљу заштите члана друштва од неограничене обавезе додатне уплате.

Уколико је обавеза додатне уплате по висини ограничена оснивачким актом, у немачком праву на овај случај примењују се правила о одговорности члана друштва за уплату улога, опет за разлику од нашег права које ово правило садржи као опште правило о одговорности члана друштва за неизвршење обавезе додатне уплате.³⁶

2. Накнада штете

Право на накнаду штете због неизвршења обавезе додатне уплате друштво остварује у судском поступку. У том смислу закон код последица искључења члана друштва одлуком скупштине изричито наводи да право на накнаду штете друштво остварује тужбом пред надлежним судом.³⁷ Важно питање за одговорност члана друштва за накнаду штете због неизвршења обавезе додатне уплате јесте да ли је одговорност члана друштва по природи деликтна или уговорна одговорност. Наведено из разлога јер правила која важе за ова два вида одговорности нису у свему иста, иако имају заједнички циљ, а то је накнада штете. Правила о вануговорној (деликтној) одговорности за штету садржана су у чл. 154–209 Закона о облигационим односима, док су правила уговорне одговорности за штету садржана у делу закона о дејствима обавеза у чл. 262–279. У нашој литератури уговорна одговорност се обично дефинише као одговорност за штету због повреде неке већ постојеће обавезе

35 W. Bayer, P. Hommelhoff, D. Kleindiek, M. Luter, *нав дело*, стр. 726–727.

36 W. Bayer, P. Hommelhoff, D. Kleindiek, M. Luter, *нав дело*, стр. 728–729.

37 Види: ЗПД, чл. 195 ст. 7.

(која потиче из уговора или другог извора облигација) најчешће настале вољом страна, док вануговорна (деликтна) одговорност настаје због повреде неке опште норме, правни однос између страна ствара се тек чињеницом проузроковања штете.³⁸ На основу наведеног проистиче да је одговорност за накнаду штете члана друштва за неизвршење обавезе додатне уплате по својој природи уговорна, обзиром да је у питању повреда већ постојеће облигације настале на основу воље странака. У том погледу на одговорност члана друштва за накнаду штете примењују се одредбе Закона о облигационим односима из чл. 262–269 (ослобођење, уговорно проширење, ограничење или искључење одговорности, обим накнаде) као и одредбе о затезној камати из чл. 277–279. Уговорна казна иако је регулисана у делу закона у коме се уређује право повериоца на накнаду штете због неизвршења обавезе дужника, у случају повреде обавезе додатне уплате не може се применити обзиром да је обавеза додатне уплате увек новчана обавеза. Закон о облигационим односима садржи императивно правило да уговорна казна не може бити уговорена за новчане обавезе.³⁹

V Закључак

Додатне уплате као један од начина финансирања друштва с ограниченом одговорношћу од стране његових чланова јесу оснивачким актом или одлуком скупштине друштва утврђене обавезе чланова да поред уплате уписаног основног капитала изврше додатне уплате друштву.

У овом раду институт додатних уплата анализиран је са аспекта статусног закона, односно предмет анализе јесу одредбе Закона о привредним друштвима којима се регулишу начин утврђивања обавезе и правне последице неизвршења обавезе додатне уплате.

У нашем праву за настанак обавезе додатне уплате важи императивно правило да обавеза додатне уплате не може бити утврђена за сваког појединог члана друштва без његове сагласности. У том смислу обавезу додатне уплате је могуће утврдити било оснивачким актом или одлуком скупштине друштва. Такође од воље чланова друштва зависи да ли ће предвидети двостепени или једностепени начин утврђивања обавезе додатне уплате, односно да ли ће обавеза додатне уплате бити утврђена на општем нивоу (било оснивачким актом или одлуком скупштине) уз могућност да се касније утврди конкретна обавеза одлуком

38 Види: Стојан Цигој, *Енциклопедија имовинској права и права удруженој рада (део о грађанско-правној одговорности)*, том први, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 402.

39 Види: Закон о облигационим односима, чл. 270 ст. 3.

скупштине друштва, или ће обавеза додатне уплате бити непосредно утврђена на основу поменутих аката друштва. У том погледу наше право разликује се од већине других права која захтевају да се обавеза додатне уплате увек предвиди оснивачким актом, а након чега је одлуком скупштине могуће конкретизовати ову обавезу. Међутим, потребно је приметити да овакво правило у неким правима постоји из разлога јер се одлука скупштине друштва с ограниченом одговорношћу не доноси једногласно, а не постоје ни посебне одредбе за доношење одлуке о додатним уплатама. Код оваквог уређења, ради заштите начела једнаког третмана чланова друштва неопходно је обавезу додатне уплате утврдити оснивачким актом, за чији је настанак или измену у делу који се односи на обавезе чланова друштва увек неопходна сагласност члана на кога се обавеза односи. У нашем праву како је речено важи императивно правило да обавеза додатне уплате не може настати без сагласности члана друштва на кога се односи, те је начело једнаког третмана чланова друштва и принцип да се члану друштва без његове сагласности не могу повећати обавезе доследно испоштовано, без обзира да ли се обавеза додатне уплате утврђује само оснивачким актом или одлуком скупштине друштва или кумулацијом ових правних аката.

У односу на правне последице неизвршења обавезе додатне уплате опште правило нашег права јесте да члан друштва одговара друштву за неизвршење обавезе додатне уплате на начин на који одговара за уплату уписаног основног капитала. Закон предвиђа две правне последице неизвршења обавезе додатне уплате: 1) искључење члана друштва и 2) обавезу накнаде штете, док право друштва на затезну камату подразумева се по општим правилима облигационог права. Код искључења члана друштва због неизвршења обавезе додатне уплате наш закон познаје разлику између поступка искључења члана који је у целости уплатио/ унео свој улог у друштво и члана који то није учинио.

Предмет анализе овог рада била су нека од важних питања која се јављају код института додатних уплата. Такође важна питања јесу домен примене општих правила облигационог права на испуњење обавезе додатне уплате (промена субјеката, средства обезбеђења, компензација, замена испуњења, новација, отпуст дуга...), затим враћање додатних уплата као и однос додатних уплата са повезаним институтима, односно са другим начинима финансирања друштва од стране његових чланова. У односу на последње наведено занимљиво за анализу, а за праксу веома значајно јесте истраживање који начин финансирања друштва од стране његових чланова је за друштво најпогодније или можда за његове чланове. Код сва три начина финансирања друштва његови чланови дају одређени износ друштву, на основу чега код повећања

капитала увећавају свој удео, самим тим права која имају у друштву, код зајма имају камату, док код додатних уплата немају било какав вид противчинидбе друштва за новчани износ који дају друштву. Постоје и друге разлике али и сличности између ових института па се као важно питање поставља у којим околностима чланови друштва треба да дају сагласност за настанак обавезе додатне уплате.

Jovana VELIČKOVIĆ, M.A.
a.o.d. Janković, Popović, Mitić

METHOD OF ESTABLISHING AND LEGAL CONSEQUENCES OF FAILURE TO PERFORM ADDITIONAL PAYMENT OBLIGATION

Summary

The article analyzes the legal basis and the legal consequences of failure to perform additional payment obligation. Act on Business Organizations in article 178 provides that the incorporation act or the resolution of the general meeting may establish an obligation on the part of company member to make, in addition to paying in the subscribed registered capital, additional payments to the company in proportion to their shares in the company. In relation to the obligation of additional payments law regulates three groups of issues: the method of establishing the obligation, the consequences of failure to make additional payment and return of additional payments. In this paper, the subject of analysis is the legal basis of additional payment obligation and the legal consequences of failure to perform additional payment obligation. The law states that the additional payment obligation may be established either by the incorporation act or by resolution of the general meeting. In regard to the legal consequences of failure to make additional payment obligation, law stipulates the general principle that the company member shall be liable to the company for his/her obligation to make additional payments in the same manner as the member is liable for payment of the subscribed registered capital.

Key words: *limited liability company, additional payment obligation, incorporation act, resolution of the general meeting, expulsion of company member by resolution of general meeting, claim for caused damage.*

Кључне речи: *друштвена одговорност компанија, друштвено одговорно половање, људска права и бизнис, Уједињене нације, Србија, међународне конвенције, приватни сектор.*

I Увод

Однос људских права и бизниса у контексту друштвене одговорности компанија у раду органа Уједињених нација (УН) последњих година све више добија на значају. „Правила друштвене одговорности компанија могу се пореди са правилима о људским правима – нека остају као пуке декларације без икаквог правног ефекта, друга су гарантована националним и међународним правилима и извршава су пред националним и међународним судовима“.¹ Кључно питање код правила друштвене одговорности компанија везано је за питање обавезности² а самим тим и делотворности у решавању сложених друштвених проблема.

Однос између, с једне стране, концепта „одговорности транснационалних корпорација и других привредних друштава у вези за људским правима“³ (или краће „бизниса и људских права“) и с друге, друштвене одговорности компанија, неопходно је на самом почетку разјаснити. Иако су у питању различити институти које не треба мешати, с основном се може претпоставити да концепт „бизниса и људских права“ као врсте релативно новијег мултидисциплинарног концепта има своје корење и зачетке у доктрини друштвене одговорности компанија. Друштвена одговорност компанија односи се на корпоративно управљање као такво, на својеврсни управљачки принцип пословања и у последње две деценије све више задобија међународне оквире (на првом месту треба споменути Глобални договор Уједињених нација)⁵. С друге стране,

1 Мирко Васиљевић, „Друштвена одговорност компанија (Од политике, преко морала до права)“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2013, стр. 24–25.

2 Више о томе вид. Владимир Савковић, „Друштвена одговорност компанија – од моралне до правне обавезе“, *Правни животи*, бр. 12/2009, стр. 430.

3 Вид. *Report of the Special Representative of the Secretary General on Human Rights on the Responsibilities of Transnational Corporations and Related Business Enterprises with Regard to Human Rights, United Nations, Economic and Social Council, E/CN.4/2005/91*, 15. фебруар 2005, стр. 4.

4 Вид. John G. Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human rights*, Norton, New York – London 2013, погледати такође сајт Института за људска права и бизнис: <http://www.ihrb.org/> као и сајт од *Business & Human Rights Resource Center*: <http://business-humanrights.org/Home>, 10.1.2014.

5 Вид. Глобални договор УН, доступно на адреси: <http://www.unglobalcompact.org/>, 10.1.2014.

главни циљ концепта бизниса и људских права могао би се одредити као потреба за „ширењем обавеза из међународних уговора о људским правима на мултинационалне компаније, транснационалне компаније и друге облике предузетништва“.⁶ Може се рећи да овај концепт иде даље од пуке друштвене одговорности компанија као облика надоградње саморегулације пословања на добровољној бази. Спона људских права и бизниса иде у смеру проналажења и учвршћивања основа за одговорност компанија за кршења међународним правом прокламованих људских права приликом неетичног пословања. Поједини аутори сматрају да принцип „бизнис и људска права“ представља својеврсни предзнак утемељености друштвене одговорности компанија у међународном праву.⁷

У том смислу, постоји потреба да се разлуче два приступа овој проблематици.⁸ На првом месту, поставља се питање да ли код самих компанија постоји директна одговорност за људска права неvezано за одговорност матичних држава из међународних уговора? С друге стране, да ли се у одговорности држава из међународних људских права може пронаћи основ за имплицитну одговорност компанија?⁹

У раду ће, као одговор на конкурсни задатак, бити изложена разматрања на оба ова питања са посебним освртом и посебном пажњом придатом анализи извештаја о примени међународних уговора које је Србија ратификовала како би се испитало да ли постоји имплицитна одговорност компанија које послују у Србији.

6 Nora Chronowski, „International and Constitutional Approach of Business and Human Rights“, *Conference contribution for International Conference: Universal and Regional Dimensions of the Protection of Human Rights; New Challenges – New Solutions*, 22–23 April 2013, Sejm RP, Warsaw, Instytut Ekonomii i Administracji Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach, 30. јун 2013, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2294129, 10.1.2014.

7 Видети: Larry Catá Backer, „Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nations’ Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law“, *Columbia Human Rights Law Review*, No. 37/2005.

8 Карин Лукас, „Да ли се људска права тичу бизниса? Понашање у пословном свету из перспективе људских права“, Лудвиг Болцман институт за људска права, Аустрија, доступно на адреси: http://www.globalizacija.com/doc_sr/s0060lju.htm, 15.4.2014.

9 Chronowski помиње два приступа: 1. *Top down approach* – анализом инструмената Уједињених нација ка регионалним иницијативама (као што су ЕУ) и 2. *Bottom up approach* – упоређивањем коменатара на примену норми Уједињених нација у националном законодавству с обзиром на облик уставног уређења државе. N. Chronowski, *нав. чланак*, стр. 1.

II Друштвена одговорност компанија – појам, развој и теоријска схватања

Услед глобализацијског развитка и ширења приватног сектора, деведесетих година двадесетог века долази до масовног проширивања и раста активности транснационалних корпорација, али не и без негативних последица по друштво и људска права уопште. Велике афере које су покренуле бројне невладине организације постају глас обесправљених радника и утичу на срозавање имиџа великих корпорација.

Деведесетих година двадесетог века компанија *Nike* порицала је оптужбе да по знатно нижој цени искоришћава радну снагу у својим фабрикама у неразвијеним деловима света (Вијетнаму, Кини, на Хаитију, у Индонезији).¹⁰ Мултинационална корпорација *Shell Petroleum Development Corporation* као партнер са нигеријском националном нафтном корпорацијом окривљена је за штету која је настала приликом пуцања једне од цеви нафтовода у Нигерији. Изливање нафте проузроковало је загађење пијаће воде, уништавање рибњака, породице су изгубиле своје изворе прихода.¹¹ Изливање токсичног гаса у Индији за које се установило да је одговорна корпорација *Union Carbide Corporation* проузроковало је смрт више од 7.000 људи. Данас стотине хиљада људи пати од последица хроничних болести, жене су изгубиле способност да имају децу и као такве предмет су дискриминације. Корпорација је одбила да преузме одговорност пребацивши сву имовину у другу корпорацију која негира да је наследила обавезе свог претходника.¹²

Као последица великих тензија и „социјалних потреса који су резултирали експанзијом неолибералног капитализма (...) поларизацијом између богатих и сиромашних, великом светском економском кризом и незадовољством радника“¹³ утемељује се концепт друштвене одговор-

10 Више о случају доступно на сајту *Business and Human Rights Resource Center*: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/NikelawsuitKaskyvNikeredenialoflabourabuses> и <http://198.170.85.29/Chapter5.htm>, 15.4.2014.

11 Више о случају доступно на сајту *Business and Human Rights Resource Center*: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/ShelllawsuitreNigeria>, 15.4.2014.

12 Више о случају доступно на сајту *Business and Human Rights Resource Center*: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/UnionCarbideDowlawsuitreBhopal>, 15.4.2014. и Kathambi Kinoti, „Towards an International Human Rights Framework for Corporate Accountability: The United Nations Human Rights Norms for Business“, Association for Women's Rights in Development (AWID), бр. 213, 11. фебруар 2005, доступно на http://www.globalizacija.com/doc_en/e0034lju.htm, 15.4.2014.

13 Видети: Ивана Родић, „Стратегија Европске уније за друштвено одговорно половање“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2012.

ности компанија. Концепт налаже да би компаније требало да у своје пословање интегришу и интеракцију са свим актерима, тј. заинтересованим странама, интересним групама друштва (*stakeholders*) као и изазове везане за животну средину.¹⁴

Друштвена одговорност компанија представља надоградњу на постојећи законски императивни систем одговорности једне државе који је компанија дужна да испуни. Подразумева се да компанија испуњава основне законске норме, а њен рад изнад, преко и више од тих основа чини је друштвено одговорном. „Локално законодавство одређује отуда доњи праг обавеза компаније, а њихов реални домет изнад тог прага одређен је искључиво моралним захтевима.“¹⁵

Сматра се да се компанија понаша на тај начин јер су доприноси разноврсни. Према Кодексу корпоративног управљања Србије директне користи су: „бољи учинак, лакши приступ тржиштима капитала, повољнији услови за прикупљање новог капитала и боља репутација.“¹⁶ Такође, компанија која тако смањује бројне ризике кроз јачање веза са локалном заједницом, утиче на повећање мотивисаности и лојалности запослених и најбитније, утиче на поспешивање позиције на тржишту у односу на конкуренцију (на дуги рок). У питању је „концепт по коме привредни субјекти који га усвајају свесно и добровољно надилазе своју примарну функцију стицања и расподеле профита и остварују позитиван утицај на своје радно, друштвено и природно окружење“.¹⁷

Према Организацији за индустријски развој Уједињених нација, друштвена одговорност корпорација „се генерално разуме као начин на који компанија остварује баланс између економских, друштвених и императива везаних за животну средину¹⁸ (бити профитабилан, етичан и друштвено одговоран – *triple bottom line approach*)“.¹⁹

14 Појмовник друштвено одговорног пословања, Смарт колектив, Београд, 2006, стр. 3.

15 Светислав Табороши, „Друштвена одговорност компанија“, *Правни животи*, бр. 11/2005, стр. 50.

16 На основу члана 11 став 1 алинеја 7 Закона о привредним коморама (*Службени гласник РС*, бр. 65/01, 36/09 и 99/11), члана 35 став 1 тачка 10 Статута Привредне коморе Србије (*Службени гласник РС*, бр. 45/02, 107/03, 44/05, 29/09, 35/11, 46/11 и 103/11), Скупштина Привредне коморе Србије на седници одржаној 17. септембра 2012. године, доноси Кодекс корпоративног управљања, доступно на адреси: <http://www.bep.rs/documents/c1/kodeks-korporativnog-upravljanja-objavljen-u-sl-glasniku.pdf>, 15.4.2014.

17 Сајт Форума пословних лидера: <http://www.fpl.rs/csr.10.html>, 15.4.2014.

18 What is CSR?, United Nations Industrial Development Organization, доступно на адреси: <http://www.unido.org/en/what-we-do/trade/csr/what-is-csr.html>, 15.4.2014.

19 За шире видети: John Elkington, *Cannibals with Forks: Triple Bottom Line of 21st Century Business*, Capstone, Oxford, 1997.

Када се говори о питању економске, друштвене и политичке улоге компанија код скоро свих аутора неколико питања је универзално актуелно, а уједно и спорно. Које компаније одговарају и у којој мери би регулација пословања компанија требало да буде остављена тржишту, а у којој мери држави? Каква је правна природа компанија? Да ли је у питању заједништво уговорних односа неколико људи са интересима у заједничком предузећу или је компанија сушта својина, комплексна врста робе?²⁰

С једне стране,²¹ они који сматрају да компанија заснива своју одговорност према власницима (акционарима) предвођени су идејом стварања профита као основног и примарног циља (*shareholder* теорија). Други, представници теорије интересних група или *stakeholder* теорије, верују да је компанија одговорна свим релевантним актерима, појединцима и групама који носе изванредан ризик пословања предузећа.²²

Адолф Берл заступа становиште да компанија поседује једино одговорност да максимизује бенефите *shareholder*-а.²³ Фокус његовог ставља је на компанију као приватном власништву. Исто тако, пре више од четири деценије, Милтон Фридман²⁴ истиче да је у условима слободне тржишне привреде једини задатак менаџера да ради на генерисању профита и да одговара само свом принципалу. У таквим условима нема места, времена ни ресурса да се компанија директно бави било чим што није у функцији повећања профита а то је, по Фридману, бављење друштвеним аспектима. „Бизнис бизниса је бизнис!“ чувена је максима овог нобеловца.

Јасан је модел који је заступљен – компаније стварају богатство на које се убира порез, порези воде до прихода за државу, приходи до добровољних фондација. Једноставно речено, само предузећа могу у ствари да створе изворе финансирања који постоје у свету. Тај профит

20 L. C. Backer, *нав. чланак*, стр. 108.

21 William Sun, Jim Stewart, David Pollard, „Reframing corporate social responsibility“, у: William Sun, Jim Stewart, David Pollard (eds.), *Reframing Corporate Social Responsibility: Lessons from the Global Financial Crisis (Critical Studies on Corporate Responsibility, Governance and Sustainability, Volume 1)*, Emerald Group Publishing Limited, 2010, стр. 25.

22 Актери би се могли поделити у интерне (нпр. запослени) и екстерне (потрошачи, добављачи, деоничари, финансијери, локална заједница).

23 Вид. Adolf A. Berle, Jr, „Corporate Powers as Powers in Trust“, *Harvard Law Review*, Vol. 44/1931, 1049, делимично доступно на адреси: <http://www.unz.org/Pub/BerleAdolf-1932-00247>, 15.4.2014.

24 Milton Friedman, „The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits“, *New York Times Magazine*, 13. септембар, 1970, доступно на адреси: <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>, 6.4.2014.

се од стране државе онда усмерава на решавање друштвених, климатских, проблема радника, проблема везаних за људска права, смањење сиромаштва, одрживи развој, здравство. Допринос заједници оличава се у усмеравању тог богатства из државног буџета (пореза) на релевантне проблеме. Ипак, поставља се питање функционисања овог модела. „Да ли би бољи ефекти били када би бизнис био директно укључен у решавање ових проблема? Другим речима, да ли је сасвим довољно за бизнис да се фокусира на максимизацију профита очекујући да је ово у најбољем интересу за људски развој?“²⁵

Одговор на то даје друга теоријска страна. Тридесетих година 19. века, професор Дод предлаже да је компанија економска институција која служи такође и друштвеним сврхама.²⁶ Предводник теорије интересних група, Едвард Фриман²⁷ истиче како различити интереси (пет великих актера: акционари, добављачи, запослени, потрошачи, друштвена заједница) треба да кроје циљеве предузећа. Имајући у виду да сваки од ових актера може позитивно или негативно да утиче на пословање компаније, у интересу је менаџера да размишља о интересима друштва приликом остваривања циљева, јер је компанија одговорна према свима њима у целини.

Исто тако, као одговор на Фридманов приступ, у скороје време, појављује се нови тренд. Мајкл Портер,²⁸ професор са Харварда, познат као творац модела који дефинише пет сила које одређују снагу конкуренције компаније на тржишту (1979), у новије време, бавећи се актуелним друштвеним проблемима створио је, заједно са Марком Крамером, теорију о „заједничкој вредности“ (код нас, неки аутори *shared value* преводе и као „подељена вредност“;²⁹ у раду ће бити коришћен

25 Michael Hopkins, „Corporate social responsibility: an issues paper“, *Working Paper No. 27*, Policy Integration Department World Commission on the Social Dimension of Globalization International Labour Office, Geneva, 2004, стр. 9, доступно на адреси: http://www.ilo.int/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---integration/documents/publication/wcms_079130.pdf, 25.4.2014.

26 Вид. E. Merrick Dodd, „For Whom are Corporate Managers Trustees?“, *Harvard Law Review*, Vol. 45/1932, 1145 и 1148.

27 Edward Freeman, „A Stakeholder Theory of the Modern Corporation“, у: Tom Beauchamp и Norman Bowie (eds.), *Ethical Theory and Business*, Pearson: Prentice Hall, 2004, стр. 67.

28 Вид. Michael E. Porter, Mark R. Kramer, „Creating Shared Value: How to Reinvent Capitalism — and Unleash a Wave of Innovation and Growth“, *Harvard Business Review*, јануар-фебруар 2011, доступно на адреси: http://www.hks.harvard.edu/mrcbg/fellows/N_Lovegrove_Study_Group/Session_1/Michael_Porter_Creating_Shared_Value.pdf, 28.1.2014.

29 Нпр. Небојша Савић, „Решење за кризу – подељена вредност“, доступно на сајту часописа „Политика“: <http://www.politika.rs/rubrike/Ekonomija/Resenje-za-krizu-podeljena-vrednost.lt.html>, 28.1.2014.

израз „заједничка“) којој је од 2011. када је поменута на Светском економском форуму у Давосу наденут назив „нове велике идеје“.

Порез који убира држава од активности компанија коју спомиње Фридман, Портер критикује, јер га нема довољно. Системски, на глобалном нивоу, не постоји довољно средстава која би могла на такав начин да се прибаве, а да успешно решавају проблеме друштва. У моделу у ком функционишемо тренутно, научили смо да чим уочимо проблем и постанемо свесни њега, оснивамо социјално предузеће, невладину организацију или добротворне установе како бисмо одређени проблем решили или бар покушали да решимо.

Нов приступ би био – посматрање решавања актуелних проблема као пословне прилике, „заједничка вредност – бављење друштвеним проблемом по пословном моделу.“ Искоришћавање зависности предузећа од задовољавања потреба тржишта треба гледати у контексту решавања друштвених проблема. У питању је капитализам, али његов узвишени вид³⁰ или можда „капитализам са људским ликом“.³¹

Заједничка вредност = друштвена вредност + економска вредност

По овом приступу, суштина је у поимању генерисања профита као активности компанија скројене тако да се решавањем друштвених проблема генерише профит. Критичари ових идеја истичу да овај концепт представља само наивну карикатуру концепта друштвене одговорности компанија. У исто време кажу да је кључ уствари у схватању нове, другачије ере капитализма – потрошачког капитализма.³²

III Друштвена одговорност компанија у свету и Србији – преглед досадашњих иницијатива

Друштвеном одговорношћу компанија на наднационалном нивоу ефективно се у последњих двадесетак година баве водеће регионалне и међународне организације. Битно је поменути ОЕЦД-ов Водич за мултинационална предузећа,³³ десет принципа Глобалног договора

30 Вид. Michael E. Porter, Mark R. Kramer, „Strategy and society: the link between competitive advantage and corporate social responsibility“, *Cambridge, MA: Harvard Business Review*, 2006.

31 М. Васиљевић, *нав. чланак*, стр. 5.

32 Вид. Steve Denning, „Why Shared Value Can't Fix Capitalism?“, доступно на адреси: <http://www.forbes.com/sites/stevedenning/2011/12/20/why-shared-value-cant-fix-capitalism/>, 10.1.2014.

33 OECD Guidelines for MNE, 19, OECD Doc. /GD (97) 40 (2000), доступно на адреси: <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922.428.pdf>, 10.1.2014, стр. 17.

УН-а,³⁴ трипартитну декларацију Међународне организације рада (МОП) о начелима и мултинационалним предузећима и социјалној политици, ISO 26000³⁵ смернице за стандард о друштвено одговорном пословању, и др. Европска унија³⁶ брзо напредује у овој области, посебно кроз деловање Европске комисије, те издаје акте који регулишу ову област у уској спони са одрживим развојем (Зелена књига, ЕУ Стратегија – Европа 2020, бројне директиве, саопштења, и сл.).

Предводници концепта друштвене одговорности у Србији су велике мултинационалне компаније које унутар свог пословања имају интегрисане принципе овог концепта, па га таквог и преносе у државе у којима послују. Иновативна менаџерска култура и практична искуства у решавању бројних друштвених проблема су део те традиције коју преносе у средину српског пословног света у којем још увек доминира „киторска традиција са доминантним филантропским приступом што није довољно да би се нека компанија сматрала друштвено одговорном“.³⁷

Иницијатива за одговорно пословање покренута је 2004. године, а унутар Привредне коморе Србије функционише и *Савет за друштвено одговорно пословање* који додељује Награду за друштвено одговорне праксе (Тигар из Пирота је награђен 2008. године). Унутар Привредне коморе је и седиште *Глобалној дојовора Србија* који је основан 2007,³⁸ а бави се и реализацијом пројекта „Успостављање друштвене одговорности у југоисточној Европи“ у којем је учествовало преко 400 компанија. Невладина организација Смарт колектив и државна Агенција за страна улагања и промоцију извоза (СИЕПА) креирале су *Базу података добре праксе у области друштвено одговорног пословања у Србији*.³⁹ Током 2007. године, у Србији је лансиран *Форум пословних лидера (BLF Србија)*⁴⁰ који је прва коалиција друштвено одговорних предузећа у Србији. Важну улогу у промовисању и развоју друштвено одговорног пословања у Србији имају невладине организације (посебно се истиче Смарт колектив).⁴¹ Најбитнији документ је сигурно *Стратегија развоја*

34 „United Nations Global Compact Ten Principles“, доступно на адреси: <http://www.unglobalcompact.org/abouttheGC/TheTenPrinciples/index.html>, 10.1.2014.

35 ISO 26000, Guidance on Social Responsibility, доступно на адреси: www.iso.org, 10.1.2014.

36 И. Родић, *нав. чланак*, стр. 619.

37 *Ibid.*, 11.

38 Вид. <http://www.unglobalcompact.rs/>, 10.1.2014.

39 Сајт Владе Републике Србије за Стратегију смањења сиромаштва: База података се може преузети са: <http://www.prsp.gov.rs/vest.jsp?jsessionid=C91909A740AFA95B9E037BAA1BEF68D?id=672>, 28. јан. 2014.

40 Сајт Форума пословних лидера: <http://www.fpl.rs/home.6.html>, 28.1.2014.

41 Сајт Смарт колектива: <http://smartkolektiv.org/>, 10.1.2014.

и промоције друштвено одговорној пословања у Србији за период од 2010. до 2015. године⁴² усвојена од Владе Републике Србије (2010) уз који је донет и Акциони план за период од 2011. до 2013 године. Националном стратегијом одрживог развоја за период од 2009. до 2017. године⁴³ промовише се принцип друштвено економског развоја и принципа животне средине.

IV Границе концепта друштвене одговорности компанија и однос са људским правима и бизнисом

У стању каквом јесте, друштвена одговорност компанија је веома опширна и површна мешавина меког и тврдог права обухватајући области као што су одговорност за животну средину компаније, права на раду, безбедност и здравље на раду, људска права и сл.⁴⁴ Питање обавезности је врло дискутабилно.⁴⁵

Када се има у виду да је „тешко израдити било какве статистичке или квантитативне податке о каузалној вези друштвено одговорног пословања и било каквих финансијских индикатора као што су вредност на тржишту, додата економска вредност, и сл.“⁴⁶ „онда опоненти њихове примене налазе оправдање у често коришћеном корпоративном клишеу – оно што се не може мерити, са тим се не може ни управљати“.⁴⁷

Постоји и проблем спровођења у дело. Врло се ретко деси да нека компанија дозвољава независну процену активности из области друштвене одговорности, а оне које се истичу да послују према ISO 26000 стандардима неретко представљају ову стандардизацију као вид сертификације, иако су у питању само смернице и упутства добре праксе.

Оправдано је говорити о неефикасности концепта друштвене одговорности пословног света имајући у виду да у највећем броју случајева

42 Видети сајт Владе Србије: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678, 15.4.2014.

43 Национална стратегија одрживог развоја за период од 2009. до 2017. године (Службени гласник РС, бр. 57/08).

44 David Kinley, Justine Nolan, Natalie Zerial, „The politics of corporate social responsibility: Reflections on the United Nations Human Rights Norms for Corporations“, *Legal Studies Research Paper No. 07/10*, The University of Sydney, Sydney Law School, 2007, стр. 33.

45 Више вид. Светислав Табороши, „„Меко“ право као оквир друштвене регулације“, у: Вук Радовић (уредник), *Усклађивање пословној права Србије са правом Европске уније – 2011*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011.

46 М. Норкин, *нав. чланак*, стр. 9.

47 И. Родић, *нав. чланак*.

мере из области друштвене одговорности компанија имају краткорочне циљеве (како би што брже изградили лепшу слику свог рада према потрошачима),⁴⁸ који не задиру у основну делатност самих компанија те нису део дугорочних стратегија.⁴⁹

„Са психолошког и социолошког становишта – уколико се неко понаша алтруистично само зато што му се такво понашање исплати, они који користе услуге биће свесни да у свакој оној ситуацији у којој се алтруизам не исплати, друга страна ће се понашати опортунистички.“⁵⁰ Предузеће које се понаша друштвено одговорно јер очекује позитивне ефекте таквог понашања биће виђено као цинично, а самим тим и позитивни ефекти ће изостати, док ће оно које се истински залаже за интересе заинтересованих страна бити награђено.

У складу са тим, ако компаније раде у корист друштвено одговорног пословања само да би показале као друштвено прихватљиве на тржишту, колико је оправдано веровати да ове компаније заиста утичу на побољшање права радника, заштите људских права у целини, заштите животне средине? Питање је исто тако да ли држава има основ да захтева од компанија да се истински посвете очувању људских права на свим нивоима (и интерно – према својим запосленима и екстерно – према друштвеној заједници у целини) у форми обавезности.⁵¹ Такав основ би могао да лежи једино у правној регулативи, како националне државе тако и на међународном нивоу.

V Људска права и одговорност компанија

Установљавање веза између људских права и друштвене одговорности компанија представља питање које би могло бити размотрено са два становишта.

1. Да ли код самих корпорација постоји *директна одговорност* за људска права неvezано за међународну одговорност њихових матичних држава?

48 Термин „*window dressing*“ представља поступке којима се представља бољи утисак него што стварно јесте, док се „*greenwashing*“ односи на маркетинг и PR активности којима се јавност доводи у заблуду у погледу праксе компаније по питању животне средине, И. Родић, *нав. чланак*, стр. 6.

49 Вид. *Company Codes of Conduct and International Standards: An Analytical Comparison*, Part I and II, World Bank, 2013.

50 Бојана Радовановић, „Друштвено одговорност као идентитет компанија“, *Синтезис*, бр. 1/2009, стр 139.

51 Више о добровољности, тј. обавезности поступања компанија у области друштвене одговорности компанија вид. М. Васиљевић, *нав. чланак*, стр. 27.

2. Да ли постоји *индиректна одговорност* корпорација у области људских права, проистекла из одговорности њихових матичних земаља за људска права?⁵²

1. Директна одговорност компанија за кршење људских права

Често се помиње чињеница да неколико великих светских корпорација премашује приходе великог броја земаља у свету.⁵³ Они који заговарају директну одговорност компанија из међународног права истичу чињеницу да са великом моћи иде и све већа могућност да се крше људска права што мора бити праћено еквивалентном одговорношћу под окриљем међународног права.⁵⁴ Све је већи број гласова у међународном политичком и правном дискурсу који тврде да је у међународној арени дошло до преноса моћи са држава на корпорације, тј. о промени односа снага које и закон мора да призна. Држава је, тврде они, изгубила монопол над моћи и стога може или чак мора да подели један део своје одговорности за људска права са приватним актерима.⁵⁵

Већ поменуте Смернице Организације за економску сарадњу и развој (ОЕЦД) за мултинационална предузећа као и Трипартитна декларација Међународне организације рада о међународним предузећима и социјалној политици представљају врсту „меког права“ за која се не може рећи да може да утиче на компаније у тој мери да се оне сматрају обавезним. Ефекти ова два института су ограничени првенствено због одсуства било каквог механизма санкција, а када је у питању ОЕЦД, треба споменути и чињеницу да бројне земље нису чланице, међу којима је и Србија.⁵⁶

Од класичног модела одговорности државе за међународне конвенције које је ратификовала и међународно право уопште могу се уочити и неки изузеци. Неки аутори истичу да су Нирнбершки принци-

52 Служећи се овим приступом Лукас разматра да ли се људска права тичу бизниса као и какво је понашање у пословном свету у овом контексту. Помињући доста елементарне одговоре на ова два питања дотиче се кључних спона, те је покушај детаљније разраде и примене на српске услове посебно другог питања приказан овде. К. Лукас, *нав. чланак*.

53 Beth Stephens, „The Amoralitv of Profit: Transnational Corporations and Human Rights“, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 20/2002, стр. 57.

54 Menno T. Kamminga, Saman Zia-Zarifi, „Liability of Multinational Corporations Under International Law: An Introduction“, у: Menno T. Kamminga, Saman Zia-Zarifi (eds.), *Liability Of Multinational Corporations Under International Law 1*, 2000, стр. 2.

55 Peter T. Muchlinski, „Human rights and multinationals: is there a problem?“, *International Affairs*, Vol. 77/2011, стр. 40.

56 ОЕЦД има 34 државе чланице развијеног света, а највише из Западне Европе и Северне Америке.

пи најбољи примери ефикасности да се и недржавни актери оптуже за кривична дела.⁵⁷ Један од најважнијих примера одговорности недржавних актера за људска права јесте Међународни кривични суд: Римским статутом се предвиђа одговорност недржавних актера за грубо кршење људских права.⁵⁸

Могућност да се добровољно прихваћене одредбе о одговорности компанија учине обавезујућим тако што ће се уграђивати у уговоре грађанско-правне природе или међународне конвенције по угледу на случај међународног еколошког права остаје отворен. Међународна конвенција о грађанској одговорности за штету од загађења нафтом предвиђа одговорност бродовласника (било да се ради о физичком или правном лицу) за еколошку штету проузроковану управљањем бродом.⁵⁹ Сличне одредбе се налазе и у Конвенцији УН о праву мора.⁶⁰ Занимљиво је да у процесу састављања тих конвенција ниједна држава или компанија није изјавила да се ту ради о „приватизацији одговорности“⁶¹ или слабљењу одговорности држава.⁶²

а) Норме везане за транснационалне корпорације и остала предузећа

Један од првих докумената инициран од стране УН-а биле су „Норме везане за транснационалне корпорације и остала предузећа“⁶³ усвојене 2003. године од стране Поткомисије УН-а за заштиту и унапређење људских права. Норме су донете уз помоћ компанија, синдиката, невладиних организација, мултинационалних компанија и за разлику од других докумената о друштвеној одговорности компанија истичу да транснационална предузећа „имају обавезу да унапређују,

57 В. Stephens, *нав. дело*. Видети и *Nuremberg Charter*, чл. 6 (granting the tribunal authority “to try and punish persons... acting as individuals or members of organizations”).

58 Како наводи Лукас, „У процесу састављања нацрта Статута Међународног суда, јавиле су се дискусије у правцу проширивања одговорности за људска права не само на физичка него и на правна лица, међутим, тај предлог није добио већину и није унет у Статут“. К. Лукас, *нав. чланак*.

59 Међународна конвенција о грађанској одговорности за штету од загађења нафтом (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр 12/2010), чл. 3.

60 Конвенције о праву мора (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 1/86), чл. 137, ст. 1.

61 М. Kamminga, S. Zia-Zarifi, *нав. чланак*.

62 К. Лукас, *нав. чланак*.

63 *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 55th Sess., 22d mtg., Agenda Item 4, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003* (даље: Норме).

осигуравају унапређење и поштују и штите људска права призната као међународна и национална права.⁶⁴ Комисија за људска права имала је за циљ да компанијама непосредно наметне исти обим обавеза заштите људских права које су државе прихватиле првобитним ратификовањем међународних уговора у вези људских права.

Ове Норме нису међународни уговор, нису обавезујуће и као облик меког права представљају својеврсну компилацију људских права изведених из водећих међународних конвенција која би корпорације требало да поштују приликом пословања.⁶⁵ У том смислу, Норме иду даље од обичних иницијатива друштвено одговорног пословања попут Глобалног договора УН-а.⁶⁶ Аутори Норми истичу да се надају да ће документ служити као база за развијање конвенције или другог обавезујућег инструмента међународног права.⁶⁷

Упркос критикама које Нормама упућују нарочито људи из пословног света, оне се могу сматрати солидном основом за „крystalизацију везе између људских права и друштвене одговорности, али на тај начин што се систем позиционира као директан одговор међународног права на корпоративне активности које крше права“⁶⁸ из међународних уговора. Представљају значајан корак за разјашњавање одговорности за људска права коју компаније носе. Веома јасно и прецизно, Норме резимирају кључне области одговорности компанија (недискриминација, право на безбедност, промовисање економских, социјалних и културних права) на једном пољу препуном различитих стандарда, тумачења и перспектива.

Мандат Специјалног представника за људска права, Џона Рагија (*John Ruggie*) успоставља се 2005. године и он покреће програм свеобухватног истраживања и обавештавања релевантних актера преко

64 Документ *E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2* доступан на адреси: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En?Opendocument), 15.4.2014.

65 Више у К. Kinoti, *нав. чланак*.

66 Вид. Alison King, „The United Nations Human Rights Norms for Business and the UN Global Compact“, King Zollinger & Co, 2004, доступно на: <http://www.kingzollinger.ch/pdf/UN%20Norms.pdf>, 14.4.2014.

67 David Weissbrodt, Muria Kruger, „Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights“, *American Journal of International Law*, Vol. 97/2003, стр. 901 и 913 (“*The legal authority of the Norms derives principally from their sources in treaties and customary international law, as a restatement of legal principles applicable to companies.*”); (“[T]he Norms largely reflect, restate, and refer to existing international norms...”). *Ibid.*, 912. Професор Weissbrodt био је један од пет Чланова Поткомисије која је чинила радну групу.

68 D. Kinley, J. Nolan, N. Zerial, *нав. чланак*, стр. 33.

интернет странице⁶⁹ на којој је постављано неколико хиљада страница документације која приказује разне повреде људских права од стране предузећа, стандарде међународног права људских права, коментаре разних тела Уједињених нација, корпоративног права, ефекте разних споразума, и др. Имавши на једном месту различите примере актуелног чињеничног стања уочио је да постоје бројне иницијативе у области људских права и бизниса али да су све недовољно утемељене и надасве фрагментарне.

б) Оквир „Зашићени, њошијуј, оијклони“

Јуна 2008. тадашњи Специјални представник Раги предлаже да Савет за људска права подржи његов Оквир „Зашићени, њошијуј, оијклони“ који је развио током три године истраживања и консултација. У Резолуцији 8/7, Савет за људска права поздравља оквир и тиме му даје својеврсни ауторитативни значај да се уврсти међу легитимне механизме решавања проблема људских права у бизнису.

Три су стуба Оквира:⁷⁰

- Обавеза државе да обезбеди заштиту од повреде људских права од стране трећих лица, укључујући и предузећа (суштински, државе имају најширу обавезу, могу да праве иницијативе, оквире, принуде посредством одговарајуће политике, нормативног регулисања и судског решавања спорова);
- Одговорност корпорација да поштују људска права, тј. да избегавају кршења људских права. Предузећа треба да наступају са дужном пажњом (*due diligence*) и избегавају задирање у права других као и да одстрањују негативни утицај на људска права којем доприносе; морају да имају своје интерне политике, процене ризика;
- Потреба да се жртвама обезбеди већи приступ делотворним средствима судске и вансудске њравне зашићеније (развијање механизма правних лекова, компаније да имају механизме за обештећење и предупредивање настанка штете).

69 Сајт *Business & Human Rights Resource Center*, доступно на адреси: <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home>, 15.4.2014.

70 Сајт *Business and Human Rights Resource Center*, доступно на адреси: <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework>, 15.4.2014.

в) *Руководећа начела о бизнису и људским њравима*

Битно је нагласити још један акт Уједињених нација који је дао посебан допринос спони људских права и бизниса. Специјални представник је до 2011. године операционализовао и разрадио примену свог Оквира и усвојена су „*Руководећа начела о бизнису и људским њравима: сировођење „Зашићити, њошитиј, оћклони“ Оквира Уједињених нација*“.⁷¹

Руководећа начела представљају платформу за креирање појединачних и заједничких активности и разјашњавање последица постојећих стандарда и пракси. Не стварају се нове обавезе, већ се разјашњава оно што је већ постојало, интегрише у кохерентну логичну целину и пружа вођство како би постојећи режим могао да буде унапређен. Начин на који се реализују ова начела није унификован, не постоји ниједан јединствен начин спровођења – сама предузећа и државе чланице ће прилагодити ове принципе својим условима и радити на томе да извуку највише из њих. Наћела имплицирају смислено ангажовање компанија у области људских права, заједничку референтну тачку, дајући репере које требају да постигну и државе и компаније.

Након истека мандата Специјалног представника, основана је посебна радна група УН која ради на људским правима и бизнису. Глобална конференција, тј. Форум који се одржао последњи пут 2. децембра 2013. на тему људских права и бизниса из различитих сектора покренуо је бројна питања из ове области. У Србији, Дански институт за људска права је иницирао анализу постојећег стања права и бизниса у Србији у сарадњи са Београдским центром за људска права.⁷² Они раде на реализацији портала за људска права и бизнис – бесплатног интернет средства за корпорације да се баве људским правима. Циљ је да се омогући свим актерима да се укључе у дебату о изазовима у овој области окупљањем на једном месту свих релевантних чињеница и случајева везаних са кршење и поштовање људских права у пословном сектору.

У већини случајева, међународно право регулише одговорност недржавних актера само посредно. Норме свакако представљају својеврсни преокрет у вези поимања људских права на глобалном нивоу, али директна регулација рада компанија од стране међународне заједнице и даље остаје изузетак. И они аутори који тврде да постоји директна

71 Превод се може наћи у издању публикације Београдског центра за људска права <http://bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/11/Portal-ljudska-prava-i-biznis-rukovodeca-nacela.pdf>, 15.4.2014.

72 Доступно на сајту Београдског центра за људска права: <http://www.bgcentar.org.rs/otvoreni-dijalog-o-uticaju-biznisa-na-ljudska-prava-u-srbiji/>, 15.4.2014.

одговорност суштински се позивају на директну одговорност држава да утиче на компаније, тако да је њихово становиште донекле непотпуно. Чак и када језик самог акта истиче одговорност и обавезу приватних страна, реално је очекивати да ће се таква одговорност заиста и успоставити само онда када сама Држава уговорница споразума препозна ту одговорност у свом националном законодавству.

2. Имплицитна одговорност компанија из Међународних конвенција (Србија)

Имајући у виду разматрања наведена у делу о потенцијалној директној одговорности компанија јасно је да постоји потреба анализе сваког појединачног законодавства Државе чланице како би се установило да ли заиста може да се говори о одговорности компанија.

Један од извештаја Специјалног представника за људска права из 2009. године⁷³ расправља о пружању правног лека за кршења људских права од стране трећих лица, укључујући и бизнис, правећи преглед међународних уговора који су релевантни за ове области између људских права и бизниса. Џон Раги у овом извештају истиче да уколико су компаније и приватни сектор одговорни за кршење људских права треба да постоји и неокрњени жалбени механизам. То би требало да представља индикатор применљивости конвенција у случајевима када приватни сектор крши принципе људских права. У извештају Специјални представник указује на релевантне одредбе појединих конвенција које по њему представљају основ за одговорност приватног сектора.⁷⁴

Овај извештај коришћен је као основа за анализу примена конвенција (које су поменуте у извештају) у Србији кроз упоређивање извештаја које је израдила Србија, невладине организације и сâми комитети који надгледају примену. Анализа тих конвенција и извештаја Србије о примени конвенција из перспективе одговорности предузећа и приватног сектора отвара питање основа за одговорност и компанија за поштовање а самим тим и кршења људских права, а не само примарне одговорности државе.⁷⁵

73 United Nations, Human Rights Council, *Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, A/HRC/11/13/Add.1, 15 May 2009.

74 *Ibid.*

75 Иако је на појединим местима указано на решења у националном законодавству, детаљнија анализа би укључивала и анализу националних прописа Републике Србије што захтева знатно више простора.

а) Грађанска и пољитичка права

Специјални представник анализом *Међународној пакти о грађанским и пољитичким правима* истиче значај члана (2) 3⁷⁶ који обавезује Државе чланице да „гарантују да се свако лице чија су права и слободе признати овим пактом повређени, може користити правом жалбе, чак и ако су их повредила лица у вршењу својих званичних дужности“.

Комитет за људска права, који је надлежан за надзирање примене овог инструмента, охрабрује државе да омогуће рад институција које ће се бавити жалбама на државне и приватне субјекте, што укључује предузећа. У Генералном коментару бр. 31⁷⁷ истиче се да је ова обавеза од кључне важности за Државе чланице. Комитет истиче да би неуспех да се установи адекватна процедура за испитивање навода о нарушавањима људских права могло представљати основ за повреду Пакта. Онда када процедурални истражни поступак постоји а лица одговорна за повреду људских права нису изведена пред правду то опет представља кршење одредаба Пакта, поготово у случају кривичних дела, као што су насиље, мучење и друга нехумана поступања и кажњавања.

Комитет истиче у својим коментарима да су Државе чланице дужне да у складу са Пактом на својој територији и под својом надлежношћу санкционишу нарушавање људских права појединаца од стране приватних актера и осигурају одговарајући жалбени механизам а поготову у случају послодаваца.⁷⁸

76 „3. Државе чланице овог пакта се обавезују: а) да гарантују да се свако лице чија су права и слободе признати овим пактом повређени, може користити правом жалбе, чак и ако су их повредила лица у вршењу својих званичних дужности; б) да гарантују да ће надлежне судске, управне или законодавне власти или свака друга надлежна власт према прописима државе, решавати о правима лица које подноси жалбу, и да прошире могућности подношења жалбе пред судом; ц) да гарантују да ће надлежне власти повољно решити сваку жалбу која буде сматрана оправданом.“ (*Службени лист СФРЈ*, бр 7/71). Међународни Пакт о грађанским и пољитичким правима некадашња Социјалистичка Федеративна Република Југославија ратификовала је 1971. године. Сам Пакт у међународном домену је ступио на снагу тек 1976. године, када је депоновано 35 инструмената о ратификацији држава чланица што је и био неоподан услов за његово ступање на снагу. Република Србија као правни следбеник Државне заједнице Србија и Црне Горе, Савезне Републике Југославије и Социјалистичке Федеративне Републике Југославије наследила је права и обавезе која из Пакта произилазе.

77 Human Rights Committee, *General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Adopted on 29 March 2004, посебно параграфи 15 и 18.

78 Office of the UN High Commissioner for Human Rights, prepared for UN Special Representative John Ruggie, „*State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nations' core Human Rights Treaties: Individual Report on the International Covenant on Civil and Political Rights*“, June 2007, paras. 96–100.

Други периодични извештај о примени Међународног пакта о грађанским и политичким правима⁷⁹ Србија је поднела Комитету за људска права 2009. године, уследили су и извештаји из „сенке“, тј. извештаји невладиних организација и других релевантних актера које је Комитет разматрао и донео закључна опажања.

У извештају Србије се на више места помиње одговорност предузећа, али искључиво у контексту „предузећа и установа којима су поверена јавна овлашћења“. Истиче се да према члану 22 Устава Републике Србије свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом. Даље, члан 35 Устава каже да „свако има право на накнаду материјалне или нематеријалне штете коју му незаконитим или неправилним радом проузрокује државни орган, ималац јавног овлашћења, орган аутономне покрајине или орган јединице локалне самоуправе“. Приватни сектор се не помиње.

У наставку се истиче и жалба која се може поднети Врховном суду као и уставна жалба. Уставом Републике Србије у члану 170 утврђено је да се „уставна жалба може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчена Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту“.

Улога Заштитника грађана сматра се битном за примену овог члана 2 као органа „који штити права грађана и контролише рад органа државне управе, органа надлежног за правну заштиту имовинских права и интереса Републике Србије, као и других органа и организација, предузећа и установа којима су поверена јавна овлашћења“.

Може се закључити да Комитет када је донео закључке 2011. године у вези извештаја Србије није посебно истицао члан 2(3) у контексту одговорности предузећа или трећих лица.

Један од коментара Комитета на извештај био је да држава треба да установи механизам помоћу којег ће моћи да примењује закључке Комитета и предложи мере за примену а самим тим и обезбеди жртвама кршења људских права ефективан правни лек. Комитет сматра да није адекватан ниво средстава алоциран у функционисање Заштитника грађана.

Може се рећи да је одређен помак направљен на том плану. За почетак 2014. године планира се формирање тела Владе Србије као меха-

79 Concluding observations of the Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant – Serbia*, New York, 2011, CCPR/C/SRB/2.

низам за праћење примене препорука УН у области људских права. Ресорни министри који су надлежни за примену релевантних Конвенција на челу са министром правде чиниће овај Савет који је основан на предлог Високог комесара за људска права УН. „Праћење поступања по добијеним препорукама до сада није било системски уређено те се сматра да ће оснивање овог тела допринети бољем установљавању брзине тока примене ратификованих споразума.“⁸⁰ Невладине организације су такође у извештајима истицале кршење људских права везано за пројекат финансиран од стране међународних развојних банака.⁸¹

б) Економска, социјална и културна њрава

Међународни њакт о економским, социјалним и културним њравима не поседује специфичну одредбу која се бави обавезом државе да обезбеди право на жалбу због кршења права која су њом прописана. Међутим, члан 2(1) који каже да се свака држава чланица обавезује „... да предузима кораке како би се постепено постигло пуно остварење права признатих у овом пакту свим одговарајућим средствима, посебно укључујући доношење законодавних мера“.⁸² Комитет за економска, социјална и културна права види као имплицитно прописану такву обавезу.

Комитет истиче значај обавезе државе да надзире послодавце, посебно у вези са принудним и дечјим радом, безбедним условима рада,

80 Доступно на сајту Радио телевизије Србије: http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/Dru%C5%A1tvo/1466644/Osnivanje_tela_za_primenu_preporuka_UN.html, 15.4.2014.

81 Као пример може се навести Пројекат рехабилитације моста Газела у Београду који је добио средства од Европске инвестиционе банке у 2007. приликом чега је велики број ромских породица измештен са територије испод места (где су до тада били настањени у насеобинама које су сами створили). Ромске породице пресељене су у други део града, што је наводно проузроковало бројне проблеме. Невладине организације *CEE Bankwatch* и *Centre for Ecology and Sustainable Development* уложиле су жалбу механизму за обештећење ове банке истичући да је банка лоше проценила „комплексне социјалне последице пројекта“. Године 2010. банка је издала закључак којим је усвојила жалбу рекавши да друштвени стандарди банке нису поштовани у овом случају и предложила кораке за жалбу. Октобра 2012. *CEE Bankwatch* известио је о ситуацији Рома „који сада живе у металним контејнерима у Србији“. Европска банка за реконструкцију и развој је истакла своје изненађење овако тешком ситуацијом и обећала да ће помоћи расељене породице. *Regional Briefing Eastern Europe and Central Asia, „Business & Human rights in Eastern Europe & Central Asia – a round-up of recent developments“*, Business and Human Rights Resource Centre, April 2013, доступно на адреси: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/eeca-regional-briefing-final-apr-2013.pdf>, 15.4.2014.

82 Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71 – Међународни уговори).

и правом на формирање синдиката. Сматра да је обавеза државе „да заштити раднике од нарушавања права која су им загарантована Пактом од стране државних и недржавних послодаваца, укључујући и предузећа“.⁸³ Посебни значај Комитет придаје регулисању активности приватног социјалног осигурања.

Србија је Комитету за економска, социјална и културна права поднела други Периодични извештај марта 2011. године који представља одговор на закључке које је Комитет изнео поводом иницијалног извештаја. Листа питања (*List of issues*) коју је Комитет уочио објављена је у децембру 2013. Упоредујући извештаје и анализом одредаба у контексту друштвене одговорности компанија и споне људских права и пословања предузећа уочено је следеће.

1) Право на једнак третман жена и мушкараца

У параграфу 21,⁸⁴ као одговор на проблем дискриминације полова приликом запошљавања који је изнет у Закључцима, у извештају Србије истиче се да је 2009. донесен Закон о равноправности полова који штити равноправно учешће жена и мушкараца „у свим областима јавног и *приватног* сектора“⁸⁵ у складу са општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима, Уставом Републике Србије. У наставку се образлаже како јавне власти развијају активну политику равноправних могућности у свим областима јавног живота. Не помиње се утицај на предузећа нити се то, на првом месту, сматра проблемом од стране Комитета (у Листи питања).

У вези са чланом 7, Комитет тражи да се „објасни какви кораци су предузети да се осигура једнак третман жена и мушкараца у *јавном и приватном сектору*, посебно једнака накнада за рад у једнакој вредности“.⁸⁶

83 Office of the UN High Commissioner for Human Rights, prepared for UN Special Representative John Ruggie, „State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nations core Human Rights Treaties: Individual Report on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, May 2007, пар. 91, доступно над адреси: <http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-ICESCR-May-2007.pdf>, 15.4.2014.

84 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, „Consideration of reports submitted by States parties under article 16 and 17 of the Covenant, Second periodic reports submitted by States parties – Serbia“, E/C.12/SRB/2, пар. 21 (даље у фуснотама: „Извештај Србије E/C.12/SRB/2“), доступно на http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FSRB%2F2&Lang=en, 24.4.2014.

85 Закон о равноправности полова (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009), чл. 2, ст. 1.

86 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, List of issues in relation to the second periodic report of Serbia, E/C.12/SRB/Q/2, пар. 32 (даље у фуснотама:

2) Право на рад

Као последица економске кризе која се најзнатније осетила у другом кварталу 2008. године, тржиште рада у Србији описано је са карактеристикама „високе незапослености, малог учешћа запослених у *приватном сектору* и слабе мобилност радне снаге“.⁸⁷

У вези са чланом 6. Комитет моли да се опишу мере које су предузете за решавање ових проблема у приватном сектору и слабе мобилности радне снаге, посебно међу женама. Тражи се да се изнесу какви су утицаји активне политике која се спроводи те како се уопште надгледају и оцењују ефекти тих политика. Комитет тражи да се опише како држава утиче на имплементацију радних подстицаја од стране *послодаваца из приватног сектора*.⁸⁸

Проблем нелегалног запошљавања је и даље присутан, с тим да није у тој мери заступљен као ранијих година. По извештају Србије, „нелегално запошљавање је много чешће у *приватном сектору* и углавном је повезано са трговином, кетерингом и индустријама ручне израде. Често су та запослена лица избеглице, расељена лица, пензионери, ђаци, студенти или они запослени којима су смањене активности на раду и нису били плаћени одређено време.“⁸⁹

3) Право на синдикално удруживање

Према извештају који је Србија поднела, „постоји око 20,000 регистрованих синдиката и запослени се често окупљају у синдикалне организације“, с тим да се истиче (без икаквог објашњења) да је заступљеност оваквог вида организовања у *приватном сектору* недовољна.⁹⁰ У Листи питања, Комитет тражи од државе да објасни овај феномен у приватном сектору као и „због чега је регистровање синдикалних удружења предмет стриктних захтева укључујући и неопходну одобрење приликом регистровања од стране министра унутрашњих послова који исто тако има и моћ да разреши синдикална удружења“.⁹¹

Комитет тражи да се укаже на кораке који су предузети да би се обезбедила слобода удруживања у синдикате у приватним компанијама.

„Листа питања E/C.12/SRB/Q/2“), доступно на адреси: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FSRB%2FQ%2F2&Lang=en, 24.4.2014.

87 Извештај Србије E/C.12/SRB/2, пар. 24.

88 Листа питања E/C.12/SRB/Q/2, пар. 17.

89 Извештај Србије E/C.12/SRB/2, пар. 136.

90 *Ibid.*, пар. 35.

91 Листа питања E/C.12/SRB/Q/2, пар. 25.

Исто тако, тражи да држава информисе Комитет о случајевима сукоба запослених са послодавцима у контексту права на синдикално удруживање, као и случајева освете од стране послодаваца, ако постоје, приликом укључивања запослених у активности синдиката.⁹²

4) Право на правичне и задовољавајуће услове рада

Комитет као одговор на извештај, а ради заштите права на правичне и задовољавајуће услове рада, тражи да се поднесу годишњу статистички подаци од 2006. године, укључујући обављене инспекције у области рада и безбедности на раду од стране Инспектората рада као и добивене *„резултате укључујући и зајажња кршења овој људској права у приватном сектору, као и које су најбоље праксе. Захтева се да се описе функционисање Инспектората рада и да се истакне да ли је у његовој надлежности да се баве кршењем радних стандарда или оних који су пријављени од стране запослених“*.⁹³

Заштитник грађана истиче у свом извештају поднесеном Комитету крајем 2013. да све чешће добија притужбе везане за радна права. Значајан број примедби односио се на начин престанка радног односа и немогућност бивших запослених да уживају своја права везана за рад. *„У већини случајева жалбе се односе на рад у приватном сектору, док је број жалби због кршења права везаних за рад од стране јавне администрације... негде мањи.“*⁹⁴ Већ је истакнуто у делу везаном за грађанска и политичка права да по Уставу Србије, заштитник грађана није овлашћен да се бави жалбама уколико нису везана за послодавце из јавног сектора или носиоце јавних овлашћења.

Право на жалбу на рад послодаваца, ови извештаји не помињу, нити се истиче нека ближа изричита веза људских права и бизниса, тј. приватног сектора. Имајући у виду да је Србија последњих десетак година формално у капитализму и да је у тој транзиционој борби за профит дошло до ерозије бројних права загарантованих Уставом, законом и међународним инструментима, значај изричитог установљавања надлежности одређеног органа који ће се бавити оваквим жалбама утолико је потребнији као израз истинске имплементације ове Конвенције.

Доношење новог Закона о раду је одложено за 2014. годину, а јавна дебата крајем 2013. пропраћена је бурним реакцијама. Многи истичу да ће се овим законом обавеза послодавца да исплаћује зараде и

92 *Ibid.*, пар. 26.

93 *Ibid.*, пар. 24.

94 *Observations on Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Government of Serbia, Protector of Citizens, Ref. No. 26836, 2. октобар 2013, стр 9.

отпремине „до апсурда изиграти“.⁹⁵ Поред свих критика које се свакодневно упућују на рачун овог Нацрта (најчешће критике су везане за трајање рада на одређено време које се новим Законом продужава са једне године на 2 године, смањење плата током годишњег одмора, обавеза Србије да законски уреди до марта 2014. године агенције за привремено и повремено запошљавање, и др.), битно запажање је да у Србији не постоје судови за радне спорове нити се тако нешто предвиђа новим Законом. Ово отежава било какво разматрање одговорности компанија за кршење људских права запослених а самим тим и било какве реалне слике о друштвеној одговорности компанија у Србији. Нови закон би требало да уведе строже санкције за послодавце који не поштују људска права запослених, а посебно када је у питању приватни сектор.

Мишљење Европске комисије о раду Србије у овој области више је него релевантно с аспекта процеса интеграција којима Србија тежи. „Процес усаглашавања са ЕУ директивама о безбедности и здрављу на раду је напредовао. У току је рад на изменама и допунама Закона о безбедности и здрављу на раду, уз израду додатних подзаконских аката. У припреми је нова стратегија о безбедности и здрављу на раду за период 2013–2017. Припрема се и регистар повреда на раду. Инспекторат рада је наставио са вршењем инспекцијског надзора, као и са активностима усмереним на подизање свести у овој области, упркос смањењу броја запослених.“ У области социјалног дијалога, национални Социјално-економски савет (СЕС) консултован је у вези са извесним изменама и допунама закона у области запошљавања, рада и образовања; састао се четири пута у току извештајног периода, али извесно је да рад овог тела и даље кочи питање репрезентативности, јер не постоји сагласност о критеријумима за избор синдиката.

„Није постигнут договор између Социјално-економског савета и Владе о минималној заради на годишњем нивоу. Због тога је Влада у априлу одлучила да минимална нето зарада за 2013. остане 115 РСД по сату.“ Потребно је унапредити организације послодаваца на локалном нивоу, као и билатерални социјални дијалог. Област која изазива озбиљну забринутост јесте слаб социјални дијалог, пре свега на трипартитном нивоу.“⁹⁶

95 Сајт часописа „Новости“: <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:470175-Novi-Zakon-o-radu-ce-nas-vratiti-dva-veka-unazad>, 10.4.2014.

96 Европска Комисија, Радни документ особља Комисије, „Извештај о напретку Србије за 2013. годину“, SWD (2013) 412, 2013, стр. 42.

в) Дискриминација жена

Специјални представник за људска права у свом извештају *A/HRC/11/13/Add.1*⁹⁷ поводом *Конвенције о укидању свих облика дискриминације њроштив жена*⁹⁸ истиче да не постоје изричите одредбе о одговорности компанија за кршење људских права али да се у члану 2 кроз набрајање обавеза државе подразумева да је и такво право загарантовано. Комитет који надгледа мониторинг у својим Генералним препорукама (посебно Генерална препорука бр. 26 параграф 25) налаже државама да се супротставе неједнакостима на тржишту рада, укључујући секторе као што су здравство, туризам, пољопривреда и финансијско тржиште. Посебан осврт је направљен на раднице мигранте.

Окренутост ка тржишној економији и процес приватизације који је захватио Србију у протекле две деценије „резултирао је преласком великог удела радне снаге ка приватном сектору, који сада износи скоро 70%“. Жене много чешће раде у јавном сектору који им омогућава сигурност и ретко захтева прековремени рад омогућавајући женама да комбинују своје време са породичним обавезама. Жене чине само 30% запослених у категорији законодаваца, високих званичника и менаџера у јавним и приватним организацијама.⁹⁹

Комбиновани други и трећи периодични извештај Србије¹⁰⁰ поднесен је у последњим данима 2010. а у току 2013. Комитет је донео закључке и завршна разматрања. У извештају се наглашава да је „према Закону о родној равноправности, једнака заступљеност жена и мушкараца у свим областима јавних и *приватних сектора* у складу са општеприхваћеним правилима међународног права, Устава Републике Србије (члан 2), итд.“¹⁰¹

97 *Ibid.*, стр. 19.

98 Конвенција о укидању свих облика дискриминације против жена (*Службени лист СФРЈ*, бр. 11/81).

99 Anna Reva, „Gender Inequality in the Labour Market in Serbia“, *Policy Research Working Paper*, The World Bank, Europe and Central Asia Region, Poverty Reduction and Economic Management Unit, March 2012, стр 8, 9, доступно на адреси: <http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-6008>, 24.4.2014.

100 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, „Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women“, *Combined second and third periodic reports of States parties, Serbia, CEDAW/C/SRB/2-3* (даље у фуснотама: „Извештај Србије *CEDAW/C/SRB/2-3*“), доступно на адреси: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2FSRB%2F2-3&Lang=en, 24.4.2014.

101 Извештај Србије *CEDAW/C/SRB/2-3*, пар. 10.

Међутим, у извештају Србије се процењује да је феминизација сиромаштва веома присутна и наводе се подаци према којима „52,1% жена живи испод границе сиромаштва док је 47,9% мушкараца у оваквој ситуацији. Свака трећа запослена жена има страх од губитка посла и то највише жене запослене у приватном сектору, тј. 47% од њих. Многе жене раде без уговора, без плаћеног стажа и пензионог доприноса, социјалног и здравственог осигурања, без права да иду на плаћен годишњи одмор и без икакве заштите на раду.“¹⁰²

Велики проблем Комитет види у хоризонталној и вертикалној сегрегацији тржишта рада. Наиме, жене су ретко на високим позицијама. „Економски положај жена одређује и чињеница да је знатно више жена радница него жена послодаваца. Најмање је два пута више мушкараца послодаваца него жена послодаваца. Подаци за 2007. годину показују да на 100 мушкараца послодаваца долази 50 жена.“¹⁰³

Према параграфу 210 Извештаја, „Број запослених жена у компанијама и великим предузећима често задовољава стандарде, али у суштини жене су много ређе на позицији доносилаца одлука. Жене често бивају искључене из избора приликом запослења и унапређења због свог брачног стања или због старости, без обзира што стручношћу задовољавају све услове. Прихватају мање атрактивне и лошије плаћене послове, пристају и на уговоре у којима стоје противзаконити услови, на пример „да неће остати трудне.“¹⁰⁴ Комитет тражи да се поради на примени принципа једнаке плате за једнаку вредност рада. На овакав положај жена утиче и даље постојећи патријархални принцип вредности који је и даље утемељен посебно у руралним срединама. Ово утиче и на предрасуде послодаваца.

Када је у питању запошљавање и сиромаштво, процењује се да су жене са инвалидитетом најугроженије. Без одговарајуће школске спреме жене са инвалидитетом нису конкурентне на тржишту рада, те је и проблем запошљавања особа са инвалидитетом алармантан. У 2007. години стопа запослености особа са инвалидитетом износила је 13,6%, а стопа неактивности чак 69%. Жене, необразоване и старије особе са инвалидитетом су у још неповољнијем положају на тржишту рада. Разлози за овако стање су како *предрасуде послодаваца* и недостатак њихове воље да прилагоде радно окружење тако и бојазан особа са инвалидитетом од

102 *Ibid.*, пар. 206.

103 *Ibid.*, пар. 207.

104 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, „List of issues and questions with regard to the consideration of periodic reports“, *Serbia, CEDAW/C/SRB/Q/2-3*, пар. 14 (даље у фуснотама: „Листа питања CEDAW/C/SRB/Q/2-3“), доступно на адреси: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2FSRB%2FQ%2F2-3&Lang=en, 24.4.2014.

губитка права из социјалне заштите. Најугроженије су мајке које не могу да се запосле, јер морају да се брину о детету са инвалидитетом.¹⁰⁵

Повереница за родну равноправност има могућност да покреће поступке и против привредних друштава. Највећи број притужби добија од стране жена, особа старијих од 45 година, са инвалидитетом и Ромкиња које и даље нису довољно оснажене да се правно заштите.

„Када је реч о Закону о раду, усвојене су нове измене и допуне Закона које се тичу породичног одсуства. Још увек нису усвојене мере које имају за циљ стварање флексибилнијег тржишта рада, које су најављене у новембру у оквиру фискалне стратегије.“¹⁰⁶

и) Мучење и друге нељудске или њонижавајуће казне или њосћуици

Комитет који врши мониторинг над применом *Конвенције њро-ћив мучења и друћих сурових, нељудских или њонижавајућих казни или њосћуиака*¹⁰⁷ подсећа да државе морају да спрече и казне насиље извршено од стране приватних лица, јер је познато да институције које се брину о деци, психички оболелим и старијим лицима могу да буду и приватне.

Члан 4 истиче да свака држава мора да настоји да се сви акти тортуре (као и покушаји) према њеном кривичном праву сматрају кривичним делима. Треба истаћи да се у Републици Србији сви поступци који се односе на злостављање на раду воде по члану 137 Кривичног закона који се односи на повреду достојанства.

Упркос доношењу Закона о одговорности правних лица за кривична дела, примена није забележена. „Разлози за то су бројни, а један од њих су свакако и нова нормативна решења која оптику кривичног права, традиционално усмерену ка индивидуалној субјективној одговорности физичког лица као учиониоца кривичног дела, померају ка правном лицу и специфичностима које произилазе из тога.“¹⁰⁸

Листа питања објављена је 2011, док је Периодични извештај Србије достављен у септембру 2013. године. У овим актима се не помиње експлицитно било какав проблем са приватним сектором или одговорности компанија уопште.

105 Извештај Србије CEDAW/C/SRB/2-3, пар. 52.

106 Мишљење Европске комисије 2013, 41.

107 Конвенције против мучења и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака (*Службени лист СФРЈ – Међународни ујовори*, бр. 9/91).

108 Горан П. Илић, „Маргиналије уз Закон о одговорности правних лица за кривична дела“, *Crimen*, бр. 2/2010, стр. 1.

г) Права деце

Факултативни протокол о продаји деце, дечјој проституцији и порнографији¹⁰⁹ имплицитно садржи различите одредбе које се тичу специфичних аспеката жалбе, посебно судске. Овај протокол захтева исплату компензације од стране правно одговорних лица у члану 9. Та лица очито могу бити и недржавни субјекти, укључујући и предузећа.

Комитет истиче потребу покретања поступака за приватне актере који су укључени у економско искоришћавање и дискриминацију, трговину и насиље над децом, и истиче да санкције за ова дела треба да буду што боље медијски пропраћене и доступне јавности како би превентивно деловале на друштво.

Периодични извештај из 2009. између осталог истиче да Закон о раду прописује „новчану казну од 600.000 до 1.000.000 динара за прекршај послодавца са својством правног лица: 2) ако заснује радни однос са лицем млађим од 18 година живота супротно одредбама овог закона (члан 25); 8) ако запосленом млађем од 18 година живота одреди да ради супротно одредбама овог закона (чл. 84, 87 и 88); Новчаном казном од 300.000 до 500.000 динара за прекршај из става 1 овог члана казниће се предузетник. Новчаном казном од 30.000 до 50.000 динара казниће се за прекршај из става 1 овог члана одговорно лице у правном лицу.“

Инспекторат рада Републике Србије је орган који је надлежан за надгледање примене одредаба Закона које се односе на лица испод 18 година старости која имају право на посебну заштиту овим Законом (члан 12). У току инспекције, Инспекторат рада је надлежан да нареди, писаном наредбом, да послодавац исправи кршење права у одређеном року.

У току инспекције, уколико Инспекторат рада установи да је послодавац, директор или приватни предузетник прекршио закон или друге одредбе које се тичу запошљавања (посебно лица млађих од 18 година), поднеће пријаву за отпочињање поступка.¹¹⁰

109 Факултативни протокол о продаји деце, дечјој проституцији и порнографији (Службени лист СРЈ, бр. 7/02).

110 Committee on the Rights of the Child, „Consideration of reports submitted by States parties under article 12, paragraph 1, of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography“, *Concluding observations: Serbia, CRC/C/OPSC/SRB/1*, пар. 77 (даље у фуснотама: „Извештај Србије CRC/C/OPSC/SRB/1“), доступно на адреси: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/OPSC/SRB/CO/1&Lang=En, 24.4.2014.

У Листи питања,¹¹¹ објављеној 2010. године, не помиње се однос приватног сектора и заштите права деце у контексту ове анализе. У Србији постоји велики проблем због недостатка статистичких и других података везаних за дечији рад. Будићи да не постоји пуно истраживања, нити актуелни подаци, тешко је утврдити у којим условима заиста раде деца из руралних средина, а посебно из ромских породица.

ђ) *Права особа са инвалидитетом*

У свом члану 4 *Конвенција о правима особа са инвалидитетом*¹¹² захтева да државе предузму све „неопходне мере да елиминишу дискриминацију на основу инвалидитета од стране било ког појединца, организације или приватног предузећа“. Члан 13 тиче се ефективног приступа правди за лица са инвалидитетом, а у контексту запослења и права ових лица у тим околностима говори и члан 27(1).

С обзиром да је реч о релативно новој конвенцији, Србија је поднела свој иницијални периодични извештај 2012. године Комитету за права особа са инвалидитетом. Још увек нису донети закључци, листе питања или извештаји неких других актера.

У анализи одговорности предузећа у овој области људских права најрелевантнији је *Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом (ЗПЗОСИ)* којим је први пут уведен систем по коме се послодавци обавезују да запосле одређени број особа са инвалидитетом (ОСИ) у зависности од броја запослених, односно величине предузећа (члан 24). Уколико ову обавезу послодавци не испуне ни кроз утврђене алтернативе (чл. 26 и 27) дужни су да уплаћују одређене износе у буџетски фонд за професионалну рехабилитацију и запошљавање особа са инвалидитетом (члан 29). У наредном периоду ће се видети применљивост ових одредби у пракси.¹¹³

„ЗПЗОСИ-ом детаљно је уређено деловање *предузећа* за професионалну рехабилитацију и запошљавање особа са инвалидитетом.“¹¹⁴ Такође, остварује се континуирана сарадња са *предузећима* за професионалну рехабилитацију и запошљавање ОСИ, удружењима ОСИ,

111 Вид. Human Rights Committee, „List of issues to be taken up in connection with the consideration of the second periodic report of Serbia“, *CCPR/C/SRB/2, Ninety-eighth session*, New York, 8–26 March 2010.

112 Конвенција о правима особа са инвалидитетом (*Службени гласник РС*, бр. 42/2009).

113 Вид. Government of Serbia, „Initial report on the implementation of the Convention on the rights of persons with disabilities“, Belgrade, 2012, доступно на адреси: <http://drpi.research.yorku.ca/sites/default/files/files/InitialSerbianRepEn.pdf>, 25.4.2014.

114 *Ibid.*, пар. 59.

послодавцима и другим субјектима, управо у циљу подизања нивоа свести како послодаваца, тако и самих ОСИ о могућностима за запошљавање и упознавању са правима и обавезама у вези са радом и запошљавањем.¹¹⁵

ЗПРЗОСИ-ом су прописани подстицаји за запошљавање ради стварања услова за равноправно укључивање ОСИ на тржиште рада, процену радних способности, професионалну рехабилитацију, обавезу запошљавања ОСИ, услове за оснивање и обављање делатности *предузећа* за професионалну рехабилитацију и запошљавање ОСИ, друге посебне облике запошљавања и радног ангажовања ОСИ, као и друга релевантна питања.¹¹⁶

Као посебне облике запошљавања и радног ангажовања особа са инвалидитетом ЗПРЗОСИ уводи нове форме организовања и то: предузећа за професионалну рехабилитацију и запошљавање особа са инвалидитетом; социјална предузећа и социјалне организације; радни центар.¹¹⁷

ЗПРЗОСИ је, као меру афирмативне акције, увео обавезу запошљавања ОСИ за сваког послодавца који има најмање 20 запослених. Ова мера ступила је на снагу 23. маја 2010. године.¹¹⁸ Послодавац који запосли ОСИ под посебним условима може остварити право на рефундацију примерених трошкова.¹¹⁹

У току је, у складу са Законом о социјалној заштити (ЗСЗ), израда Подзаконског акта о евиденцији и документацији пружалаца услуга социјалне заштите. Како се новим ЗСЗ обезбеђује плурализам у области пружања услуга социјалне заштите (установе и организације социјалне заштите које се финансирају из буџета, удружење, *предузетник*, *привредно друштво* и други), овим подзаконским актом се уводи обавеза редов-

115 *Ibid.*, пар. 101.

116 *Ibid.*, пар. 295.

117 *Ibid.*, пар. 300.

118 *Ibid.*, према пар. 63 послодавац који има од 20 до 49 запослених дужан је да у радном односу има једну ОСИ, а на сваких наредних започетих 50 запослених дужан је да запосли по једну ОСИ. Послодавац који није у могућности да испуни прописану обавезу запошљавањем може да учествује у финансирању зарада ОСИ (на месечном нивоу) запослених у предузећима за професионалну рехабилитацију и запошљавање ОСИ или социјалном предузећу и организацији, сразмерно броју особа које није запослио. Послодавац који испуни финансијске обавезе из уговора о пословно-техничкој сарадњи, куповини производа или вршењу услуга са предузећем за професионалну рехабилитацију и запошљавање ОСИ, у вредности од 20 просечних зарада у привреди Републике Србије, према последњем објављеном податку републичког органа надлежног за послове статистике, извршио је обавезу запошљавања једне особе са инвалидитетом, у периоду од 12 месеци.

119 *Ibid.*, пар. 33.

ног извештавања о броју корисника услуга, врстама пружених услуга, примени стандарда квалитета, броју жалби и притужби корисника на коришћење услуга и друго.¹²⁰

Према проценама из Извештаја Европске Комисије, „социјалну интеграцију особа са инвалидитетом треба додатно побољшати“.¹²¹

е) Права радника миграната и чланова њихових породица

Конвенција о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица у свом члану 68 предвиђа санкције за лица и групе лица и ентитете који организују и асистирају у илегалном кретању радника миграната, као и за предузећа која запошљавају ова лица. Обавеза се проширује на активности бизниса који се бави трговином или запошљавањем радника миграната.¹²² Комитет¹²³ истиче значај адекватне регулације, укључујући и лиценцирање агенција које запошљавају, као и битност регуларног надгледања и инспекције радних места поготово у пољопривредном сектору. Србија ову конвенцију није ратификовала али јесте друге конвенције МОП-а које у великом делу обухватају и аспекте који су обрађени у овој конвенцији.

VI Закључни прилаз

Рад је имао за циљ да прикаже веома динамичну и комплексно избалансирану слику односа људских права и бизниса у контексту друштвене одговорности компанија у раду Уједињених нација. Посебан осврт придат је примени конвенција УН-а у Србији.

Имајући у виду детаљну анализу, може се рећи да питање одговорности компанија за кршење људских права под окриљем међународног права тренутно постоји само као импровизовани механизам у виду руководећих принципа и упућујућих норми који више подсећају на филозофске правце и правна теоретисања него правом утемељен механизам спровођења записаног у дело.

Међународни трендови крећу се у смеру стандардизације и разјашњавања одговорности компанија у области људских права. Та одговорност је у раду сагледана из две перспективе (1) са гледишта директне одговорности компанија за поштовање људских права од стране

120 *Ibid.*, пар. 369.

121 Мишљење Комисије, стр. 12.

122 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, „High Level Dialogue on International Migration and Development – Key OHCHR Messages“, August 2006.

123 Вид. више „Извештај A/HRC/11/13/Add.1“, фн. 73.

компанија и (2) са гледишта одговорности државе за људска права која имплицитно указују на одговорност предузећа. Тренутно се оба приступа одвијају на националном и међународном нивоу, где је наспорнији, али и најсеобухватнији приступ питање директне одговорности компанија.

Из те перспективе може се установити да се на међународном нивоу, људска права постепено уграђују у постојеће концепте и иницијативе у области друштвене одговорности пословног света. Све је чвршће уверење да људска права морају бити саставни део сваког друштвено одговорног понашања у пословном свету. Али, и даље је говорити о јасној „моралној“ одговорности пословног сектора имајући у виду основну сврху пословног сектора (стицање профита) донекле апсурдно и далекосежно.

Могуће је говорити о одговорности компанија изнад права само онолико колико је могуће говорити о остваривању ширих друштвених циљева компанија повезаних са стицањем профита. Утолико се изградња јасних правила правне заштите може сматрати значајнијом.

Овде је важно имати на уму да уопштене одредбе, као што су Норме УН, треба примењивати флексибилно од случаја до случаја: корпорације које експлоатишу природне ресурсе имају другачију одговорност за људска права у односу на корпорације које запошљавају – преко произвођача – раднице у производњи текстила у радном окружењу где су забрањени синдикати, а зараде су испод стандарда Међународне организације рада.

Државе су и даље одговорне за већину случајева кршења људских права, чак и у случајевима кад су корпорације те које крше људска права, државе имају висок степен учешћа. Исто тако, мора се нагласити да утврђивање одговорности компанија за људска права не значи да ће се самим тим државе решити своје одговорности.

Из друге перспективе, са становишта имплицитне одговорности компанија које произилазе из обавезе државе а на примеру Србије, постоје још нека разматрања. Транзиција и ситуација у којој се Србија налази већ две деценије не даје основ за веровање да би се овакав приступ друштвеној одговорности приватног сектора могао брзо развијати.

У случају Републике Србије може се рећи да постоје неки елементи који омогућавају да се у међународном праву људских права може говорити и о одговорности пословног сектора, али би таква решења требало дорађивати у циљу експлицитнијег повезивања ових питања.

Као што је већ поменуто, Специјални представник за људска права помиње у својим извештајима како Конвенције УН-а на различитим местима истичу процедуралне и материјалне аспекте обавезе државе

да обезбеди право на правни лек у случају пословања предузећа. На случају Србије, као што је приказано, отворено је питање колико далеко се може ићи са оваквим тумачењем. Бројни извештаји уопште не садрже осврт на било какву одговорност приватног сектора док чињеница да се Заштитник грађана и жалбени механизми односе само на кршења права од стране јавних институција не доприноси јачој одговорности компанија за кршење људских права у Србији. Утолико је забрињавајућа чињеница што не постоје механизми заштите од компанија када се у званичним извештајима Србије везаним за примену Конвенција УН-а помиње нарушавање људских права посебно на раду и то понајвише у приватном сектору.

Битно је сагледати стање Србије кроз призму приступања Европској унији, где би Србија требало да има у виду токове у овој области и то као један од дугорочних циљева, али оправдано је веровати да ће овај процес дуго трајати. Стање у Србији посебно карактеришу проблеми у примени прописаних стандарда заштите а изградња стабилних институција представља један од озбиљнијих изазова у процесу европских интеграција.

Може се закључити да је концепт људских права и бизниса и даље у повоју и остаје у сфери правне филозофије. Само онолико колико су државе чланице ратификовале међународне уговоре, тј. примениле одредбе међународних уговора у своје законодавство, само толико је могуће говорити о одговорности компанија. Без обзира колико се компаније показивале као друштвено одговорне, и даље остаје питање доказивања. Међутим, хитније него икада, морају се пронаћи одговори и реаговати на изазове процеса глобализације у коме су недржавни актери стекли економску и политичку моћ и изазвали или допринели кршењу људских права. Међународна заједница је несумњиво направила велики помак на овом плану отварајући дебату али и даље остаје осетан и видљив раздор између самих економских корпорација и Влада, јединих чинилаца који у ствари заиста могу да начине промене на овом плану.

Jelena TODIĆ

POLITICS AND ACTS OF UNITED NATIONS ORGANIZATIONS REGARDING CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY – HUMAN RIGHTS AND BUSINESS

Summary

Paper aims to analyze the United Nations politics and treaties on the relation between human rights and business sector in the context of corporate social responsibility. Special attention is given to the analysis of the implementation of the international conventions that Republic of Serbia ratified in the sphere that tangles social responsibility for the human rights infringements in the private sector. Paper presented international treaties' corporate social responsibility from two perspectives (1) from the standpoint of direct corporate responsibility for the human rights infringements (Business & Human Rights) and (2) from the standpoint of the state responsibility for the human rights which implies the corporate responsibility. Author feels that "Corporate Social Responsibility" can be perceived as the sort of a governance concept, whereas "Business and Human Rights", being relatively newer concept, could be understood as an attempt of the firmer foundation of direct corporate responsibility for the human rights infringements in international law. The analysis supports the stance that these concepts are still in the sphere of improvised mechanisms, guiding principles and referral norms – more part of the legal theory and philosophy than subject of practice in the companies worldwide and especially in Serbia.

Key words: *corporate social responsibility, business & human rights, company, United Nations, Serbia, international conventions, private sector.*

СТЕЧАЈНО ПРАВО

др Душица ПАЛАЧКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

СТАНДАРД „ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ“ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Резиме

Проблем применљивости стандарда из чл. 6 ст. 1 Европске конвенције на стечајне поступке изазован је, а условљен низом посебности које карактеришу ову судску процедуру. Не упуштајући се, дакле, у анализирање проблема које примена овог члана оствара у свим судским и управним поступцима, покушали смо да, веома рескриптивним приступом, одаберемо мањи број интересантних и важних питања, а пре свих, она која се тичу појма „одлучивање“, „грађанска права и обавезе“, „спор“ и (или) „расправа“ и „разуман рок“. Одабир теме условљен је неопходношћу да државе које су прихватиле Европску конвенцију обезбеде заштитну права чији корис она садржи, односно да у поступцима заштите тих права обезбеде остварење гаранција „правичног суђења“. Додатни, вероватно и преовлађујући мотив, било је и сазнање да се у релевантним одлукама Европског суда за људска права против државе Србије о повреди права из чл. 6 ст. 1 у стечајном поступку, не закључује, по правилу, самостално, већ уз повреду учињене у другом, са стечајним поступком повезаним, грађанским судским поступцима. На основу анализирања ограниченог броја проблема могло би се закључити да је стандард „правично суђење“ и самостално применљив на стечајне поступке.

Кључне речи: правичност суђења, стечајни поступак, грађанска права, спор, хитност, разуман рок.

I Уводне напомене

Темељни принципи поступања судова у грађанским (и кривичним) судским поступцима садржани су у одредби чл. 6 ст. 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.¹ Реч је о низу гаранција „правичног суђења“ које се морају спецификовати и у зависности од модела судске процедуре, карактеристика конкретне правне ствари, учесника и др. Стога је сасвим исправно закључити да и у стечајном поступку стандард „правично суђење“ има низ посебности. Пре свих, стечајни поступак не подразумева „суђење“ у класичном значењу са аспекта грађанских судских поступака² које, начелно, полази од постојања „спора“ о грађанским правима и потребе да се он реши судском одлуком. Само уколико постоји „спор“ између стечајних поверилаца и стечајних дужника о наступању разлога за покретање стечајног поступка, то је и предмет одлучивања у стечајном поступку. Спорна потраживања, односно „спор“ о постојању и висини потраживања стечајних поверилаца, насупрот томе, условљава упућивање на парницу, односно разрешавање изван стечајног поступка, али утичући на његов ток и дужину трајања. Стога је већ и на основу ових почетних констатација могуће поставити питање применљивости чл. 6 ст. 1 ЕК на стечајне поступке. Уз то, уколико се у одлукама Европског суда за људска права против Републике Србије и помиње стечајни поступак у контексту повреде права из ове одредбе ЕК, то се чини посредно, „везивањем“ уз друге поступке у којима се одлучује о грађанским правима и обавезама (извршни, парнични). Но, остварење гаранција из чл. 6 ст. 1 ЕК обавеза је, пре свега, на националном нивоу. Уз то ЕК се непосредно примењује у Републици Србији. Стога се чини важним прокоментарисати питање применљивости стандарда поменутог члана у односу на стечајни поступак. Ширина теме не допушта анализирање свих, бројних питања повезаних уз тему применљивости.

1 Видети Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (са додатним Протоколима, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010; даље: ЕКЉП).

2 Сам стечајни поступак се, према ставу наше теорије грађанског процесног права, пак, убраја у грађанске судске поступке. Вид: Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, 16. издање, Београд, 2010, стр. 609.

II Применљивост чл. 6 ст. 1 ЕК у стечајном поступку – „грађанска права и обавезе“, постојање „спора“, односно „расправе“

Ипак, формулација чл. 6 ЕКЛП, односно да се, укратко, сваком гарантује право на правично суђење „током одлучивања о грађанским правима и обавезама“ даје основ за подвођење и стечајних поступака под домен његове примене. Израз „током одлучивању“ („у одлучивању“, „при одлучивању“), као превод енглеског термина „*in the determination*“ у литератури која анализира праксу Европског суда за људска права³ повезује се уз даљи текст овог члана и „право на правичну и јавну *расправу*“, односно покушава се пронаћи значење појма „спор“ или „расправа“. Ово је, такође, последица различитих термина које користи енглеска и француска верзија текста ЕКЛП, при чему у француској налазимо израз „спорови“ („*contestations*“), док у енглеској не налазимо овај термин.⁴ Не улазећи у дубљу анализу референтне, и за постављени проблем релевантне, праксе Суда,⁵ могло би се закључити да се је нужан услов применљивости чл. 6. ст. 1 на одређену врсту судског поступка постојање спора који се, међутим, екстензивно тумачи, у материјалноправном, а не „техничком“, процесноправном смислу, као спор о стварном постојању права, подручју (домашају, обиму) примене права или начину његовог вршења.⁶

Овакав закључак Суда интересантан је са аспекта стечајног поступка, посебно у случају банкротства. Наиме, намирење поверилаца, било продајом целокупне имовине стечајног дужника или дужника као правног лица или према усвојеном плану реорганизације којим се врши редефинисање дужничко-поверилачких односа,⁷ свакако је питање

3 Даље: Суд.

4 Вид. Александар Јакшић, *Евројска конвенција о људским правима – Коменџар*, Београд, 2006, стр. 169, 170.

5 Одлуке суда о овом питању су бројне, нпр., у случају *Athanassogou and Others v. Switzerland*, од 6.4.2000, пар. 43, доступно на адреси: <http://echr.ketse.com/doc/27644.95-en-20000406/view/>, 20.3.2014, у којој се, уз позивање на раније случајеве, *Fayed v. the United Kingdom*, 21.9.1994, Series A no. 294-B, стр. 45–46; *Masson and van Zon v. Netherlands*, 25.9.1995, Series A no. 327-A, стр. 17, пар. 44; *Balmer-Schafroth and Others*, 26.8.1997, Reports of Judgements and Decisions 1997-IV; *Le Calvez v. France*, 29.07.1998, Reports 1998-V, стр. 1899–900, пар. 56.

6 Вид. Žil Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava* (превод Никола Крзнарић), Београд, 2006, стр. 161, 162, као и референтне одлуке Суда које аутор наводи. Такође, видети у А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 169, 170, референтне одлуке Суда о овоме.

7 Вид. Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2011, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС; даље: ЗС РС), чл. 1 ст. 3, 4.

остварења имовинских права стечајних поверилаца, односно њихове реализације, барем у одређеном обиму, или на специфичан начин ако је у питању реорганизација.

У стечајном поступку „спорно“ може бити постојање стечајног разлога, о чему одлучује стечајни судија, а одредбе ЗС РС о заказивању рочишта упућују на „расправу“ о овом питању.⁸ Спор, према пракси Суда, мора бити „*genuine and serious*“; дакле стваран (прави, истинит) и озбиљан,⁹ и „битно релевантан“ за права на која се лице позива.¹⁰ Такође, исход поступка мора бити „непосредно одлучујући за право у питању“,¹¹ што је одлика стечајног поступка. Дакле, пракса Суда указује да је чл. 6 ЕКЉП применљив на све врсте поступака „чији је резултат од одлучујућег значаја за одређење грађанских права и обавеза“.¹² Тест применљивости чл. 6 ст. 1 „пролази“ спор о правним, али и о чињеничним питањима.¹³ Следи да је ова одредба применљива и на стечајне поступке, ако је реч о испуњености услова да се поступак односи на „грађанска права и обавезе“ под које је, у својој пракси, Суд подвео „обавезе које настају у међусобним односима правних и физичких лица у области грађанског или приватног права – облигација, стварног, наследног, привредног, породичног, радног права“.¹⁴ Обухваћени су, свакако, имовинскоправни захтеви,¹⁵ али и имовинскоправне позиције, односно, исход поступка мора бити одлучујући за приватна права или обавезе.¹⁶ У

8 Вид. ЗС РС, чл. 68, 69, о заказивању рочишта и расправљању и одлучивању о покретању претходног стечајног поступка и отварању стечајног поступка.

9 Вид. *Athanassogou and Others v. Switzerland*, нав. у фус. бр. 5.

10 Вид. *Balmer-Schafroth and Others*, нав. у фус. бр. 5.

11 Вид. одлука у случају *Acquaviva v. France*, 21.11.1995, бр. 46, доступно на адреси: <http://echr.ketse.com/doc/19248.91-en-19951121/view/>, 20.3.2014.

12 Вид. А. Јакшић, нав. *гело*, стр. 170, уз позивање на одлуку у случају *Ringeisen*, 16.7.1971, Series A, no. 13, пар. 39.

13 Вид. одлука у случају *Bentham v. Netherlands*, 23.10.1985, пар. 32, доступно на адреси: <http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/455>, 20.3.2014, у којој су наведени услови теста применљивости чл. 6 у односу на неопходност постојања „спора“. Може бити интересантно навести и да Суд као „спор“ прихвата ситуацију када о правној ствари нема споразума међу странкама, ако је исход спора непосредно одлучујући за право из домена примене чл. 6 ЕКЉП, као у случају *Debelic v. Croatia* из 2006, пар. 21, 22, 23, доступно на адреси: <http://www.google.rs/>, 2.4.2014.

14 Теа Горјанц-Прелевић, *Право на суђење у разумном року*, Збирка изабраних пресуда Европског суда за људска права у случајевима проишав Босне и Херцеговине, Хрватске, Македоније, Словеније и Србије, Сарајево, 2010, стр. 17 (уз позив на Nuala Mole and Catharine Harby, *The right to a fair trial – A guide to the implementation of the Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2001, 2006).

15 *Ibidem*, стр. 165.

16 Ž. Ditertr, нав. *гело*, стр. 166; Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Zagreb, 2013, стр. 714, уз

питању су „економски интереси“, а у односу на тужбу, односно „захтев“ то подразумева да је „новчане природе“, односно да се заснива на кршењу права која се могу изразити у новцу (новчаној вредности).¹⁷ Тзв. танка веза или удаљене последице спора на грађанска права, према пракси Суда нису довољне.¹⁸ Материјално, односно супстанцијално право у смислу примене чл. 6 ст. 1 је оно које постоји по домаћем, националном праву, односно Суд, кроз тумачење ове одредбе ЕКЉП, не може стварати нова, која немају правни основ у националном правном систему.¹⁹

Поменимо, у овом контексту, и одлуку у случају *Sukobljevic v. Croatia*,²⁰ у којој Суд с обзиром на прекид свих грађанских судских поступака као процесноправну последицу отварања стечајног поступка и могућност оспоравања потраживања пријављених од стране стечајних поверилаца, односно наставак грађанских судских поступака када стечајни управник преузме њихово вођење, сматра „да је у овом предмету утврђивање права и обавеза подносиоца захтева „грађанске нарави“ у смислу чл. 6 ст. 1 Конвенције, започело у грађанскоме поступку, а наставило се у стечајном поступку.“²¹

Материјално, односно супстанцијално право на које је чл. 6 ст. 1 ЕКЉП применљив само оно које постоји по домаћем, националном праву, те да Суд, кроз тумачење чл. 6 не може стварати материјално право које нема правни основ у националном праву.²²

III Применљивост чл. 1 Протокола бр. 1

Уз ЕКЉП, од посебног интереса за заштиту грађанских права је допунски Протокол бр. 1 уз Конвенцију.²³ Одредба чл. 1 Протокола гласи: „Свако физичко или правно лице има право на неометано уживање своје имовине („*possessions*“). Нико не може бити лишен своје имовине

позивање на одлуку у случају *Pudas v. Sweden*, 27.10.1987, пар. 35, доступно на адреси: <http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeanourttohumanrights/nr/628>, 20.3.2014.

17 Вид. Одлука у случају *Éditions Périscope v. France*, 26.3.1992, пар. 40, доступно на адреси: <http://echr.ketse.com/doc/11760.85-en-19920326/view/>, 2.4.2014.

18 Вид. Одлука у случају *Le Compte, van Leuven at De Meyere v. Belgium*, 23.6.1981, Series A, no. 294-B, пар. 45, према: J. Омејес, *нав. дело*, стр. 716, 718, 719.

19 Вид. Одлуку у случају *Roche v. UK*, 19.10.2005, доступно на адреси: <http://echr.ketse.com/doc/32555.96-en-20051019/view/>, 20.3.2014.

20 Одлука у случају *Sukobljević v. Hrvatska*, 2. studeni 2006, доступно на адреси: <http://www.google.rs/search>, 1.4.2014, даље: *Sukobljević*.

21 Вид. пар. 37. Одлуке у случају *Sukobljević*.

22 Вид. одлуку у случају *Roche v. UK*, нав. у фус. бр. 19, 19.10.2005.

23 Протокол је усвојен 20.3.1952. и саставни је део ЕКЉП, па је, као такав и ратификован у Србији (вид. фус. бр. 1), даље: Протокол.

(„*property*“), осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права.“ Оригинални текст ЕКЉП у верзији на енглеском језику користи, дакле, два различита термина,²⁴ што је условило потребу тумачења при чему је Суд заузео став да је реч о аутономном појму и тумачио га веома екстензивно. Већ у најранијим пресудама²⁵ Суд резонује да се на овај начин гарантује мирно уживање права својине.²⁶ Даље, појам права својине није ограничен „на власништво над телесним покретним и непокретним стварима“,²⁷ већ „свако право којему Европски суд признаје имовинску нарав у смислу Конвенције.“²⁸ Оваква права независна су од „формалне класификације у домаћем праву“.²⁹ Одлука у случају *Gavella v. Croatia*³⁰ многоструко је значајна и са аспекта применљивости чл. 1 Протокола у стечајном поступку, посебно тумачење Суда да се под „имовином“, односно правима којима се придаје имовинска природа у смислу ЕКЉП, односно Протокола, морају разумети и „постојећа имовина“, постојећа имовинска права, и „потраживања“ („*assets*“), укључујући и захтеве („*claims*“), за које подносилац представке може тврдити да има бар „легитимно очекивање“ („*legitimate expectation*“) које, опет, мора бити конкретније природе од саме наде („*hope*“) да ће бити реализовано, односно да ће подносилац стећи делотворно уживање „*property rights*“ (права власништва, права својине).³¹

Допунски услов од значаја за захтеве који се постављају у стечајном поступку, а који се односе на облигациона права, односно потраживања

24 Тако у Хрватској, вид. нпр. Ј. Омејес, *нав. дело*, стр. 952, користи се термин „власништво“ у оба случаја. У нашој литератури се указује на неадекватност употребе термина „имовина“ у званичном преводу ЕКЉП, уз аргументацију да то може условити заблуду да чл. 1 Протокола пружа заштиту „свакој имовинскоправној позицији титулара овог права коју би он могао да има у унутрашњем правном поретку“, вид. код А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 368.

25 Вид. Одлуку у случају *Marckx v. Belgium*, 13.6.1979, пар. 63, доступно на адреси: <http://echr.ketse.com/doc/6833.74-en-19790613/view/>, 20.3.2014.

26 Вид. код А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 368; Ј. Омејес, *нав. дело*, стр. 954, 955, за ширу расправу о терминологији и проблемима које може условити.

27 Вид. код А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 369.

28 Вид. код Ј. Омејес, *нав. дело*, стр. 955.

29 Вид. Одлуку у случају *Gavella v. Croatia* (даље: *Gavella*), 11.7.2006, доступно на адреси: <http://echr.ketse.com/doc/33244.02-en-20060711/view/>, 24.3.2014, „2. The Court's assessment“, уз позивање на Одлуку у случају *Former King of Greece and Others v. Greece (GC)*, no. 25701/94, пар. 60, ЕНЦР 2000-XII.

30 *Ibidem*.

31 Уз позив на одлуке у случају *Gratzinger and Gratzingerova v. Czech Republic (dec) (GC)*, no. 39794/98, ЕНЦР 2002-VII, пар. 69 и *Kopecký v. Slovakia (GC)*, 44912/98, ЕНЦР 2004-IX, пар. 35.

која су имовинског карактера, и који, такође, следи из одлуке у случају *Gavella*, јесте да захтеви морају бити довољно утемељени да би били „извршиви“, односно подобни за извршење („...only when it is sufficiently established to be enforceable“).³² Таква су неоспорена потраживања у стечајном поступку, док су оспорена, која тек треба „утврдити“ у парничном поступку заправо до тада проблематична.

Значајно је подсетити да Суд у већини одлука успоставља везу извршног и стечајног поступка. Таква је, нпр., одлука у случају *Качапор* против Србије,³³ у којој је заузет став да „пропуст државе да изврши правноснажне пресуде донете у корист подносиоцима представке представља мешање у њихово право на мирно уживање имовине,³⁴ односно да „држава не може да наведе недостатак сопствених средстава ни недостатак средстава дужника као изговор за неизвршење о коме је реч“. Такође, у низу одлука о одговорности државе за дугове предузећа са већинским друштвеним капиталом неизвршавањем правноснажних судских пресуда, Суд је потврдио свој став да овај вид одговорности постоји и прихватио постојање повреде права на правично суђење уз образложење да је једина обавеза подносиоца представке да поднесу предлог за извршење на основу овакве пресуде, односно да у поступку стечаја против дужника пријаве потраживања.³⁵ Или, Суд схвата стечајни поступак као наставак извршења.³⁶

32 Суд се позива на ранију праксу, односно Одлуку у случају *Kopecký v. Slovakia*, нав. у фус. бр. 19, пар. 49, и одлуку у случају *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9.12.1994, Series A 301-B, стр. 84, пар. 59, доступно на адреси: <http://echr.ketse.com/doc/13427.87-en-19941209/view/> којом се прихвата став да се као „имовина“ штити потраживање утврђено арбитражном, коначном и обавезујућом, одлуком, али и потраживање из неправноснажне судске одлуке уколико је у довољној мери утврђено да се може извршити.

33 Вид. Одлуку у случају *Качапор* против Србије, доступно на адреси: <http://www.google.rs/search>, 2.4.2014.

34 При томе Суд подсећа на своју значајну релевантну праксу у којој је овакав став већ прихваћен, а овде, посебно на Одлуку у случају *Budrov* против Русије, бр. 59498/00, пар. 40, ECHR 2002-III, вид. пар. 119 Одлуке *Качапор* против Србије, нав. у фус. бр. 33.

35 Вид. Одлуку у случају *Јовчева* против Србије, 5.11.2013, пар. 23, доступно на адреси: http://www.zastupnik.mpravde.gov.rs/images/Jovcova_p_49198_10_ser.pdf, 2.4.2014, уз позивање на Одлуку у случају *Качапор* против Србије, нав. у фус. бр. 33.

36 Вид. Три пресуде Европског суда за људска права у контексту дугова предузећа са већинским друштвеним капиталом: *Мајс Експорт-Импорт, Брану и Јујокока и Јовчева* против Србије, доступно на адреси: <http://www.zastupnik.mpravde.gov.rs/cr/articles/presude/u-odnosu-na-rs/tri-presude-evropskog-suda-za-ljudska-prava-u-kontekstudu-gova-preduzeca-sa-vecinskim-drustvenim-kapitalom-majs-eksport-import-branu-i-jugokoka-i-jovcova-protiv-srbije.html>, 4.4.2014.

IV Применљивост стандарда „суђење у разумном року“

Као елемент чл. 6 ЕКЉП, право на суђење у разумном року једна је од гаранција правичног суђења. О стандарду „разуман рок“ Суд се изјашњавао у мноштву пресуда, практично је то питање у коме је његова пракса најбогатија. Ипак, полазиште, формулисано већ у првим одлукама од стране Суда,³⁷ о параметрима који се морају процењивати у сваком конкретном случају како би се оценила разумност трајања судског поступка, остали су неизмењени до данас.³⁸ Критеријуми усвојени од стране Суда отварају извесна питања поводом стечајног поступка. Тако, нпр., да ли се стечајни поступак може сматрати „сложеним“? Водећи рачуна о елементима које је у својој пракси Суд узимао у обзир при оцени овог параметра, међутим, увек, с обзиром на околности конкретне правне ствари, какви су, нпр., број странака, сложеност вештачења или већи број статусних промена странке³⁹ одговор би могао био позитиван.

У одређивању разумне дужине трајања поступка од интереса је када почиње и када се завршава рачунање рока. За стечајни поступак је од интереса моменат пријаве потраживања од стране стечајних поверилаца, с обзиром на одредбу ЗС РС, чл. 51 ст. 2, односно да својство странке повериоци стичу подношењем пријаве потраживања у складу са овим законом. Но, у складу са одредбом чл. 52, повериоци могу и пре подношења пријаве потраживања да учествују у стечајном поступку, на начин и у обиму прописаном овим законом, што свакако подразумева и само покретање стечајног поступка на основу одредбе чл. 55 ст. 1 ЗС РС. Дакле, већ и питање почетка рачунања разумног рока у стечајном

37 Вид. Одлуку у случају *Zimmermann at Steiner v. Switzerland*, 13.7.1983, Series A, No. 66, пар. 24. доступно на адреси: <http://echr.ketse.com/doc/8737.79-en-19830713/>, 2.4.2014.

38 Реч је о: сложености материјалних и процесних питања која случај покреће (сложеност предмета спора), поступање предлагача (његово понашање у току укупног трајања свих поступака на националном нивоу), поступање судова на националном нивоу и осталих органа власти и важност правне ствари за предлагача. Поменимо, овде, с намером, пример Словеније, која, Законом о заштити права на суђење у разумном року (*Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebneга odlašanja*, *Uradni list RS*, бр. 49/2006, чл. 4, доступно на адреси: http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/PDF/Publikacije_brosure/pub_zvpsbno.pdf, 2.4.2014, додаје још један, много егзактнији критеријум процене, за који нам се чини да треба да буде прихваћен и у нашем праву. Реч је о поштовању правила о редоследу решавања предмета у суду, поштовању законских рокова за заказивање рочишта и израду судских одлука који би требало да буду прихваћени и код нас.

39 Видети Т. Горјанц-Прелевић, *нав. дело*, стр. 29, односно одлуке наведене у фус. бр. 115, 117, у којима су разматрани ови чиниоци, посебно одлуку у случају Маркоски против Македоније, стр. 68.

поступку је сложен проблем и подразумева индивидуализирање. Додатно, ситуацију компликује оспоравање потраживања уз упућивање на парницу, односно урачунавање времена трајања парничног поступка, који, опет, треба да се оконча у разумном року. Овим се, према нашем виђењу, истовремено потврђује и чињеница сложености самог стечајног поступка. Слично, и када је парница у погледу потраживања према стечајном дужнику већ у току у моменту отварања стечајног поступка, а с обзиром на правне последице отварања стечаја, утврђивање права и обавеза може започети у парничном, а наставити се у стечајном поступку, као и обрнуто. Поменимо став Суда из одлуке у поменутом случају *Sukobljević* односно да се парнични поступак није могао наставити пре него што је потраживање испитано у стечајном поступку.⁴⁰ Накнадна пријава потраживања, могућа према одредби чл. 111 ст. 5 ЗС РС⁴¹ и после рока одређеног решењем стечајног судије, у преклузивном року од 120 дана од дана објављивања огласа, такође је околност која утиче на време рачунања разумног рока у стечајном поступку.

У односу на окончање стечајног поступка, поред проблема везаних уз могућност вођења парничних поступака у вези оспорених потраживања, за која, се према одредби чл. 141 ЗС РС, морају „резервисати“ средства из стечајне масе,⁴² додатни је, и чини се и компликованији проблем, само уновчење имовине стечајног дужника као и потенцијална немогућност уновчења одређених ствари или имовине, генерално гледано. Поменимо да одредбе о деоби у ЗС РС⁴³ не помињу ову могућност, односно да то није учињено ни одредбама о уновчењу.⁴⁴ Чињеница је, наиме, да се у околностима економске кризе свакако може појавити проблем немогућности уновчења, односно продаје, што условљава и продужење самог трајања стечајног поступка. Корективни механизми јесу извесна решења ЗС РС, пре свих она о деоби „пре“ или „после“ главне деобе, а према динамици прилива готовинских средстава,⁴⁵ као и о томе да се завршној деоби може приступити и после уновчења „претежног дела“ стечајне масе ако главном деобом није обухваћена целокупна стечајна маса.⁴⁶ Ипак, тек уз допуну решењем које садржи Стечајни

40 Вид. пар. 51 Одлуке у случају Сукобљевић, нав. у фус. бр 19.

41 У вези с накнадном пријавом потраживања је, свакако и одржавање допунског роцишта из одредбе чл. 111 ст. 6 ЗС РС.

42 Наиме, издваја се износ који би поверилац добио да његово потраживање није оспорено, у сразмери одређеној решењем о главној деоби, до правноснажног окончања поступка.

43 Одредбе чл. 138–148, ЗС РС, укључујући главну и завршну деобу.

44 Видети одредбе чл. 131–138 ЗС РС.

45 Вид. одредбу чл. 138 ст. 2 ЗС РС.

46 Вид. одредбе чл. 144 ст. 2 ЗС РС.

закон Хрватске,⁴⁷ односно да, на завршном рочишту, стечајни повериоци, између осталог, одлучују о „неуновченим предметима стечајне масе“, и, при томе, према ставу у литератури, могу препустити предмет одређеном стечајном повериоцу, уз његов пристанак и уз урачунавање у стечајну квоту, или уз исплату примерене своте у готовини, или и бесплатно.⁴⁸ Но, постојање објективне немогућности уновчења свакако не сме бити преовлађујући фактор у оцени (не)разумности дужине трајања стечајног поступка.

Са друге стране, чињеница је да ЗС РС пројектује стечајни поступак као хитан, уз забрану застоја и прекида поступка,⁴⁹ као и забрану „повраћаја у пређашње стање“.⁵⁰ Реализација овог процесног начела у најдиректнијој је вези са дужином трајања поступка, а примарно се тиче дужине рокова и распореда заказивања и одржавања рочишта. У складу са теоријским ставовима о циљевима стечајног поступка, од којих су свакако најзначајнији елиминисање из привредноправног промета привредног субјекта који није у ситуацији да обавља делатност, макар делимично намирење (његових) стечајних поверилаца и заштита општег привредног интереса (или амбијента),⁵¹ начело хитности је оправдано. Тако је, на нормативном нивоу, учињен и корак даље у односу на стандард „разуман рок“. Но, пракса не потврђује и примену овог општег начела стечаја. Не улазећи у анализу свих релевантних одредби ЗС РС, поменимо, ипак, да већ одредбе о обавезама стечајног управника имају за циљ ефикасност у поступку. Тако, нпр, решењем о отварању стечаја именује се стечајни управник, односно привремени стечајни управник или организација која је посебним законом одређена да обавља послове стечајног управника.⁵² Надаље, стечајни управник има рок од 30 дана од именовања да састави „план тока стечајног поступка са предрачуном трошкова и временским планом“⁵³ али и да започне са пописом имови-

47 Stečajni zakon Republike Hrvatske, NN, бр. 44/1196, 29/1999, 129/2000, 123/2003, 82/2006, 116/2010, 25/2012, 133/2012; даље: СЗ РХ, чл. 193 ст. 1, доступно на адреси: <http://www.zakon.hr/z/160/Ste%C4%8Dajni-zakon>, 3.4.2014.

48 Вид. више код Јасница Гарашић, „Завршна деоба у стечајном поступку“, *Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, в. 28, бр. 1, 2007, стр. 3, доступно на адреси: http://hrcak.srce.hr/index.php?show=toc&id_broj=2290, 4.4.2014.

49 Видети чл. 8 ст. 2 ЗС РС.

50 Видети чл. 43 ст. 3 ЗС РС. Приметимо да се терминологија ЗС РС разликује у односу на ону из Закона о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011), наднаслов чл. 109, који користи термин „враћање у пређашње стање“, а да су прописи донесени скоро истовремено и да је реч о идентичном процесном инструменту.

51 Видети Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *нав. дело*, стр. 611.

52 Вид. ЗС РС, чл. 20 ст. 1–4, чл. 19 ст. 2, чл. 22 ст. 1.

53 Вид. ЗС РС, чл. 27 ст. 1 тач. 2.

не стечајног дужника у року од десет дана од дана именовања и оконча пописивање у року од 30 дана од дана именовања.⁵⁴

Приметимо да су, сходно одредби чл. 8, рокови прописани ЗС РС преклузивни, ако није другачије одређено овим законом,⁵⁵ што већ на овом месту прво, отвара проблем да ли је остављени рок од најдуже 30 дана за пописивање дужникове имовине преклузиван, и, друго, да ли је и реалан, у шта нисмо убеђени. Ако је схваћен као преклузиван, што одговара начелу хитности, то би, у складу са схватањем преклузивности значило да се радња по протеклу рока више не може предузети. То, свакако, није прихватљиво када је пописивање имовине стечајног дужника у питању, с тога што је реч о обавезној радњи без које се стечајни поступак не може спровести. Такође, једина законска консеквенца у случају пропуштања је она из чл. 32 ст. 2, према којој се стечајни управник разрешава: „ако не поштује рокове одређене овим законом“, и то чини стечајни судија, *ex officio* или на предлог одбора поверилаца, уз истовремено именовање новог стечајног управника.⁵⁶ Али, ова законска решења и гаранције не обезбеђују хитност поступања у стечајном поступку. Разрешење и именовање новог стечајног управника свакако пролонгира даљи ток поступка. Уз то, нереално је очекивати да се стечајни управници могу кретати у оквиру наведених законских рокова, посебно у ситуацијама када је стечај отворен над привредним субјектима чија имовина је већег обима и вредности, који запошљавају већи број радника, или који, могуће, немају ни уредне евиденције, односно пословне књиге. То да стечајни управник има овлашћење да ангажује стручна страна или домаћа правна или физичка лица, уз сагласност стечајног судије, као помоћ у вршењу својих законских овлашћења, јесте од помоћи у придржавању рокова, али значајно повећава трошкове стечајног поступка што је контрапродуктивно у сваком, па и стечајном поступку.⁵⁷ Директно је, пак, противно једном од општих начела стечајног поступка, начелу економичности из чл. 5 ЗС РС.⁵⁸ Идентичан закључак следи и уколико се узму у обзир одредбе ЗС РС о надзору над радом стечајног

54 Према смислу одредаба ЗС РС чл. 27 ст. 3, односно започињање пописивања у року од десет дана по именовању и окончање пописивања 30 дана по именовању.

55 У истом смислу је и решење из одредбе чл. 43 ст. 2 ЗС РС, да се „предлози, изјаве и примедбе не могу (се) подносити по истеку рока који је овим законом прописан за њихово подношење, као и у случају изостанка са рочишта на којем је ове радње требало предузети, осим ако је овим законом другачије одређено“.

56 Такође, одредбом чл. 32 ст. 1, стечајни управник се разрешава и „ако не испуњава своје обавезе“, а на основу чл. 18 тач. 6. ЗС РС обавеза је стечајног судије да „одлучује о примедбама на радње стечајног управника“.

57 Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *нав. дело*, стр. 620.

58 Одредба предвиђа да се стечајни поступак спроводи тако да, поред остварења највеће могуће вредности имовине стечајног дужника и највећег могућег степена

управника, с обзиром да је и последица изречене дисциплинске мере разрешење које врши стечајни судија, али то, подразумева спровођење управног поступка, односно, такође, значајан губитак времена и противи се, опет, начелу хитности.⁵⁹ Стога се чини да оваква, ригидна решења ЗС РС о поменутих изузетно кратким роковима поступања стечајног управника, не погодују очекиваној последици значајног убрзања стечајног поступка.⁶⁰

Супротно оваквим решењима, односно изричито предвиђеним, кратким роковима, Стечајни закон Републике Хрватске,⁶¹ нпр, не предвиђа уопште посебне рокове за састављање „почетног стања имовине“ стечајног дужника, предрачуна трошкова стечајног поступка и за одређивање „повереништва за попис имовине“. Надаље, разрешење стечајног управника се врши протеком једне и по године од дана одржавања извештајног рочишта, ако стечајни управник није уновчио имовину која улази у стечајну масу тако да се може приступити завршној деоби, односно протеком девет месеци ако имовину која улази у стечајну масу чине највећим делом покретне ствари које је лако уновчити, или и раније ако своју дужност не обавља успешно или из других разлога.⁶²

Поменимо, на овом месту, и да сама одредница ЗС РС о томе да стечајни управник треба да изврши „попис имовине“ није најсрећније одабрана, односно да је, свакако, исправније рећи „почетни попис“ или, како то чини СЗ РХ „почетно стање имовине дужника“. Наиме, могућа неуредност евиденција стечајног дужника и слични проблеми условљавају и могуће проблеме стечајном управнику у састављању пописа његове укупне имовине, стечајни биланс и порески биланс са стањем на дан отварања стечајног поступка као и да га, у року предвиђеном пореским прописима, достави пореском органу уз пореску пријаву.

намирења поверилаца све то учини и „у што краћем времену и са што мање трошкова“.

59 Вид. ЗС РС, чл. 26.

60 Закон о стечајном поступку (*Службене новине Федерације БиХ*, бр. 29/2003, 33/2004, 47/2006), чл. 25 ст. 2, предвиђа рок од 45 дана за израду детаљног пописа стечајне масе и предају стечајном судији, а предвиђена је и могућност новчаног кажњавања стечајног управника, у оквиру мера надзора над његовим радом, који је поверен стечајном судији, и, „ако постоји важан разлог“, смена и именовање другог стечајног управника, а према одредби чл. 27. Слична решења важе и у Републици Српској (Закон о стечајном поступку Републике Српске, доступно на адреси: <http://www.vladars.net/sr-sp-cyrl/vlada/ministarstva/mpr/Documents/zakon%20o%20stecajnom%20postupku.pdf>), чл. 29 ст. 2 и чл. 31 ст. 1, 4.4.2014.

61 СЗ РХ, чл. 24, овлашћења стечајног управника, чл. 25, дужности стечајног управника и чл. 27, разрешење стечајног управника.

62 Вид. СЗ РХ, чл. 27 ст. 1 и 2.

У односу на рочишта, ЗС РС следи настојање на ефикасном спровођењу стечајног поступка у мери у којој то регулатива ове сложене процедуре допушта. Или, на нормативном нивоу, постојећа решења, нпр., чл. 36 ст. 1, према којој се прво поверилачко рочиште заказује решењем о отварању стечајног поступка, уз истовремено, и истим актом, сазивање седнице скупштине акционара (ако није формирана пре овог рочишта)⁶³ чл. 36 ст. 2, којим се одређује рок за одржавање првог поверилачког рочишта, а у складу са начелом хитности су и одредбе о избору одбора поверилаца⁶⁴ и низ других. Ипак, чини се да пракса не потврђује реализацију циљева пројектованих нормативом.

„Правично суђење“ у стечајном поступку захтева, свакако, анализирање низа других проблема, који у овом раду нису поменути, какве су, нпр., процесне гаранције, пре свих право на покретање поступка, право на независан и непристрасан суд, право на правни лек, равноправност у коришћењу процесних инструмената и др., што свакако даје могућност даље, шире обраде ове теме.

Dušica PALAČKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac

“FAIR TRIAL” STANDARD IN A BANKRUPTCY PROCEEDING

Summary

The problem of applying Art. 6 par. 1 of the European Convention of Human Rights to bankruptcy proceedings is caused by a number of specific traits that characterize this type of court proceedings. Without trying to go into a detailed analysis of the problems that the application of this Article opens in all court and administrative proceedings, we have attempted to be restrictive and select a number of interesting and significant issues that are, before all, related to the following topics: “adjudication”, “civil rights and duties”, “dispute”, “argumentation” and “reasonable time”. The selection of a topic is preconditioned by the necessity that the countries that ratified this Convention should ensure the protection of rights embodied in its corpus, that is that ensuring of these

63 Ово је, такође, омогућено одредбом чл. 35 ст. 1 ЗС РС, односно да се скупштина поверилаца „формира најкасније на првом поверилачком рочишту“.

64 Вид. ЗС РС, чл. 38 ст. 9.

rights should constitute the guaranty of “fair trial”. The additional and, possibly, prevailing, motivation came from the fact that some relevant decisions of the European Court of Human Rights against the state of Serbia related to the violation of Art. 6 par. 1 of the Convention in bankruptcy proceedings did not refer exclusively to this kind of proceeding, but were passed in connection with the violation of rights in some other civil court proceedings. Having analyzed a restricted number of problems, we could conclude that the “fair trial” standard can be independently applied to bankruptcy proceedings as well.

Key words: *fair trial, bankruptcy proceeding, civil rights, dispute, urgency, reasonable time.*

Марко РАДОВИЋ
докторант Правног факултета Универзитета у Београду

ПОЛОЖАЈ ЗАЛОЖНИХ („ХИПОТЕКАРНИХ“) ПОВЕРИЛАЦА У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Резиме

Разлучни повериоци у стечајном праву познати су као привилеговани повериоци стечајног дужника. Њихов правни статус према стечајном дужнику дефинисан је у нашем позитивном законодавству. Међутим, у новијој пракси привредних судова почела се правити разлика између положеја разлучних и изв. заложних („хипотекарних“) поверилаца у стечајном поступку.

Како заслује за регулисање тренутној положеја изв. заложних („хипотекарних“) повериоца у стечајном поступку припадају искључиво судској пракси, у погледу јасно дефинисања њихових права и обавеза у нашем позитивном стечајном законодавству постоји правна неуређеност.

Ошуда се основни циљ овог рада састоји у тежњи да се укаже на потребу отклањања недоумица у вези појмовно дефинисања ових поверилаца, односа њиховој положеја са правима и обавезама разлучних поверилаца, начин њиховој намирења у стечајном поступку, као и положеја у поступку реорганизације.

Размишљање ових питања посебно добија на значају услед чињенице да и код рада на најављеним изменама и дојунама стечајној закон постоје решења у погледу положеја ових поверилаца, о којима вреди расправљати.

Кључне речи: заложни поверилац, хипотекарни поверилац, разлучни поверилац, стечај.

I Уводна одређења

У стечајном поступку, као законом регулисаном начину колективног намирења поверилаца стечајног дужника, потраживања поверилаца могу бити различите природе. То узрокује и последицу да њихов положај може бити више или мање привилегован. Отуда се као најчешће присутна јавља подела потраживања у стечајном поступку на обезбеђена и необезбеђена (потраживања поверилаца стечајне масе и стечајних поверилаца).¹ Поред наведених, имаоци неког стварног или другог апсолутног права, које искључује могућност стечајних органа да уновче предмет тог права ради намирења стечајних поверилаца, називају се излучним повериоцима.

Устаљено је схватање да су обезбеђени повериоци стечајног дужника имаоци разлучног права, одн. права одвојеног намирења из стечајне масе до висине вредности заложене ствари (права). Међутим, у новијој судској пракси, поред разлучних помињу се и тзв. заложни („хипотекарни“) повериоци. Њихов правни статус није регулисан нашим позитивним стечајним законом,² већ је регулисање њиховог положаја у стечајном поступку искључива заслуга судске праксе.³

Под тзв. заложним односно хипотекарним повериоцима у стечајном поступку подразумевају се повериоци који имају главно потраживање према трећем лицу а ради његовог обезбеђења успостављена је залога на имовини стечајног дужника.⁴ Ови повериоци у току спровођења стечајног поступка пред привредним судовима, као стварно надлежним, не могу своја права остваривати попут разлучних.⁵

Неспорна је потреба разликовања њиховог статуса у стечајном поступку у односу на разлучне повериоце, који поред обезбеђења на имовини стечајног дужника имају и доспело потраживање према њему. Међутим, услед недоречености позитивног стечајног закона, остала су отворена бројна питања у вези регулисања права и обавеза тзв. заложних („хипотекарних“) поверилаца и њиховог односа са разлучним повериоцима.

Отуда ће у овом раду превасходно бити речи о приступу судске праксе при дефинисању појма, права и обавеза тзв. заложних („хипо-

1 В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, *Актуелна ишћања савременој законодавства*, Будва, 2005, стр. 175.

2 Закон о стечају (*Сл. гласник РС*, бр. 114/2009).

3 *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2011, Београд, стр. 110.

4 *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2012, Београд, стр. 195.

5 Радни материјал са двадесетпрвог саветовања судија привредних судова, 2013, стр. 187.

текарних“) поверилаца у стечајном поступку, као и њиховом односу према различним повериоцима. Други део посвећен је проблемима које приступ судске праксе по напред наведеним питањима узрокује услед неусклађености са регулативом позитивног стечајног права (*de lege lata*). На крају ће бити критички разматране предложене измене и допуне стечајног закона,⁶ у оквиру којих законописац настоји да тзв. заложног („хипотекарног“) повериоца појмовно дефинише и детаљније регулише његов правни статус у стечајном поступку.

II Појам тзв. заложног („хипотекарног“) повериоца у стечајном праву

Владајуће је схватање у правној теорији да заложно право представља стварно право на туђој ствари на основу кога поверилац може наплатити своје потраживање из вредности заложене ствари пре осталих поверилаца, уколико дужник не испуни обавезу о доспелости.⁷ Отуда се заложни поверилац у грађанском праву дефинише као субјект заложног права. Он у основи има два права: једно је главно, облигационоправног карактера и састоји се у праву потраживања према дужнику, а друго је заложно право које је споредно, особеног стварноправног карактера и служи обезбеђењу потраживања. Као споредно, заложно право зависно је од облигационог права. Уколико потраживање није доспело, не може се захтевати наплата према предмету обезбеђења. Исто и ако главно потраживање није пуноважно, ни заложно право не може опстати.⁸ Но, да би се у овом случају спречила наплата потраживања из заложене ствари, потребно је превасходно у судском поступку утврдити неваљаност правног посла из ког потиче главно потраживање обезбеђено залогом.

6 Након окончане јавне расправе о радној верзији Нацрта закона о изменама и допунама закона о стечају од 27. октобра 2013. године, дефинисан је Предлог закона о изменама и допунама закона о стечају, који је у скупштинску процедуру уврштен 31. децембра 2013. године. Видети: www.parlament.gov.rs.

7 О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, 9. издање, Номос, Београд, 1996, стр. 232. На сличан начин заложно право дефинисано је и у упоредном праву. Видети: чл. 447 Аустријског грађанског закона; чл. 1113–1296 Немачког грађанског законика; чл. 796 Швајцарског грађанског законика.

8 О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 233, о томе говоре: „Ако је потраживање настало из правног посла који је ништав или рушљив (који је поништен) ни заложно право не може постојати, те дужник може захтевати брисање хипотеке или повраћај ствари предате у залог.“ Слично у односу на хипотекарне повериоце: С. Јокић, „Хипотекарни повериоци и њихова судска, вансудска и различна намирења“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2007, стр. 403.

Најчешће је дужник у облигационоправном односу истовремено и заложни дужник. Али то не мора бити обавеза. Могуће је да једно лице буде дужник у облигационоправном односу, а да неко друго лице путем залогe гарантује за извршење главне обавезе. Догађа се да раздвајање главног и заложног дужника наступи од самог заснивања заложноправног односа, али до овога може доћи и касније.⁹

Управо у случају када на пасивној страни дође до раздвајања главног и заложног дужника, заложни поверилац се, по становишту судске праксе,¹⁰ у случају отварања стечајног поступка према заложном дужнику налази у специфичном положају у односу на разлучног повериоца.

Постоји недоумица како ове повериоце назвати, да би се направила јасна разлика у односу на разлучне повериоце. Судска пракса, услед законске неуређености овог питања, остала је недоречена, па су ови повериоци називани „заложним односно хипотекарним повериоцима“.¹¹ И при покушају законописања измена и допуна стечајног закона постојала је дилема по овом питању. Прво је било говора о тзв. „хипотекарном повериоцу“,¹² а потом је усаглашен став да ове повериоце ваља називати „заложним повериоцима“.¹³

Тако се у стечајном праву под заложним повериоцем подразумева лице које има заложно право на стварима и правима стечајног дужника о којима се воде јавне књиге или регистри, а нема истовремено и нов-

9 Овде долази до изражаја начело следовања, које уз право првенства представља два главна овлашћења заложног повериоца, слична осталим стварним правима. Право следовања се начелно испољава у могућности заложног повериоца да се наплати из предмета залогe и у случају када се она у току трајања заложноправног односа отуђи. Додуше, домашaj права следовања код залогe на покретним стварима знатно је ужи него код залогe на непокретностима (хипотеке).

10 *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2012, Београд, питање бр. 22, стр. 214.

11 Радни материјал са двадесетог саветовања судија привредних судова Републике Србије, 2012. година, питање бр. 8, стр. 203. Недоумица у погледу дефинисања разлучног повериоца и тзв. хипотекарног повериоца видљива је и у Закону о стечајном поступку Федерације Бих (*Службене новине Федерације БиХ*, бр. 29/03, 33/04, 47/06), чл. 38 ст. 2 тач. 1.

12 Према радној верзији Нацрта закона о изменама и допунама закона о стечају од 27. октобра 2013. године, у чл. 21 дефинисан је појам „хипотекарни поверилац“. Видети: www.privreda.gov.rs.

13 Након одржане јавне расправе у чл. 19 званичног Предлога закона о изменама и допунама закона о стечају, достављеног Народној скупштини Републике Србије дана 31.12.2013. године, помиње се поред разлучног и „заложни поверилац“. Употреба овог појма је коректнија услед чињенице да се залага може засновати како на покретним стварима (ручна залага), тако и на непокретним (хипотека). Отуда је исправније ове повериоце називати само заложним, а не хипотекарним.

чано потраживање према стечајном дужнику, које је наведеним правом обезбеђено и није разлучни поверилац.¹⁴

Иако су и разлучни повериоци у највећем броју случајева управо заложни повериоци, посебним дефинисањем заложних поверилаца и њиховог положаја у стечајном поступку, не долази до забуне приликом употребе ова два правна појма.

Међутим, макар у теорији ваља истаћи да се може јавити недоумица у погледу дефинисања заложног повериоца према општим прописима који регулишу залог на покретним и непокретним стварима,¹⁵ у односу на поимање заложног повериоца у стечајној пракси и вероватно будућем стечајном законодавству. Наиме, док се у законским прописима о залози под заложним повериоцима подразумевају лица која путем конституисаног заложног права могу наплатити своја потраживања из вредности заложених ствари (права) пре осталих поверилаца у случају да дужник не испуни обавезу о доспелости, с друге стране се у оквиру стечајног права тзв. заложним повериоцима сматрају сасвим друга лица, односно само она која имају залог на имовини стечајног дужника, а главно потраживање према трећем лицу.¹⁶

Различитим поимањем заложних поверилаца у општим законским одредбама које регулишу залог и с друге стране у стечајноправној регулативи не доприноси се правној уређености. Отуда је можда прикладније не инсистирати на дефинисању ових поверилаца у стечајноправној регулативи као „заложних поверилаца“, већ говорити само о специфичном положају заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима.

III Однос положаја заложних поверилаца са потраживањем ка трећим лицима према статусу разлучних поверилаца у позитивном стечајном праву

Правни положај заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима у стечајном поступку није регулисан позитивним

14 Видети: Предлог закона о изменама и допунама закона о стечају, чл. 19.

15 Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (*Сл. гласник РС*, бр. 57/03, 61/05, 64/06 – испр. и 99/2011 – др. закон) и Закон о хипотеци (*Сл. гласник РС*, бр. 115/05). У оквиру одредаба ових закона говори се само о „повериоцима“, под којима се подразумева да је реч о хипотекарним, односно „заложним повериоцима“.

16 Већина стечајних закона упоредног права дефинисање заложних поверилаца на овај начин не познају, па се не може рећи да се ради о правном транспланту. Видети нпр.: Немачки стечајни закон (*Insolvenzordnung*), чл. 48–51; Амерички US Collection code (*Bankruptcy code*), чл. 501–511; Енглески стечајни закон (*Insolvency act*), чл. 328, 383 и 386.

нормама стечајног закона. Одређивање њиховог положаја у стечајном поступку искључива је заслуга судске праксе. Отуда је, зарад одређења права и обавеза ових поверилаца у стечајном поступку, најприкладније упоредити њихов положај у односу на разлучне повериоце.

Разлучни повериоци су повериоци стечајног дужника који имају право првенственог намирења из средстава остварених продајом имовине (ствари или права) стечајног дужника на којој су, у периоду најкасније шездесет дана пре отварања стечајног поступка, стекли заложно право, законско право задржавања или право намирења на стварима и правима о којима се воде јавне књиге или регистри. Разлучни повериоци, као обезбеђени, начелно нису стечајни повериоци. Међутим, две су ситуације које закон познаје када разлучни повериоци могу имати правни статус стечајних поверилаца. Прва се односи на случај када је износ њиховог потраживања већи од износа средстава остварених продајом имовине на којој су стекли разлучно право, када право на намирење за разлику у висини тих износа остварују као стечајни повериоци. У другом случају разлучни повериоци имају право на сразмерно намирење из стечајне масе као стечајни повериоци, ако се одрекну свог статуса разлучног повериоца или ако без своје кривице не могу намирити своје разлучно потраживање.¹⁷

У складу са наведеним, да би се поверилац у стечајном поступку могао легитимисати као разлучни, он мора: према стечајном дужнику имати правноваљано потраживање; да је то потраживање обезбеђено правом залоге, правом ретенције, односно правом намирења; да је право залоге, ретенције или право намирења стечено на правноваљан начин и благовремено.¹⁸

С друге стране, заложни повериоци са потраживањем према трећим лицима, у стечајном поступку немају новчано потраживање према стечајном дужнику. Њихово потраживање према трећим лицима само је обезбеђено заснивањем залоге на имовини која улази у стечајну масу стечајног дужника. У томе је основна разлика у односу на разлучне повериоце, па је став судске праксе да они своја права не могу остварити као разлучни повериоци.¹⁹

17 Закон о стечају, чл. 49. Немогућност стицања положаја разлучног повериоца обезбеђивањем потраживања у последњих шездесет дана пре отварања стечаја начелно је била позната у нашем праву још у чл. 11 ст. 3 Стечајном закону Краљевине Југославије од 22. новембра 1929. године. Видети: О. Госпавић, *Стечајно право Краљевине Југославије*, Београд, 1936, стр. 39.

18 М. Велимировић, *Стечајно право*, Нови Сад, 2004, стр. 53. Слично: В. Митровић, *Стечајно право са нарочитим освртом на српско законодавство*, Београд, 1926, стр. 126.

19 Другачија је ситуација код оних поверилаца који имају потраживање према стечајном дужнику, а то потраживање обезбеђено је залогом на ствари (праву) трећег лица. Они су стечајни повериоци.

Услед наведене разлике, по становишту судске праксе, заложни повериоци са потраживањем према трећим лицима, насупрот различним, нису у обавези да подносе пријаву потраживања у стечајном поступку. Они евентуално могу обавестити стечајног управника о постојању њиховог заложног права.²⁰ На тај начин не стичу својство странке у стечајном поступку,²¹ па не могу остварити никакав утицај на ток стечајног поступка.²²

У односу на различно право које се остварује искључиво у стечајном поступку, осим у случају доношења одлуке о укидању забране извршења и намирања, став је судске праксе да заложни поверилац са потраживањем према трећем лицу, има право да се након продаје имовине која чини предмет залогe намири из вредности заложене ствари, када његово потраживање доспе, у складу са правилима заложног права.²³ То значи да заложни поверилац није у могућности да писаним захтевом тражи од стечајног судије евентуално доношење одлуке о забрани извршења и намирања на имовини која чини предмет залогe. Различним повериоцима наш стечајни закон пружа ову могућност.²⁴ Такође, насупрот различним повериоцима, заложни повериоци са потраживањем према трећим лицима не могу у стечајном поступку поднети предлог на основу којег стечајни судија може донети одлуку о адекватној заштити имовине која је предмет обезбеђења њихових потраживања.²⁵

У случају продаје имовине која је предмет обезбеђења потраживања једног или више различних поверилаца, различним повериоцима омогућено је да, у законом прописаном року, предложe повољнији начин уновчења имовине.²⁶ Услед заузетог становишта судске праксе да заложни повериоци са потраживањем према трећим лицима не могу имати статус различног повериоца, њима није дозвољен никакав утицај на продају имовине стечајног дужника, па ни на предлагање повољнијег начина продаје предмета залогe.

Чак и након продаје предмета залогe, остаје отворено питање на који начин ће бити намирени заложни повериоци према трећим лицима. Обзиром да немају положај различног повериоца, они се не могу

20 *Билџен судске љраксе љривредних судова*, бр. 3/2012, Београд, питање бр. 9, стр. 193.

21 Сходно чл. 51 ст. 2 Закона о стечају, прописано је да повериоци стичу својство странке у стечајном поступку подношењем пријаве потраживања.

22 Заложни повериоци не могу узети учешће у раду скупштине поверилаца и одбора поверилаца.

23 Решење Привредног апелационог суда бр. 5 Пж. 3212/2012 од 7.11.2013. године.

24 Закон о стечају, чл. 93 ст. 4.

25 Закон о стечају, чл. 93 ст. 6.

26 Видети: Закон о стечају, чл. 133 ст. 6.

намирити на начин предвиђен за намирење разлучних поверилаца.²⁷ У том случају, неопходно је да стечајни управник издвоји из стечајне масе вредност остварену продајом предмета обезбеђења заложног повериоца са потраживањем према трећем лицу и чека моменат доспећа главног потраживања из правног посла заложног повериоца са трећим лицем. Тако средства остварена продајом имовине не могу служити намирењу поверилаца у стечајном поступку све до момента истека рока за испуњење обавезе главног дужника из основног посла.

Заложни повериоци стечајног дужника са потраживањем према трећим лицима не могу бити подносиоци плана реорганизације стечајног дужника. Још значајније је да се ови повериоци не сврставају у посебну класу разлучних поверилаца.²⁸ Став је судске праксе да ови повериоци немају ни право гласа у поступку усвајања предложеног плана реорганизације.²⁹ Тиме је практично заложним повериоцима са потраживањем према трећим лицима онемогућен било какав утицај на предмет залоге у поступку реорганизације заложног дужника. Отуда, њихова права ни на који начин не смеју бити умањена предложеним планом реорганизације и поред чињенице да по овом питању постоји празнина у нашем позитивном стечајном закону.

IV Проблеми судске праксе при регулисању положаја заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима у позитивном стечајном праву

Очигледна је потреба посебног регулисања положаја заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима у односу на статус разлучног повериоца у току стечајног поступка. Чињеница да нису у облигационоправном односу са стечајним дужником, односно према њему немају потраживање, не дозвољава овим повериоцима да могу утицати на ток стечајног поступка стечајног дужника попут разлучних поверилаца. Међутим, макар у теорији права се може поставити питање усклађености статуса заложних поверилаца са потраживањем

27 Из остварене цене од продатог предмета обезбеђења разлучних поверилаца прво се намирују трошкови продаје који укључују и награду стечајног управника, а из преосталог износа исплаћују се разлучни повериоци у складу са њиховим правом приоритета. Намирење разлучних поверилаца мора бити извршено у року од три дана од дана када је стечајни управник примио средства по основу продаје имовине, како предвиђа чл. 133 ст. 11 Закона о стечају.

28 Потраживања разлучних поверилаца сврставају се у посебну класу у односу на потраживања стечајних поверилаца, у складу са чл. 165 ст. 3 Закона о стечају.

29 Радни материјал са двадесетпрвог саветовања судија привредних судова, 2013, питање бр. 54, стр. 209.

према трећим лицима, постојаног у судској пракси, са позитивноправним нормама нашег стечајног законодавства. У том поређењу видљиво је неколико проблема, о којима вреди расправљати.

На првом месту, дилему ствара питање да ли је став судске праксе, да повериоци који су своје потраживање према трећем лицу обезбедили уписом хипотеке на имовини стечајног дужника не могу имати различно право у случају стечаја хипотекарног дужника, усклађен са позитивним прописима који регулишу хипотеку.³⁰ У закону који регулише хипотеку прописано је да у случају када је предмет хипотеке у стечајном поступку, поверилац има „различно право засебног намирења из вредности непокретности“.³¹ Овде се свакако мисли на хипотекарног повериоца, без обзира да ли он има главно потраживање према хипотекарном дужнику или трећем лицу. Међутим, ни ова норма Закона о хипотеци није прецизно одређена. Наиме, имати право „засебног намирења из вредности непокретности“ не значи истовремено и постојање различног права. Услови за стицање различног права регулисани су стечајним законом, као специјалним законом у погледу регулисања права и обавеза учесника стечајног поступка, у односу на Закон о хипотеци.³² Позитивни стечајни закон је и доцније донет у односу на законски пропис који регулише хипотеку.³³ Стога, како је основни услов за стицање различног права прописан стечајним законом, а чини га постојање потраживања према стечајном дужнику које је притом обезбеђено залогом на његовој имовини, то се хипотекарном повериоцу са потраживањем према трећем лицу не може гарантовати постојање различног права путем прописа који регулишу хипотеку. Статус различног повериоца искључиво се може обезбедити у складу са нормама стечајног закона. С друге стране, сходно постојећем ставу судске праксе, хипотекарним повериоцима са потраживањем према трећим лицима се у стечајном поступку обезбеђује право засебног намирења из вредности непокретности, али

30 У погледу поверилаца који су своја потраживања обезбедили ручном залогом на имовини стечајног дужника мања је дилема. Ово из разлога што је Законом о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (Сл. гласник РС, бр. 57/2003, 61/2005) у чл. 8, прописано да у случају стечајног поступка над имовиним залогодавца, на намирење из вредности предмета заложног права примењују се правила којим се уређује стечај. Тако је положај поверилаца који су своја потраживања према трећим лицима обезбедили залогом на покретној ствари стечајног дужника у потпуности препуштен регулисању нормама стечајног закона.

31 Закон о хипотеци (Сл. гласник РС, бр. 115/2005), чл. 42.

32 Систематско тумачење правне норме по принципу да специјална норма која уређује само једну подврсту правног односа укида општу норму која јој противречи (*lex specialis derogat legi generali*).

33 По правилима систематског тумачења, доцнија норма укида ранију норму исте правне снаге која јој противречи (*lex posterior derogat legi priori*).

не и разлучно право. На тај начин се може закључити да став судске праксе о дефинисању положаја заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима у току стечајног поступка може опстати и поред дефинисања статуса хипотекарног повероца у стечајном поступку путем одредаба закона којим се регулише хипотека.

Други је проблем видљив у усклађености статуса заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима у односу на начела универзалности и императивности стечајног поступка. Начело универзалности огледа се у обавези да у стечајну масу улази сва имовина стечајног дужника,³⁴ док је начелом императивности дефинисана тежња да се стечајни поступак спроводи према одредбама стечајног закона, изузев ако тим законом није другачије одређено.³⁵ У складу са наведеним начелима стечајног поступка сва имовина стечајног дужника мора чинити стечајну масу, из које се након њене продаје наплаћују само повериоци легитимисани у складу са нормама стечајног закона, према установљеном редоследу намирења. Дакле, у стечајном поступку не могу се наплатити они повериоци који немају статус странке у поступку. Обзиром да заложни повериоци са потраживањем према трећем лицу у судској пракси немају обавезу да подносе пријаву потраживања у стечајном поступку заложног дужника, они не могу имати ни својство странке у поступку. То даље значи да се давањем права на приоритетно намирење ових поверилаца након продаје имовине стечајног дужника која чини предмет залогe, они стављају у привилегован положај у односу на друге повериоце који су принуђени да своја права остварују само у складу са правилима стечајног поступка. Отуда остаје отворено питање на који начин извршити намирење заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима а да то буде у складу са позитивним одредбама стечајног закона. Да ли се издвајањем средстава из стечајне масе зарад намирења заложних поверилаца, а да то није изричито законом прописано, иде у правом смеру.³⁶

34 Више о начелу универзалности у стечајном поступку видети: В. Чоловић, „Начела стечаја и стечајног поступка – потреба за њиховим дефинисањем у стечајном законодавству“, *Актуелна ишћања савременој законодавства*, 2013, стр. 221.

35 Закон о стечају, чл. 7 ст. 1.

36 Издвајање средстава из стечајне масе након продаје заложене ствари ради намирења заложних поверилаца са потраживањем према трећем лицу не би било спорно у случајевима када је потраживање из основног правног посла доспело. Међутим, то се не може рећи и за случајеве када потраживање из основног посла није доспело, а рок за извршење те обавезе је дуг. Уколико, у случајевима када главно потраживање није доспело, дође до издвајања средстава из стечајне масе остварених продајом предмета залогe, све зарад обезбеђења намирења тзв. заложних поверилаца, на тај начин крше се основна начела стечајног поступка.

Можда се као најправичније намеће решење да се код продаје предмета залогe тзв. заложних поверилаца изврши продаја имовине уз изричиту назнаку да се „продаје

У позитивном стечајном праву, при регулисању положаја заложног повериоца са главним потраживањем према трећем лицу, проблем представља и немогућност адекватне заштите имовине која чини предмет обезбеђења њиховог потраживања. Насупрот разлучним повериоцима, њима се не даје прилика да писаним захтевом од стечајног судије издејствују одлуку о забрани извршења, чак и у случају ако њихов предмет обезбеђења није адекватно заштићен и изложен је ризику, његова се вредност умањује, као и када је њена вредност мања од самог потраживања а имовина која чини предмет обезбеђења није од кључног значаја за реорганизацију.³⁷

Значајан проблем чини и немогућност заложних поверилаца са потраживањем према трећем лицу да остваре утицај на продају имовине која чини предмет залог у њихову корист. Наиме, разлучном повериоцу пружена је могућност да код продаје предмета обезбеђења његовог потраживања предложи повољнији начин уновчења имовине.³⁸ Ово право заложним повериоцима са потраживањем према трећим лицима не припада. Продаја предмета обезбеђења у овом случају врши се без могућности икаквог утицаја његових ималаца на судбину свог права.

Након установљеног става о положају заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима у позитивном стечајном праву, проблем у пракси је и питање намирења трошкова продаје предмета обезбеђења њиховог потраживања. У погледу разлучних поверилаца ово питање је законом регулисано на начин што се из остварене продајне цене првенствено намирују трошкови продаје који укључују и награду стечајног управника, а из преосталог износа се, у року од три

имовина са теретом и да након продаје неће бити извршено брисање терета на овој имовини сходно чл. 133 ст. 12 Закона о стечају.“ Истина, ово решење би на први поглед било супротстављено наређењу из напред наведене одредбе стечајног закона, да се након продаје имовине на купца преноси право својине на купљеној ствари без обзира на раније уписе и терете. Међутим, како се ради о продаји имовине на којој право залог има лице које није учесник стечајног поступка (нема статус повериоца у стечајном поступку), нити му је стечајним законом обезбеђена могућност да своја права остварује у складу са стечајним законом, то се ни установљена залога („терет на продатој имовини“) не би могла брисати независно од воље имаоца залог. Јер не може се одлучивати о судбини неког права, а да се при том онемогући икакав утицај његовог имаоца у том поступку. С друге стране, изричитом назнаком у огласу о продаји ове имовине и каснијем уговору о продаји, да неће бити вршено брисање терета, не утиче се на уштрб правне сигурности купца. Уистину, овакав начин продаје одразио би се на висину продајне цене, али би средства остварена продајом засигурно ушла у стечајну масу стечајног дужника одмах по извршеној продаји.

37 Разлучним повериоцима стечајни закон гарантује ову могућност. Видети: Закон о стечају, чл. 93 ст. 4.

38 Закон о стечају, чл. 133 ст.6.

дана од пријема средстава од продаје, намирују различни повериоци у складу са њиховим правом приоритета.³⁹ Обзиром да заложни повериоци са потраживањем према трећем лицу немају статус различних, поменуте одредбе о измирењу трошкова продаје предмета обезбеђења различних повериоца се на њих не односе. Правну празнину по овом питању најлогичније је надоместити сходном применом правила о измирењу трошкова продаје као код различних поверилаца. Међутим, остаје отворено питање да ли се овим путем нарушава императивно законско наређење да се стечајни поступак спроводи искључиво према одредбама стечајног закона, осим ако стечајним законом није другачије регулисано.⁴⁰

И у поступку реорганизације положај заложних поверилаца са потраживањем према трећем лицу по одредбама позитивног стечајног закона није регулисан. По ставу судске праксе, како ови повериоци нису странке у поступку, самим тим немају право гласа у поступку реорганизације.⁴¹ Услед тога је ваљано заузет став да се планом реорганизације права заложних поверилаца са потраживањем према трећем лицу не могу умањити. Међутим, имајући у виду да ова забрана умањења права заложним повериоцима у поступку реорганизације није законом установљена, већ чини само гаранцију произашлу из ставова судске праксе, може се закључити да у позитивном праву не постоји довољна правна сигурност за заштиту права заложних поверилаца у поступку реорганизације.

V Критички осврт ка предложеним изменама стечајног закона у погледу положаја заложних поверилаца са потраживањима према трећем лицу

Потреба за законским уређењем положаја заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима а залогом на имовини стечајног дужника, препозната је и од стране законописца. У том смислу је предложеним изменама и допунама стечајног закона поред различног повериоца уведен и заложни поверилац, као посебан правни институт.⁴² Код чињенице да законско регулисање положаја заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима представља важан корак у

39 Закон о стечају, чл. 133 ст. 11.

40 Закон о стечају, чл. 7 ст. 1.

41 Радни материјал са двадесетпрвог саветовања судија привредних судова, 2013, питање бр. 54, стр. 209.

42 Предлог закона о изменама и допунама закона о стечају, уврштен у скупштинску процедуру 31. децембра 2013. године.

развоју нашег стечајног права, остају речи критике дефинисању појма заложног повериоца у оквиру стечајног закона.

Добра страна предложених измена стечајног закона видљива је и из одређења да повериоци који имају заложно право на имовини која улази у стечајну масу немају обавезу да подносе пријаву потраживања, већ је стечајни управник дужан да постојање заложног права утврди из јавних регистара.⁴³ Дакле, непостојање обавезе да подносе пријаву потраживања у стечајном поступку односи се како на различне, тако и на заложне повериоце са потраживањем према трећем лицу.⁴⁴

Предвиђена је и боља заштита заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима, обзиром да је предложено да за штету која овим повериоцима буде причињена од стране стечајног управника, главни дужник је стечајни управник, а канцеларија стечајног управника солидарно одговара.⁴⁵

Некако највидљивији утицај предложених измена стечајног закона на положај заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима протеже се кроз предвиђено решење да се средства остварена продајом имовине на којој нису постојала оптерећења улазе у стечајну масу, а њихова деоба врши се у складу са поступком деобе прописаним овим законом.⁴⁶ То значи да продата имовина која је чинила предмет обезбеђења заложног повериоца стечајног дужника који је имао потраживање према трећем лицу, не улази у стечајну масу.⁴⁷ Оваквим приступом се долази у ситуацију да предмет залогe поверилаца са потраживањем према трећим лицима све до момента продаје чини саставни део стечајне масе, а да се средства добијена продајом предмета обезбеђења издвајају из стечајне масе ради намирeња ових поверилаца. Главна замерка оваквом приступу законописца може се упутити због последице да се намирeње заложних поверилаца са потраживањем према трећем лицу остварује и даље изван стечајног поступка. Остаје отворено и питање да ли ће се издвојена средства из стечајне масе одмах доделити заложним повериоцима, што би било противно општим про-

43 Предлог закона о изменама и допунама закона о стечају, чл. 36.

44 Међутим, неподношењем пријаве у законом предвиђеном року различни повериоци губе право да део потраживања који нису наплатили као различни, потражују као стечајни повериоци.

45 Видети: Предлог закона о изменама и допунама закона о стечају, чл. 7.

46 Предлог закона о изменама и допунама закона о стечају, чл. 49 ст. 12. Предложеним изменама, у чл. 49 ст. 5, у одређеној мери штите се и права повериоца приликом одређивања продајне цене. Уколико је постигнута продајна цена нижа од 70% процењене вредности, заложни повериоци морају дати сагласност за продају у року од седам дана од дана окончања јавне продаје или непосредне погодбе. У противном продаја се проглашава неуспелом.

47 Слично: Закон о стечају Црне Горе (*Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2011), чл. 139.

писима о залози, у случају да главно потраживање није доспело. С друге стране, издвајањем средстава из стечајне масе и евентуалним чекањем да главно потраживање према трећем лицу доспе за наплату, дошло би до угрожавања хитности вођења стечајног поступка и његовог закључења. Да ли би се у овом случају стечајни поступак над преосталим делом имовине могао и даље водити па чак и закључити, остаје питање које предложеним изменама није јасно регулисано.⁴⁸

Из свега наведеног може се закључити да предложено издвајање из стечајне масе средстава остварених продајом предмета обезбеђења заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима није најприкладније решење. Можда би се уместо поменутог предлога, најправичнијим могао сматрати приступ да у случају продаје имовине која чини предмет обезбеђења поверилаца са потраживањем према трећим лицима не долази до брисања терета.⁴⁹ У том случају би сва средства остварена продајом чинила саставни део стечајне масе и била би подобна за намирење стечајних поверилаца. На тај начин би се у потпуности стечајни поступак могао спровести у складу са начелом универзалности и императивности. Једина критика оваквог приступа могла би се односити на околност да продаја имовине заједно са постојећим теретом може утицати на висину продајне цене.⁵⁰ Међутим, то је последица која свакако не угрожава основне принципе вођења стечајног поступка, што се не може са сигурношћу тврдити за предложена законопишчева решења.

У току поступка реорганизације предвиђена је гаранција заложним повериоцима који нису разлучни, да се њихова права не могу мењати и умањити планом реорганизације без њихове изричите сагласности. Ови повериоци не могу гласати о плану реорганизације.⁵¹ Дакле, предложено

48 Уколико би одговор на ово питање био позитиван, потенцијално би се могла јавити два проблема. Први проблем се огледа у могућности да главно потраживање заложног повериоца доспе након закључења стечајног поступка, што би отежало поступак намирења. Други проблем се назире у могућој ситуацији да након намирења заложног повериоца преостану средства од продаје предмета обезбеђења, у ком случају би она чинила саставни део стечајне масе. Не би било спора да у моменту намирења заложног повериоца није спроведена главна деоба у стечајном поступку заложног дужника, јер би ова средства била расподељена у складу са решењем о главној деоби. Међутим, у случају када би се стечајни поступак закључио, ова би имовина једино могла представљати накнадно пронађену имовину, па би и намирење било вршено као у том случају.

49 Слично решење садржано је у Стечајном закону Републике Хрватске (*Народне новине РХ*, бр. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12), чл. 163ф.

50 С друге стране, висина продајне цене зависи и од бројних других чинилаца: тржишних услова, способности стечајног управника, квалитета обезбеђења потраживања заложног повериоца и др.

51 Предлог закона о изменама и допунама закона о стечају, чл. 53 ст. 1.

ним планом реорганизације заложни повериоци са потраживањем према трећим лицима не могу бити сврстани ни у једну класу поверилаца. Али, на имовини која чини предмет обезбеђења њиховог потраживања не може се планом предвидети брисање терета. Овакво решење изнедрено је у судској пракси привредних судова и представља позитиван приступ заштити права ових поверилаца у поступку реорганизације.

VI Закључак

Наше позитивно стечајно законодавство положај заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима у стечајном поступку не регулише. Услед неспорне потребе разликовања њиховог статуса у односу на разлучне повериоце, може се рећи да је регулисање њиховог положаја у стечајном поступку искључива заслуга судске праксе. Ипак, услед недоречености позитивног стечајног закона остају отворена бројна питања у вези права и обавеза заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима.

Појмовно одређење заложног повериоца регулисано је општим прописима који регулишу залог на покретним и непокретним стварима. Дефинисањем заложног повериоца у одредбама стечајног закона, различито од поимања заложног повериоца у заложном праву, не доприноси се правној уређености. Чини се да је прикладније не инсистирати на дефинисању ових поверилаца у стечајноправној регулативи као „заложних поверилаца“, већ говорити само о специфичном положају заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима.

Чак и уколико постојећи став судске праксе о положају заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима није противан позитивним прописима који регулишу хипотеку, у теорији права дилема се јавља у погледу усклађености статуса ових поверилаца у односу на начела универзалности и императивности позитивног стечајног поступка. Немогућност адекватне заштите имовине која чини предмет обезбеђења њиховог потраживања и немогућност остваривања утицаја на поступак њене продаје, доприносе правној несигурности.

Најлогичнији пут регулисања статуса заложног поверилаца са потраживањем према трећим лицима у стечајном поступку јесу измене стечајног закона. Отуда, покушај да се предложеним изменама регулише њихов положај чини важан корак у развоју нашег стечајног права. Но, и у погледу одређених предлога законских измена се могу упутити речи критике, а највише у делу у коме је предложено издвајање средстава остварена продајом предмета обезбеђења заложних поверилаца са потраживањем према трећим лицима издвајају се из стечајне

масе. Можда би се уместо поменутог предлога, најправичнијим могло сматрати решење да у случају продаје имовине која чини предмет обезбеђења поверилаца са потраживањем према трећим лицима не долази до брисања терета. Тада би се стечајни поступак могао у потпуности спровести у складу са начелима универзалности и императивности стечајног поступка.

На крају, позитивно се могу оценити и измене норми о реорганизацији стечајног дужника, којима се предвиђа гаранција заложним повериоцима који нису разлучни, да се њихова права не могу мењати и умањити планом реорганизације без њихове изричите сагласности. Ови повериоци не могу гласати о плану реорганизације.

Marko RADOVIĆ

PhD Student at the Faculty of Law University of Belgrade

STATUS OF LIEN (“MORTGAGE”) CREDITORS IN BANKRUPTCY PROCEEDING

Summary

Secured creditors in the bankruptcy law are known as privileged creditors of the debtor. Their legal status is defined in our current bankruptcy legislation. However, the recent jurisprudence of commercial courts has began to make a difference between the status of secured creditors and lien (“mortgage”) creditors in bankruptcy proceeding.

Since the so-called lien (“mortgage”) creditors in bankruptcy proceeding are the creation of our jurisprudence, regarding their rights and obligations, in our current bankruptcy legislation causes legal disorder.

That is why the basic goal of this research is contained in the tendency to highlight some legal concerns regarding the conceptual definition of these creditors, the relationship of their position with the rights and obligations of the secured creditors, the manner of their settlement in the bankruptcy proceedings, as well as their position in the reorganization.

Consideration of these issues becomes especially important due to the fact that the announced amendments to the bankruptcy law regulate the status of a lien creditor, which is why this topic is worth discussing.

Key words: *lien creditors, mortgage creditors, secured creditors, bankruptcy.*

ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛ

др *Наџаша* МРВИЋ-ПЕТРОВИЋ
научни саветник Института за упоредно право Београд
редовни професор Правног факултета Универзитета Унион
у Београду

ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА И ПРЕДУЗЕТНИКА ПО НОВОМ ЗАКОНУ О ПРЕКРШАЈИМА

Резиме

У раду се анализирају одредбе новог Закона о прекршајима и уређују са решењима прихваћеним у Закону о привредним пресјудцима и Закону о одговорности правних лица за кривична дела. Констатирају се да је у погледу одговорности правних лица Закон о прекршајима усклађен са осталим законима, с тим што садржи корисну новину јер прописује аутономну одговорност правног лица ако се не може сигурно утврдити које је одговорно лице предузело противправну радњу или пропустило надзор над запосленим који чини прекршај. Одговорности економски јаким предузетника треба реулисати слично као и одговорности правних лица.

Кључне речи: одговорности, правно лице, предузетник, прекршај, Србија.

I Увод

Одговорност за прекршај подразумева подобност субјекта прекршаја да се према њему примени прекршајна санкција. Субјект прекршаја је увек човек који може непосредно да делује у својству физичког лица

(предузетника или одговорног лица у правном лицу) или посредно, преко правног лица у чије је делатности укључен, а које има самостални правни субјективитет. Према томе, деликтна способност правног лица последица је његовог посебног правног субјективитета, док се прекршајна деликтна способност предузетника процењује по општим условима под којима се заснива одговорност физичког лица за учињени прекршај.

Новим Законом о прекршајима¹ (у даљем тексту: ЗП) који је донет 25. јула 2013. године, а примењује се од 1. марта 2014. употпуњена су правила о одговорности правних лица за прекршаје на начин који допуњује решења прихваћена у ранијим законима који регулишу казнену одговорност правних лица: Закону о привредним преступима² и Закону о одговорности правних лица за кривична дела³ (даље: ЗОПЛКД). ЗП такође регулише и одговорност предузетника. У овом раду се анализирају одредбе новог прекршајног законодавства и објашњава *ratio legis* усвојених законских решења.

II Основ и границе одговорности правних лица

Одговорност правног лица за прекршај је изузетна и супсидијерна у односу на одговорност физичких лица, јер физичка лица одговарају увек, а правна лица само тада када је то изричито предвиђено материјалним прописом којим је прекршај одређен. Концептуално је одговорност правног лица постављена као и у ранијем законодавству, као изведена (из противправних радњи одговорног лица или другог запосленог), субјективна (при чему се кривица правног лица претпоставља) и кумулативна са одговорношћу одговорног лица које је поступало у име правног лица.⁴ Такав концепт казнене одговорности правних лица је уобличен током развоја привредно-преступног и прекршајног права,

1 Службени гласник РС, бр. 65/2013.

2 Службени лист СФРЈ, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 74/87, 57/89, 3/90, Службени лист СРЈ, бр. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 у 64/2001, Службени гласник РС, бр. 101/2005 – др. закон.

3 Службени гласник РС, бр. 97/2008.

4 Зависно од критеријума, казнена одговорност правног лица се може поставити као: аутономна (оригинерна, непосредна) или изведена из радњи одговорног лица, објективна или субјективна по основу одговорности и супсидијарна и кумулативна (у зависности од тога да ли одговорност правног лица искључује одговорност одговорног лица или се заједно јављају). Види: З. Ђурђевић, „Казнена одговорност и правни поступак према правним особама у Републици Хрватској“, *Хрватски летиопис за казнено право и праксу*, 2003, вол. 10, бр. 2, стр. 739.

а дошао је у пуној мери до изражаја и у законодавству из 2008. којим се регулише одговорност правних лица за кривична дела.

Начин заснивања одговорности правног лица која се по правилу темељи на пропустима правног лица да надзире поступке одговорног лица утиче да се одговорност правног лица поистовећује са објективном.⁵ Осим у англо-америчком праву где правна лица која се баве пословањем могу да одговарају по правилима *strict liability* (што условно може да се поистовети са објективном одговорности каква постоји у германским законодавствима) у европским континенталним законодавствима се редовније предвиђа субјективна одговорност правних лица.⁶ То намеће потребу да се утврди тачан садржај „кривице“ правног лица и њен однос према радњама и кривици одговорног лица које је у име правног лица поступало. Отуда се редовно однос између одговорности правног и одговорног лица у њему успоставља кумулативно, при чему је само у случају правне или стварне сметње да се према одговорном лицу води поступак могуће наставити поступак према правном лицу.

ЗП у члану 17 опредељује која правна лица имају деликтну способност. Према 17 ст. 2 искључена је могућност да Република Србија, као правно лице, одговара за прекршај, што је последица државног суверенитета и чињенице да сама држава врши *ius puniendi*. Са Републиком Србијом су у том погледу изједначене територијална аутономија и јединице локалне самоуправе, чији су органи овлашћени доносиоци прописа о прекршајима. Али, законом може бити предвиђено да за прекршај учињен у служби одговара одговорно лице у државном органу, органу територијалне аутономије или јединици локалне самоуправе. Тада они одговарају, ако ЗП другачије не предвиђа, по основу кривице, што је општи услов одговорности физичког лица (члан 18). Одредбе по којима је искључена могућност да држава, јединице територијалне аутономије или локалне самоуправе буду одговорне за прекршај постоје и у Закону о привредним преступима (чл. 6), као и у чл. 3 ст. 1 ЗОПЛКД.

Доследно принципу индивидуалне субјективне одговорности, за прекршаје, као деликте казненог права, требало би да могу да одговарају само физичка лица. Али у савременом казненом праву напуштена је некадашња максима *societas delinquere non potest* (правно лице не може учинити казнено дело), иако је и сада казнена одговорност правних лица изузетак у односу на редовно правило да физичка лица одговарају за прекршај или кривично дело. У прилог кажњавања правних лица

5 Ј. Ђирић, *Објективна одговорност у кривичном праву*, Институт за упоредно право, Београд, 2008, стр. 183.

6 Види: Ј. Шупут, „Одговорност правног лица за кривична дела“, *Сйрани йравни жи-вои*, 2009, бр. 1, стр. 165–189.

за казнене деликте истиче се да је одговорност за прекршај етички неутрална, а истовремено ефикасно обавезује одговорно правно лице (пошто се имовинске санкције могу делотворно изрећи и извршити) у ситуацији када доприноси да физичко лице које њиме управља изврши јавноправни деликт.

У члану 27 ЗП је предвиђено је да правно лице одговара за поступке другог са којим се правно лице налази у одговарајућој правној вези. Оно може да одговара за прекршај који својим радњама учине одговорно лице, заступник правног лица, орган управљања или физичко лице запослено у правном лицу. Такво решење је постојало и према Закону о прекршајима из 2005. године. Правна веза правног и одговорног или физичког лица се темељи на уговору о раду, заступању и обављању других послова за правно лице (уговор о делу, о пословођењу и слично). Законске одредбе су у складу са моделом одговорности предузећа (*corporate liability*) какав је прихваћен у међународним документима којима се предвиђа обавеза прописивања одговорности корпорација за кривична дела организованог криминалитета, тероризма, корупције и слично, а слична су одговарајућим одредбама из Закона о привредним преступима и ЗОПЛКД.

Да би правно лице могло бити кажњено за прекршај, привредни преступ или кривично дело, неопходно је да фактички одговарајућу противправну радњу предузме физичко лице у име правног лица које за деликт одговара. То је у пракси најчешће одговорно лице (по правилу, директор), али може бити било које лице чије се радње „урачунавају у одговорност“ правног лица. Појам одговорног лица у смислу ЗП регулисан је у члану 30 ст. 1. Одговорним лицем се сматра лице коме су у правном лицу поверени одређени послови који се односе на управљање, пословање или процес рада, као и лице које у државном органу, органу територијалне аутономије и јединице локалне самоуправе врши одређене дужности. Како се показује, одредба је веома уопштена и примењива на широк круг лица, па је то потребно да се одговорно лице у конкретном случају определи не само према одредбама ЗП, него и материјалном пропису којим је прекршај одређен, као и на основу података о конкретној унутрашњој организацији пословања и расподели функција у одређеном правном субјекту.⁷

Као и у ранијем ЗП, одредба из члана 27 став 1 новог ЗП конкретније предвиђа изведену субјективну одговорност правног лица. Реч је о тзв. идентификационој одговорности код које правно лице одговара за понашања кључних људи који „представљају“ свест и вољу предузећа и контролишу његов рад. Таква идентификациона одговор-

7 М. Врховшек, *Коментар Закона о прекршајима*, 2. издање, Пословни биро, Београд, 2010, стр. 80.

ност је модификовани облик супсидијарне одговорности правног лица за деликт који учини запослени. Она се ограничава на ужи круг људи (само они који имају овлашћење управљања), док се, са друге стране проширује, јер се одговорност правног лица не везује за кривицу одговорног лица, него је за постојање одговорности правног лица довољно да је одговорно лице или онај ко заступа правно лице, представљајући га, предузело деликтну радњу.⁸

Очигледно, правно лице одговара за поступке другог и то према претпостављеној кривици. Оно одговара за поступке особа из круга управљача са којима се цело правно лице може поистоветити (идентификациона теорија или теорија *alter ego*) и поступке лица овлашћених да заступају правно лице. Правне последице делатности коју врше та лица иду у корист или на терет правног лица које они представљају или заступају. Како правна лица, као друштвена творевина, немају самосталну способност одлучивања и предузимања радњи, него своје послове остварују преко физичких лица која могу бити њихови заступници, представници или опуномоћеници, то се и њихова недозвољена понашања „приписују“ правном лицу, а њихова свест и воља применом правне фикције сматра се изразом свести и „вољом“ правног лица. Чланом 27 ст. 1 није предвиђено да правно лице одговара за радње неких других лица у правном лицу, осим ако орган управљања или одговорно лице није пропустило да врши дужни надзор над њиховим радом. Одговорност неких других категорија лица у правном лицу може бити предвиђена посебним прописом којим се прописује прекршај.

У складу са међународним конвенцијама (на пример, са чл. 18 ст. 2 Кривичноправне конвенције о спречавању корупције) за одговорност правног лица за прекршај није од значаја зашто је дошло до пропуштања надзора или контроле над радом физичког лица: да ли због неправилног одлучивања или погрешног извршавања донете (исправне) одлуке. Међутим, у сваком случају правно лице може да одговара за пропусте у надзору за који је задужено одговорно лице (а то претпоставља да оно има неку водећу позицију у правном лицу). Осим тога, неопходно је да је правно лице, у складу са важећим прописима, било дужно да успостави надзор преко својих органа. Из тог захтева произилази да се одговорност правног лица не би могла успоставити за пропуштања у надзору који самостално организује ради вршења тзв. унутрашње контроле, ако на то није било обавезано правним прописима.⁹

Структура и организација савременог правног лица, због поделе посла, диференцијације овлашћења и функционалне децентрализације

8 М. Врховшек, *нав. дело*, стр. 60–61.

9 М. Врховшек, *нав. дело*, стр. 63.

оногомућава доказивање елемената кривице појединца који правно лице представља или заступа, па тиме спречава установљење правне фикције „кривице“ одговорног лица. Ради се о оним случајевима у пракси у којима се до сада дешавало да за извршени прекршај одговарају само физичко или одговорно лице у правном лицу, док је правно лице избегавало властиту одговорност, иако би се из околности случаја могло закључити да је вршење прекршаја део пословне политике или последица пропуста у организацији правног лица. На пример, када у интересу максимизације профита правно лице у дужем периоду не спроводи мере заштите на раду или заштите животне средине, не набавља средства противпожарне заштите, не обезбеђује прописану пратећу опрему неопходну за возила којима се обавља делатност превоза за коју је правно лице регистровано и слично. Учесталост извршења истоврсних прекршаја запослених из истог предузећа тада може да укаже на то да у самом правном лицу постоје систематски пропусти у контроли који такво деловање запослених омогућавају или да се усменим инструкцијама одговорног лица, у складу са пословном политиком предузећа, запосленима налаже да по сваку цену и уз кршење прописа изврше одређени посао.

Зато је, у складу са теоријом која повезује одговорност правног лица са његовом организационом структуром и пословном политиком,¹⁰ одговорност правног лица допуњена елементима модела аутономне субјективне одговорности (предвиђено у члану 27 ставу 2 ЗП). Према том моделу, правно лице се својом одговорношћу одваја од кривице одговорног лица у њему или свог заступника. „Кривица“ правног лица се темељи на пропустима предузимања разумних и могућих мера за спречавање извршења прекршаја. У ставу 2 се разликују две такве ситуације. У првом случају правно лице одговара за пропусте органа управљања који својим противправним одлукама или налозима омогући извршење прекршаја неког физичког или одговорног лица. То указује на погрешну пословну политику по којој се сматра прихватљиво, да по сваку цену, па и кршењем прописа, треба омогућити делатност правног лица. У другом случају правно лице одговара због пропуста одговорног лица да врши надзор над радом физичког лица, чиме је омогућено извршење прекршаја. Тада правно лице треба да одговара зато што у њему нису успостављене или предузете мере за ефикасно вршење надзора.

На тај начин, за разлику од Закона о привредним преступима и ЗОПЛКД, ЗП прецизније регулише изузетне услове под којима је могуће

10 Г. Коевски, Д. Спасевски, В. Пауновска, „Кривична одговорност правних лица“, у: *Актуелности грађанској и државној законодавства и правне праксе*, Мостар 2009, стр. 7, стр. 110; М. Врховшек, „Услови одговорности правног лица за кривично дело“, *Анали Правној факултета у Београду*, LXI, бр. 2/2008.

успостављање аутономне одговорности правног лица, чак и онда када кривица одговорног или физичког лица није утврђена или је искључена или се не може са сигурношћу одредити које лице има својство одговорног лица. Таква решења су у складу са Препоруком П (88) Комитета министара Савета Европе од 20. октобра 1999. године која носи наслов „Одговорност предузећа са статусом правних лица за преступе учињене у пословању“¹¹ у којој се управо предвиђа могућност успостављања аутономне одговорности правних лица за кривична дела. Да би се то омогућило, у члану 27 ставу 3 ЗП предвиђено је да у случајевима из става 2 правно лице одговара ако је против одговорног лица прекршајни поступак обустављен или је то лице ослобођено од одговорности у складу са одредбама члана 250 ЗП или ако постоје правне или стварне сметње за утврђивање одговорности одговорног лица у правном лицу или се не може одредити ко је одговорно лице у правном лицу. Једино у овом последњем случају из става 3. т. 2 у вези са ставом 2 довољно је судија стекне уверење да је радњу прекршаја учинило неко од више одговорних лица у правном лицу, иако не може са сигурношћу да утврди које од њих, што мора бити посебно образложено. Јер, у свим другим случајевима се одговорност правног лица темељи на поступцима тачно одређеног одговорног лица које у пресуди мора бити назначено именом и презименом уз навођење других личних података (у складу са концептом кумулативне одговорности правног и одговорног лица у њему).

Иако правно лице одговара због радњи или пропуста физичког или одговорног лица у конкретном случају, оно је посебан субјект прекршаја и самостално одговара за прекршај, када је то предвиђено прописом. Зато казнена одговорност физичког или одговорног лица поводом истог догађаја не искључује одговорност правног лица за учињени прекршај, како је то предвиђено у чл. 27 ст. 4 ЗП. Али, функционална међузависност одговорности одговорног и правног лица утиче на потребу да се те одговорности истовремено утврђују уз вођење јединственог поступка, осим у случајевима када су се стекли разлози да се због сметњи поступак води одвојено само према једном од њих (на пример, због неурачунљивости или смрти одговорног лица или престанка правног лица, под условом да нема правног следбеника). У складу са тим је и даље актуелан правни став Вишег прекршајног суда да се правно лице може казнити и када је прекршајни поступак у односу на тужено одговорно лице из било ког разлога обустављен (или се оно ослобађа кривице) под условом да је у току поступка утврђено друго лице чијом је радњом или пропуштањем дужног надзора учињен прекршај, а које је било овлашћено да поступа у име правног лица, те је

11 Recommendation N° (88) 18 on concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities.

ове чињенице неопходно навести у разлозима пресуде, јер представљају основ прекршајне одговорности окривљеног правног лица.¹²

Закон не предвиђа услове под којима би се могла искључити одговорност правног лица. Да би се то постигло, правно лице би морало да докаже да није постојао никакав пропуст у дужном надзору органа управљања, одговорног или овлашћеног лица, те да зато постоји искључива одговорност одговорног или физичког лица које је прекршај учинило (на пример, у намери да тако причини штету правном лицу, уз кршење обавеза преузетих уговором, поступајући супротно налозима органа управљања или правилима којима је у правном лицу регулисано спровођење дужног надзора и слично).

У члану 28 регулисано је питање одговорности правног лица које буде реорганизовано у смислу Закона о привредним друштвима.¹³ Промене правне форме не утичу на процесни субјективитет правног лица, тако да се судски поступак и до сада могао наставити против правног следбеника. Статусне промене (припајање, спајање, подела, издвајање у смислу члана 428 Закона о привредним друштвима) су доводиле до престанка правног лица, а тиме и до престанка његовог процесног субјективитета, ако је оно било окривљено у прекршајном поступку. Због повреде субјективног идентитета оптужбе и пресуде, судови су били онемогућени да наставе поступак према правном следбенику у случају да је окривљено правно лице престало да постоји. То је водило бројним злоупотребама у пракси. Зато је у ЗП, по угледу на исто решење из чл. 8 ЗОПЛКД предвиђено да се и у случајевима када је правно лице престало да постоји у току прекршајног поступка може успоставити одговорност правног следбеника. Како престанак правног лица после правоснажно окончаног поступка не би онемогућио извршење изречене санкције, у чл. 28 став 2 је предвиђено да ће се изречена санкција извршити према правном следбенику. Према томе, *ratio legis* је да се спрече злоупотребе уочене у пракси да се статусним изменама избегава одговорност правног лица и онемогућава изрицање и извршење прекршајних санкција. Начин на који се наставља прекршајни поступак према правном следбенику или се постиже извршење пресуде разрађен је другим законским одредбама.

Правни субјективитет правног лица не престаје ако је над њим отворен стечај и зато оно одговара за прекршај (чл. 28 ст. 3 ЗП). Није од значаја да ли је прекршај правно лице учинило пре отварања или у току стечајног поступка, али је у сваком случају одговорност так-

12 Правни став заузет на трећој седници свих судија Вишег прекршајног суда Крагујевац, 18.5.2010. године.

13 *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011.

вог правног лица ограничена, јер му се не може изрећи новчана казна нити друга заштитна мера (осим мере одузимања предмета) и, посебно, мера одузимања имовинске користи. *Ratio* је да се спречи погоршавање материјалног положаја правног лица које је у посебном правном положају и чије су могућности пословања ограничене, тако да би приоритетном наплатом новчане казне за прекршај било доведено у још тежу ситуацију у погледу очувања стечајне масе. Одузимање предмета (укључујући ту и наплату вредности предмета, ако га није могуће одузети) и одузимање имовинске користи су једине прекршајне санкције које се могу изрећи правном лицу. Из разлога правичности, правном лицу у стечају које је извршењем прекршаја остварило имовинску корист обавезно се изриче мера одузимања имовинске користи прибављене прекршајем, јер се не сме допустити да неправо служи стицању права. Сличне одредбе постојале су и у ранијем ЗП, а предвиђене су и у важећем Закону о привредним преступима и ЗОПЛКД.

III Одговорност предузетника

ЗП садржи само један члан (29) у коме декларативном одредбом регулише одговорност предузетника. Како Закон о прекршајима не одређује које се лице сматра предузетником, примењују се одговарајуће одредбе Закона о привредним друштвима. У члану 83 ст. 1 и 2 Закона о привредним друштвима одређен је предузетник као пословно способно физичко лице које обавља делатност у циљу остваривања и прихода и које је као такво регистровано у складу са законом о регистрацији, а са њим је изједначено и физичко лице, уписано у посебни регистар, које обавља делатност слободне професије, уређену посебним прописом. Из категорије предузетника искључени су индивидуални пољопривредни произвођачи.

По ЗП, иако физичко лице, предузетник је посебни субјект прекршаја када одговара за прекршаје које учини из регистроване делатности. У судској пракси је прихваћено да одговорност постоји чак и када је у међувремену престао са пословном делатношћу, јер се прекршајни поступак води за раније учињени прекршај док је предузимао регистровану делатност. У теорији прекршајног и привредно-казненог права спорно је да ли је то оправдано, јер он одговара по истом основу као и физичко лице. Међутим, за разлику од физичког лица које увек може бити субјект прекршаја, одговорност предузетника као посебног субјекта прекршаја произлази из његовог статуса посебног привредног субјекта, како је и предвиђено Законом о привредним друштвима и ограничена је на прекршаје које учини у обављању своје делатности (*iure gestionis*), при чему може да одговара и за прекршаје других лица

које запошљава или им привремено препусти вршење делатности, ако је тако прописано.

У пракси прекршајних судова поставља се као проблем процена статуса предузетника због тога што из прописа који садрже казнене одредбе није увек јасно назначено да физичко лице одговара у својству предузетника (за *delictum proprium*). На пример, да ли за учињени саобраћајни прекршај такси-возач одговара као предузетник или физичко лице? Ако одговорност предузетника као посебног субјекта прекршаја није прописана, јавља се дилема да ли физичко лице које се бави предузетништвом може да одговара као и свако друго физичко лице за прописани *delictum communitium*, ако то није изричито предвиђено прописом. Проблеми у пракси су постојали зато што се дешавало да против истог лица (предузетника) за исти прекршај буду покренута два прекршајна поступка: у једном фигурира као окривљени у својству предузетника, а у другом у својству физичког лица. Тим поводом заузет је правни став на другој седници свих судија Вишег прекршајног суда Београд, 5.7.2012. године по коме не може исто лице за исто дело бити два пута кажњено, ако је захтев за покретање прекршајног поступка поднет против једног лица са једним чињеничним описом из којег произилазе правна обележја прекршаја за предузетника и правна обележја прекршаја за физичко лице. Истовремено је у судској пракси прекршајних судова прихваћено да је код прекршаја за које може да одговара предузетник то својство извршиоца њихово битно обележје, па ће зато постојати битна повреда поступка, јер је неразумљива изрека пресуде у којој су наведени лични подаци окривљеног, без назнаке да се ради о предузетнику.¹⁴

IV Одговорност страних лица

Страна лица (физичко, одговорно и правно) могу бити субјекти прекршаја и изједначена су по члану 31 ЗП у погледу своје прекршајне одговорности са домаћим лицима. Додатни услови за успостављање одговорности страног правног и одговорног лица предвиђени су у чл. 31 ставу 2 (да страном правном лице има пословну јединицу или представништво у Србији или је прекршај учињен његовим превозним средством). Ти услови произилазе из околности да та лица одговарају за прекршаје које учине у оквиру своје делатности коју обављају на територији Републике Србије. По угледу на привредно-казнено право, они су проширени у односу на ЗП из 2005. тако да би страном правном

14 Виши прекршајни суд – Београд, Прж. 13333/2011 од 15. јуна 2011. године (наведено према: Т. Делибашић, *Практична примена Закона о прекршајима*, 2. издање, Службени гласник, Београд, 2012, стр. 192.

лице могло да одговора за прекршај учињен његовим превозним средством у саобраћају преко територије Републике Србије, што до сада није био случај.

V Закључак

У погледу одговорности правних лица за прекршај ЗП прихвата већ раније утемељен концептуални оквир њихове казнене одговорности из Закона о привредним преступима и ЗОПЛКД као изведене и субјективне одговорности (по правилу кумулативне са одговорношћу одговорног лица које је предузело противправну радњу). За разлику од ЗОПЛКД, у ЗП је прецизирана могућност у чл. 27 ст. 2 да правно лице самостално и аутономно одговара за прекршај ако је орган управљања донео противправну одлуку или се не може поуздано установити које је одговорно лице предузело противправну радњу или пропустило да изврши радњу на коју је било обавезно по пропису, чиме је омогућено да прекршај учини физичко лице које се налази у вези са одговорним правним лицем. Да ли ће таква могућност бити искоришћена у пракси, остаје тек да се види.

Законодавац је пропустио могућност да нешто детаљније уреди одговорност предузетника. Садашње законско решење је само дало критеријум по коме се може разграничити када неко одговара као и свако друго физичко лице а када у својству предузетника. Правило да предузетник одговара за прекршај из области пословне делатности за коју је регистрован, а под општим условима предвиђеним за физичко лице у свему одговара ситуацији када предузетник самостално врши привредну делатности или има неколико запослених. Међу предузетницима у погледу њихове економске снаге могу постојати велике разлике: поједини предузетници понекад запошљавају знатан број запослених, чак више него нека привредна друштва. Због тога би ваљало да *de lege ferenda* законодавац размотри потребу да се допунски на такве предузетнике сходно примене одредбе о одговорности правних лица, као што се допушта, на пример, у хрватском прекршајном праву.

Новим Законом о прекршајима је употпуњен нормативни оквир казненоправне одговорности правних лица и отклоњени су недостаци који су узроковали неефикасну примену закона у пракси. Међутим, требало би спречити непотребно гомилање различитих нивоа казнене одговорности правних лица (за прекршаје, привредне преступе и кривична дела) и укинути бројне казнене одредбе. Зато би законодавац требало да преиспита оправданост постојања садашњег тродеобног система казних деликата за које могу да одговарају правна лица. Тре-

бало би или задржати ранију поделу деликата на привредне преступе и прекршаје, као што је то учињено у немачком и аустријском праву и што је деценијама било прихваћено у нашој легислативи или би ваљало укинути категорију привредних преступа, ако је већ уведена кривична одговорност правних лица, при чему та законска решења до сада нису примењена у пракси. На тај начин би биле избегнуте неповољне последице прешироко прописаног обима казнене одговорности у сваком случају када правно лице или предузетник прекрши неки пропис.

Nataša MRVIĆ-PETROVIĆ, PhD

Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law Belgrade

Professor at the Faculty of Law University Union in Belgrade

LIABILITY OF LEGAL PERSONS AND ENTREPRENEURS IN THE NEW MISDEMEANORS ACT

Summary

This paper analyzes the new Misdemeanors Act. The provisions of the law were compared with the Economic Offences Act and the liability of legal persons for criminal offenses. The author states that the Law on Misdemeanors harmonized with other laws. A useful innovation is that it can establish autonomous responsibility of the legal person if it is not known who took control of the unlawful act or failure to supervise employees. Responsibility of strong economic entrepreneurs should be regulated similarly to the liability of legal persons.

Key words: *liability, legal person, entrepreneur, misdemeanor, Serbia.*

др *Игор ВУКОВИЋ*
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ОДГОВОРНОСТ ПРАВНОГ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА СА ПОСЛЕДИЦОМ СМРТИ (CORPORATE MANSLAUGHTER) ИЛИ ТЕШКЕ ТЕЛЕСНЕ ПОВРЕДЕ ПРЕМА СРПСКОМ ПРАВУ*

Резиме

У ујоредној лийтератури и судској пракси, тема евенуалне одговорности иривредној друштва за смртне последице ироузроковане постипањем њеових одговорних лица у вршењу својих овлашћења постаје све актуелнија, нарочито у англосаксонском праву. Са све већим бројем индустријских несрећа са трајичним последицама, праћеним смрћу великој броја људи, изналазе се нова решења и доносе нови прописи, који имају за циљ да осигурају да кривична одговорност не пооди само одговорна лица у иривредним субјектима, већ и саме корпорације. Тиме се показује да важан сеіменит кривичне одговорности иравних лица иредставља њихова одговорност за нехайна кривична дела. С обзиром да је одговорност иравних лица за кривична дела уведена у српско право 2008. године, аутор анализира постипојете иретипоставке одговорности иравној лица према постипојетем Закону, нарочито услов да одговорно лице кривично дело учини „у намери да за иравно лице остивари корист“. Аутор закључује да постипојете решење не може адекватно да обухвати одговорност иравној лица за нехайна кривична дела, укључујући тиу и дела квалификована иежим последицама смрти или иешке телесне иовреде.

* Чланак је настао као резултат рада на пројекту „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспект)“.

Кључне речи: корпоративно лишење живота, намера да се за јавно лице прибави користи, нехаји.

Одговорност правних лица за кривична дела не може се свести искључиво на прање новца, давање мита и друге умишљајне противправне делатности, путем којих корпорације каткада падају у искушење да повећају свој капитал на недозвољени начин. Једнако важан сегмент кривичне одговорности правних лица покрива одговорност за нехајна кривична дела. Последњих година, научна расправа о кривичној одговорности правних лица за евентуалне нехатно проузроковане смртне последице, настале у вези са обављањем њихове делатности – добија све више на замаху. Разлог овог увећаног интересовања представљале су катастрофе са значајним људским жртвама, неретко узроковане занемаривањем индустријских стандарда и техничких правила у вршењу привредних делатности. Реч је углавном о *јри тииа сииуација*. Најпре, одређене последице по здравље потрошача могу наступити услед стављања у промет штетних производа од стране привредних субјеката (нпр. производња и продаја моторних возила са фабричком грешком услед које долази до саобраћајних удеса). Затим, трећа лица могу трпети штетне последице и због мањкавог начина на који је активност правног лица организована (нпр. постројење испушта отровне материје у природу у недозвољеним количинама). Напослетку, штетне последице чији је узрок занемаривање одговарајућих стандарда у вези са заштитом на раду, неретко и са смртних исходом, могу сносити и сами запослени. Иако је до првих оптужења компанија за нехатно проузроковање смрти дошло већ пре више од једног века, до успешних осуда долази тек пре неколико деценија.¹

1 Прва осуда компаније за нехатно лишење живота у САД догодила се 1985. године, када су две корпорације (*Film Recovery Systems* и *Metallic Mining Systems*) осуђене на новчану казну од 48.000 долара за смрт свог запосленог који је чистио бачве са цијанидом. Ове фирме не само да нису обавестиле запослене да раде са отровним материјама, већ су са бачви скидале и натписе који су упозоравали на опасност. До прве осуђујуће пресуде у Енглеској дошло је 1993. године, када су четири тинејџера страдала, након што се преврнуо кану којим су се возили. Фирма *OLL Ltd.* је осуђена кривично на новчану казну од 60.000 фунти, јер је дозволила да неiskusни инструктори поведу децу на отворено море, уз минималну обуку и непоштовање безбедносних процедура (Melany Pritchard, „Corporate Manslaughter: The Dawning of a New Era?“, *Hong Kong Law Journal*, Nr. 1/1997, стр. 40, 42). Неколико месеци пре несреће два инструктора су напустила компанију, писмом обавестивши надлежне на пропусте у поступању, што је олакшало доказивање да су надлежни били свесни пропуста у организацији рада (Gary Slapper, „Corporate Manslaughter: The Changing Legal Scenery“, *Asia Pacific Law Review*, Nr. 2/2002, стр. 163). До прве оптужбе у Шкотској долази у 2002. години, поводом смрти четворочлане породице у експлозији проузрокованој цурењем гаса (*ibid.*, стр. 161).

У литератури се за све ситуације проузроковања смрти од стране одговорних лица у правном лицу, које се потом урачунавају правном лицу као његово дело, уобичајно назив „корпоративно лишење живота“ (*corporate manslaughter*).² Иако се у доктрини расправа углавном своди на одговорност правног лица за нехатно проузроковану смрт, услед повреде брижљивог поступања одговорних лица у његовом саставу, многи аутори оправдано указују да у обзир долази и одговорност правног лица за умишљајно усмрћење другог.³ Тако можемо замислити да одбор директора привредног друштва, у намери да за друштво непосредно или посредно оствари корист, нареди да се силом „разбије“ штрајк запослених, или чак наложи ликвидацију директора конкурентног предузећа. Иако сличне ситуације представљају реткост, предстојећа разматрања нужно се односе и на слична умишљајна проузроковања смрти. Такође, премда би се под овим појмом примарно разматрала одговорност правног лица за непосредно проузроковање, то јест за кривично дело убиства (Кривични законик, чл. 113)⁴, тешког убиства (КЗ, чл. 114) или нехатног лишења живота (КЗ, чл. 118), с обзиром да привредна активност може имати и какву међупоследицу (загађење живот-

- 2 Превођење енглеске речи „*manslaughter*“ као „убиство“ није према српској кривичноправној терминологији најпрецизније, с обзиром да у нашем праву убиство подразумева само умишљајно лишавање живота другог, док у англосаксонском праву ова категорија у већини јурисдикција обухвата и вољно (*voluntary*) и невољно (*involuntary*) усмрћење. Штавише, у пракси се овај проблем разматра искључиво у контексту нехатног лишења живота.
- 3 Вид. нпр. изричито Gerhard O. W. Mueller, „*Mens Rea* and the Corporation. A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability“, *University of Pittsburgh Law Review*, 1957, стр. 23. У странијој литератури не налазимо ваљана објашњења зашто би се одговорност за смрт ограничавала на нехатна проузроковања смрти. Најчешће се само констатује да вољно проузроковање смрти „не може да се примени на корпорације“ (Aidan Ricketts, Heidi Avolio, „Corporate Liability for Manslaughter: The Need for Further Reform“, *Southern Cross University Law Review*, 2009–2010, стр. 61), са идејом да њима недостаје воља карактеристична за човека. У многим, нарочито старијим одлукама америчких судова, одговорност корпорација за убиство негирана је тврђењем да корпорација начелно не може да изрази нарочити умишљај, који се захтева за ово кривично дело (вид. Linda C. Anderson, „Corporate Criminal Liability for Specific Intent Crimes and Offenses of Criminal Negligence – The Direction of Texas Law“, *St. Mary's Law Journal*, Nr. 2/1984, стр. 248). Ова нелогичност још више долази до изражаја када се узме у обзир да се у многим англосаксонским законодавствима даље разликују нехатно лишење живота и невољно лишење живота узроковано опасним чињењем или нечињењем. Ако се већ расправа своди на одговорност за нехатно проузроковање смрти, остаје нејасно због чега би ова друга категорија остала изван стручног интересовања у овој материји, када је управо нехатно остварење опште опасних деликата типична слика несрећа за које би требало да одговарају корпорације.
- 4 Кривични законик (*Службени гласник РС*, бр. 85/2205, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013, даље у тексту: КЗ).

не средине, наступање опште опасности за живот или тело људи или имовину већег обима) – у обзир долазе и кривична дела *квалификована њоследицом смртии*. У највећем броју случајева ће одговорност правних лица доћи у обзир управо у ситуацијама нехатно проузрокованих последица смрти, насталих као резултат какве недозвољене активности везане за пословање привредног субјекта. С тим у вези, на почетку поменути типичне ситуације проузроковања смрти можемо подвести под она кривична дела из српског КЗ-а, у којима би евентуална одговорност правног лица дошла примарно до изражаја. Ту спадају, пре свих, тешка дела против здравља људи (чл. 259, најчешће у вези са кривичним делом производње и стављања у промет штодљивих производа из чл. 25б) и тешка дела против опште сигурности (чл. 288, најчешће у вези са кривичним делима изазивања опште опасности из чл. 278 и изазивања опасности необезбеђењем мера заштите на раду из чл. 280).⁵ Најзад, треба указати да технички термин „корпоративно лишење живота“ појмовно неоправдано не укључује телесно повређивање, настало у вези са обављањем привредне делатности. С обзиром да нема суштинског разлога због којег би се одговорност правних лица ограничила само на проузроковање смрти,⁶ закључци које изведемо у погледу одговорности правног лица за последицу смрти – једнако су примењиви и на кривична дела телесног повређивања.

Расправа у погледу кривичне одговорности правних лица за убиство или нехатно лишење живота у страног литератури се углавном своди на привредна друштва као евентуалне субјекте одговорности. Основни разлог је тај што су повод за расправу представљале катастрофе и несреће праћене смрћу великог броја људи као резултат активности преваходно приватних правних лица. На сличан закључак упућује и већ поменути уобичајени термин „корпоративно лишење живота“, који наводи управо на привредна друштва као циљну групу кривичне одговорности.⁷ Међутим, не може се *a priori* искључити да смртни

5 Иако би важан сегмент одговорности правног лица за кривична дела требало да обухвати одговорност за кривична дела против животне средине (глава XXIV КЗ), наш законодавац овде није прописао теже облике квалификоване наступањем смрти или тешке телесне повреде, па преостаје да се одговорност успостави непосредно – преко кривичног дела убиства или тешке телесне повреде (вид. напомену 41).

6 С правом Р. R. Glazebrook, „A Better Way of Convicting Businesses of Avoidable Deaths and Injuries“, *Cambridge Law Journal*, Nr. 2/2002, стр. 414.

7 Anne Schneider, „Corporate Liability for Manslaughter – A Comparison between English and German Law“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Nr. 1/2009, стр. 23. Други могући технички термини углавном се нису пробили у стручној литератури. Тако се називу „индустриско лишење живота“ (*industrial manslaughter*) замера да појам сужава на проузроковања смрти на радном месту (тако Jonathan Clough, „Will the Punishment Fit the Crime – Corporate Manslaughter and the Problem of Sanctions“, *Flinders Journal of Law Reform*, Nr. 1/2005, стр. 114). И поред сличних при-

исход прати и противправну активност државних органа, па се може поставити питање кривичне одговорности јавноправних субјеката. Српски Закон о одговорности правних лица за кривична дела⁸ негира ову могућност, прописујући да Република Србија, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, државни органи и органи аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе не могу одговорати за кривична дела (чл. 3). Искључење одговорности погађа и друга правна лица, дакле и приватна правна лица, ако учине кривично дело у вршењу јавних овлашћења.⁹ Не треба међутим изгубити из вида да је појам правног лица шири од појма привредног друштва, тако да осим ортачког друштва, командитног друштва, друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва субјекти кривичне одговорности начелно могу бити и удружења,¹⁰ задруге,¹¹ задужбине,¹² фондације итд. Утолико се питање евентуалне кривичне одговорности може поставити и у погледу наведених правних субјеката.

У појединим законодавствима, која прихватају одговорност правних лица за кривична дела, одговорност правног лица није могућа ако за односно кривично дело није прописана новчана казна. То непосредно дотиче и питање евентуалне одговорности за убиство, с обзиром да ово дело спада у тешка кривична дела, код којег се редовно прописује казна затвора. Тако се према енглеском праву учинилац убиства кажњава доживотним затвором,¹³ па се због чињенице да новчана казна није предвиђена ни као могућност – *a priori* искључује одговорност правног лица за овај деликт.¹⁴ Слично ограничење у српском кривичном пра-

говора, у појединим јурисдикцијама (нпр. неким аустралијским државама) је назив „индустријског лишења живота“ ипак заживео (вид. Jonathan Wong, „Corporate Manslaughter: A Proposed Corporate Killing Offence for New Zealand“, *Canterbury Law Review*, Nr. 1/2006, стр. 158).

- 8 Закон о одговорности правних лица за кривична дела (*Службени гласник РС*, бр. 97/2008, даље у тексту: ЗОПЛКД).
- 9 Субјект кривичне одговорности може бити само онај субјект права који се по позитивном праву наше земље сматра правним лицем (ЗОПЛКД, чл. 5 тач. 1). Вид. детаљније Горан Илић, „Маргиналије уз Закон о одговорности правних лица за кривична дела“, *Crimen*, бр. 2/2010, стр. 250.
- 10 Закон о удружењима (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 99/2011 – др. закон), чл. 4 ст. 2.
- 11 Закон о задругама (*Службени лист СРЈ*, бр. 41/1996 и 12/1998 и *Службени гласник РС*, бр. 101/2005 – др. закон и 34/2006), чл. 5 ст. 1.
- 12 Закон о задужбинама и фондацијама (*Службени гласник РС*, бр. 88/2010 и 99/2011 – др. закон), чл. 2.
- 13 *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965*, пар. 1.
- 14 Вид. одлуку *R v ICR Haulage Ltd. [1944] KB. 551, 554, 557*. Осим за кривична дела запређена казном затвора правна лица према енглеском праву не могу одговорати ни за својеручна кривична дела (двобрачност, родоскрвњење, давање лажног

ву међутим не постоји, иако и наше кривично право, разумљиво, не предвиђа могућност изрицања правном лицу казне затвора.¹⁵ ЗОПЛКД начелно допушта одговорност правног лица за сва кривична дела из посебног дела Кривичног законика и других закона.¹⁶ Чињеница, да за конкретно кривично дело није прописана новчана казна, не везује суд, с обзиром да се распон новчане казне у погледу правног лица ни не одређује код појединог кривичног дела, већ на темељу општих одредаба о висини новчане казне (ЗОПЛКД, чл. 14). Због тога околност да је за убиство према нашем праву прописана само казна затвора (од пет до петнаест година) не искључује могућност изрицања новчане казне правном лицу, с обзиром да се за кривична дела „за које је прописана казна затвора преко десет година“ – новчана казна изриче у износу од најмање двадесет милиона динара (ЗОПЛКД, чл. 14 ст. 3 тач. 6).¹⁷ Исто важи и у односу на нехатно лишење живота, уз нешто нижи распон (од два милиона до пет милиона динара).¹⁸

исказа). У делу англосаксонске судске праксе се закључује да сексуални деликти (нпр. силовање) могу бити учињени од стране корпорације (вид. Dorothy Farisani, „Corporate Homicide: What can South Africa Learn from Recent Developments in English Law“, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Nr. 2/2009, стр. 211, у погледу Јужноафричке Републике).

- 15 У односу на правно лице, наше право од казни предвиђа новчану казну и престанак правног лица (ЗОПЛКД, чл. 13). Не треба потцењивати превентивно дејство новчане казне у односу на правна лица. Осим високих распона, остварујући сврху кажњавања, суд у одмеравању новчане казне узима у обзир, између осталог, и величину правног лица, степен његове одговорности, положај и број одговорних лица која су учинила кривично дело, као и мере које је правно лице предузело како би открило, спречило или казнило дело одговорног лица (вид. ЗОПЛКД, чл. 15). Ипак, изненађује да законодавац није олакшавајућим и отежавајућим околностима придодео и „економску снагу“ правног лица, иако је ова околност била присутна у Закону о привредним преступима (чл. 20), као до сада основном моделу казнене одговорности правног лица у нашем праву. У ситуацији када већ, еквивалентно систему новчане казне у дневним износима у односу на физичка лица као учиниоце кривичних дела (вид. КЗ, чл. 49), није осмишљен модел који би у целости пратио имовно стање учиниоца, било је примереније и у погледу кривичне одговорности правног лица нарочито вредновати његов имовни капацитет, налик чл. 54 ст. 2 КЗ или чл. 42 ст. 3 Закона о прекршајима.
- 16 Слично и аустралијски кривични законик из 1995. године (*Criminal Code Act*) утврђује да правно лице може одговарати за свако кривично дело, „укључујући оно кажњиво затвором“ (пар. 12.1 ст. 2).
- 17 С обзиром да није прописан посебни максимум распона – важи општи максимум од петсто милиона динара (ЗОПЛКД, чл. 14 ст. 2). Исти распон би важио и за кривично дело тешког убиства (КЗ, чл. 114).
- 18 ЗОПЛКД, чл. 14 ст. 3 тач. 3. Треба међутим приметити да законодавац није нотехнички прецизно одредио распоне новчане казне за правна лица, с обзиром да се прописана казна затвора за нехатно лишење живота (од шест месеци до пет година) може подвести и под распоне новчане казне из чл. 14 ст. 3 тач. 4 и 5.

Један од основних разлога због којег се у англосаксонском праву све више пробија кривична одговорност привредних субјеката за смртне последице настале у обављању њихове делатности тиче се *прекора* који прати кривичноправно кажњавање. Терет економских ефеката исплаћене новчане казне привредно друштво може једноставно пребацивати на акционаре (преко мањих дивиденди и евентуалне ниже вредности акција), повериоце (преко умањеног капитала и кредитне способности правног лица), потрошаче (преко виших цена) и саме запослене (отпуштање радника).¹⁹ Потенцијални негативни ефекти у односу на запослене представљају значајан ограничавајући фактор новчаног кажњавања, с обзиром да је неретко прва непосредна последица високе новчане казне смањење броја запослених. У овом смислу, материјални губитак који прати новчано кажњавање (кривично, прекршајно или привредно-преступно) има сличне последице као и евентуална грађанскоправна одговорност правног лица за накнаду штете. Оно што међутим одваја накнаду штете и кривичну санкцију новчане казне јесу *посредни губици* за правно лице као учиниоца кривичног дела, настали стигматизацијом коју прати кривична осуда. Иако кривични прекор упућен правном лицу има више симболичко значење,²⁰ он може имати значајне негативне имовинске ризике по привредне субјекте. Много израженије превентивно дејство од непосредне новчане вредности казне има *лош јубилицијет* који у јавности ствара кривична осуда за убиство или нехатно проузроковање смрти, с обзиром да стварање лоше слике у јавности може водити смањеној конкурентности, губитку тржишта, бојкоту и даљим економским губицима.²¹

Случај који је интензивирао научну расправу о евентуалној одговорности правног лица за проузроковање смрти десио се 1987. године и односио се на занемаривање безбедносних протокола и процедура, праћено трагичним последицама. До несреће је дошло када је приликом испловљавања из белгијске луке Зебриж британски трајект „*Herald of Free Enterprise*“ потонуо, а близу 200 лица, путника и чланова посаде, страдало. Разлог несреће био је тај што је посада трајекта заборавила да пре испловљавања затвори врата на прамцу, што је омогућило да вода продре у простор за аутомобиле и да на крају потопа брод. Енглеско тужилаштво је оптужило превозиоца „*P&O European Ferries*“ и

19 J. Clough, *нав. чланак*, стр. 122; Vincent Todarello, „Corporations Don't Kill People – People Do: Exploring the Goals of the United Kingdom's Corporate Homicide Bill“, *New York Law School Law Review*, Nr. 3-4/2002-2003, стр. 862.

20 James Gobert, „The Politics of Corporate Manslaughter – The British Experience“, *Flinders Journal of Law Reform*, Nr. 1/2005, стр. 4.

21 J. Clough, *нав. чланак*, стр. 123; J. Gobert, *нав. чланак*, стр. 5-6. У том смислу, нарочити значај може имати мера безбедности јавног објављивања пресуде (ЗОПЛКД, чл. 26).

седам запослених за нехатно лишење живота путника и чланова посаде. Према теорији „идентификације“, прихваћеној у погледу кривичне одговорности правних лица у ондашњој енглеској доктрини,²² одговорност је могла бити васпостављена само ако је дело било учињено од стране лица које отелотворује „ум и вољу“ компаније („*directing mind and will*“), с којим се правно лице у јавности по правилу изједначава. Према теорији идентификације, правно лице се често пореди са људским организмом, где се управо владајуће структуре разумеју као његов „мозак“, док други запослени, као извршиоци налога, представљају „удове“ привредног друштва.²³ Под владајућим структурама се разумеју лица која управљају предузећем (директори, чланови управног одбора или виши руководиоци) и воде његову пословну политику.²⁴ Како се привредно друштво преко наведених физичких лица „идентификује“, делује смислено да се њихова субјективна страна припише правном лицу које заступају. Међутим, услов одговорности правног лица подразумева и проналажење вишег руководиоца, коме се на субјективном плану може приписати кривица за смрт проузроковану пропустима у раду правног лица. То је показало и основну слабост теорије „идентификације“. Овај модел показивао је резултате само када се радило о мањим фирмама, где је правно лице представљало једно или само неколико одговорних лица и где је било могуће успоставити објективну и субјективну везу између њихових одлука и наступелих последица. У великим компанијама, пак, где је доношење одлука „расуто“ на више нивоа и где је неретко немогуће доказати да су водеће структуре имале сазнања о чињењима и нечињењима својих запослених – кривична одговорност ће тешко допрети до високо позиционираних управљачких кругова.²⁵ То се видело и на примеру несреће трајекта „*Herald of Free Enterprise*“, када су оптужбе против фирме „*P&O European Ferries*“ одбачене. Иако је утврђено више појединачних пропуста запослених,²⁶ није доказано да је иједан члан

22 Ово учење је засновано у доктрини на темељу три значајне одлуке из 1944. године. Поред већ поменутих *R v ICR Haulage Ltd.* [1944] KB. 551, 554, 557, вид. *DPP v Kent and Sussex Contractors, Ltd.*, [1944] KB. 146; *Moore v I Bresler Ltd.*, [1944] 2 All ER. 515. До тада су правна лица у Великој Британији одговарала само за кривична дела за која се није захтевала *mens rea*.

23 М. Pritchard, *нав. чланак*, стр. 56.

24 Још од водећег случаја у овој области – *Tesco Supermarkets Ltd. v Natrass*, [1972] AC. 153 – питање с којим то лицима се идентификује компанија представља централни проблем учења. Суд је у овом предмету закључио да пословођа супермаркета нема довољно висок положај у структури корпорације да би идентификовао саму компанију.

25 А. Ricketts, Н. Avolio, *нав. чланак*, стр. 66.

26 Радник који је требало да затвори врата на прамцу, кроз која је покуљала вода, био је заспао, док је одговорно лице, које је требало да провери да ли су врата затворе-

органа управљања поступао нехатно у погледу наступелих последица и имао сазнања о пропустима који су довели до удеса. Стога не изненађује да су у досадашњој енглеској пракси све осуђене компаније биле „мале и релативно непознате“.²⁷

Као резултат уочених недостатака, Велика Британија доноси 2007. године Закон о корпоративном убиству (*Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*),²⁸ који ће послужити као модел за многа друга англосаксонска законодавства. Према овом закону, организација је одговорна за лишење живота другог ако узрок смрти представља начин на који су њене активности руковођене или организоване, а истовремено се ради о очигледној повреди дужности старања организације у односу на умрлог (пар. 1 ст. 1 СМСНА).²⁹ Услов је и да је начин на који су активности организације биле руковођене или организоване од стране вишег руководства представљао битан елемент повреде дужности старања (пар. 1 ст. 3 СМСНА).³⁰ Није нужно да је повреда дужности вишег руководства искључиви и непосредни узрок смрти, већ да игра посредну али значајну улогу у њеном наступању.

Државе бивше Југославије су углавном прихватиле кривичну одговорност правних лица и унеле је у своја законодавства, иако се у литератури и коментарима регионалних закона о одговорности правних лица за кривична дела ретко наилази на осврт на евентуалну одговорност правног лица за кривична дела са обележјем проузроковања смрти. Тако се у Коментару Закона о одговорности правних лица за кривична дјела Црне Горе констатује да „правно лице може одговарати за кривична дјела учињена од стране одговорног лица која укључују насиље, као што је убиство“, уз пример у којем менаџер даје налог запосленом да убије или тешко повреди власника другог правног лица како би ели-

на, био заузет другим пословима на мосту. Суд није прихватио да „кумулира“ све пропусте појединих физичких лица правном лицу.

27 А. Schneider, *нав. чланак*, стр. 27.

28 У даљем тексту: СМСНА. Овим законом је за Енглеску, Велс и Северну Ирску инкриминисан *corporate manslaughter*, а за Шкотску *corporate homicide* као кривично дело.

29 Повреда дужности је очигледна ако „пада далеко испод онога што се разумно може очекивати од организације у датим околностима“ (пар. 1 ст. 4 тач. б СМСНА).

30 Важно је приметити да, супротно теорији „идентификације“, није неопходно да се идентификује конкретан руководилац који је учинио повреду дужности, већ је довољно да се таква повреда припише начину вођења правног лица у целини. Ту се некада заступа и учење о тзв. „агрегацији“, здруживању кривице (*aggregation doctrine*), према којем се комбинују пропусти неколико виших руководилаца и њихова кривица, уместо да се, често неуспешно, тражи једно одговорно лице (А. Ricketts, Н. Avolio, *нав. чланак*, стр. 70). Овај модел је владајући у америчкој пракси.

минисао конкуренцију.³¹ У начелу, или се одговорност правног лица за кривична дела са проузроковањем смрти може непосредно извести из одговарајућих законских одредби, или се таква могућност посредно тумачи у литератури.³²

Према српском ЗОПЛКД правно лице одговара за кривично дело у две ситуације. У *првој ситуацији* правно лице одговара ако одговорно лице у оквиру својих послова односно овлашћења учини кривично дело у намери да за правно лице оствари корист (чл. 6 ст. 1). Ако овај случај доведемо у везу са контекстом у којем привредна друштва послују и ситуацијама индустријских несрећа са смртним последицама, можемо констатовати да је први услов одговорности – околност да одговорно лице делује у оквиру својих послова и овлашћења – редовно испуњен. Индустријске незгоде најчешће подразумевају несавесна поступања запослених у вршењу делатности за чије је обављање правно лице регистровано.³³ Отуда ће, примера ради, несрећа у руднику бити вероватно изазвана непоступањем одговорног лица по прописима о мерама заштите на раду у оквиру правног лица регистрованога за експлоатацију руда. Такође, и услов који је у англосаксонским законодавствима најчешће споран – круг одговорних лица чија чињења или нечињења заснивају одговорност правног лица³⁴ – према српском праву не представља посебан проблем. Наш ЗОПЛКД доста широко одређује круг одговорних лица из којих се одговорност правног лица изводи. Наиме, одговорно лице је не само лице које је овлашћено, односно за које се може сматрати да је овлашћено да поступа у име правног лица, већ и лице којем је правно или фактички поверен одређени круг послова у правном лицу (чл. 5 тач. 2). То не мора бити само члан управљачких структура привредног друштва већ и сваки други запослени, па ће и овај услов одговорности редовно бити испуњен. Проблем представља захтев да одговорно лице мора да поступа у намери

31 Зоран Стојановић, Richard Shine, *Коментар Закона о одговорности правних лица за кривична дјела*, Подгорица, 2007, стр. 65.

32 Вид. чл. 4 словеначког Закона о одговорности правних лица за казнена дела (*Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja*) од 1999. год., чл. 3 хрватског Закона о одговорности правних особа за казнена дјела од 2003 год. и чл. 5 црногорског Закона о одговорности правних лица за кривична дјела.

33 Треба имати у виду поменуто ограничење према којем правна лица којима је законом поверено вршење јавних овлашћења не могу одговарати за кривично дело учињено у његовом вршењу. Отуда је нпр. искључена кривична одговорност приватне клинике или болнице за повреде дужности лекара или другог здравственог радника у вршењу здравствене делатности или одговорност приватног превозиоца за несавестан превоз путника у јавном саобраћају.

34 У већем броју законодавастава само кривица највиших органа правног лица може засновати кривичну одговорност.

да за правно лице оствари корист. Иако се у литератури овај услов тумачи доста широко, у смислу да се може радити и о имовинској и о неимовинској користи,³⁵ у ситуацијама несрећа на раду он најчешће ипак није остварен. Наиме, према владајућем схватању у нашој доктрини „нехатна кривична дела, по природи ствари, не могу садржати намеру или побуду“.³⁶ Управо субјективна обележја намере и побуде говоре у прилог томе да је учинилац у конкретном случају био свестан свог дела и хтео његово извршење (директан умишљај), или бар на њега пристао (евентуални умишљај), јер га је на предузимање дела управо мотивисала одређена (овде користољубива) побуда. Да постојање намере као субјективног обележја дела у неку руку подразумева умишљај неспорно је и у домаћој литератури.³⁷ Евентуални излаз из неспојивости нехата и услова користољубиве намере могла би да представља чињеница да се код кривичних дела која чине правна лица не мора увек радити о делима са субјективним обележјем користољубиве намере; начелно у обзир долази свако кривично дело, па и оно које нема сличну намеру у свом бићу.³⁸ Довољно је да је одговорно лице остварило обележја неког кривичног дела које не обухвата намеру као обележје, али да је у конкретном случају биће остварено у намери да се за правно лице оствари корист. Ипак, наведена могућност, да се намера нађе изван бића дела, иако не представља услов одговорности одговорног лица за кривично дело – и даље остаје услов одговорности правног лица за односно кривично дело. Како се „одговорност правног лица заснива на кривици одговорног лица“ (чл. 7 ст. 1 ЗОПЛКД),³⁹ независно од тога да ли је намера обележје кривичног дела у питању – коегзистенција нехата и намере делује као тежак задатак.

35 Чак је и појам саме имовинске користи у Кривичном закону широко постављен, с обзиром да она представља „добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво“ (КЗ, чл. 112 ст. 36).

36 Зоран Стојановић, *Кривично право Ойшџи гео*, 20. издање, Београд, 2013, стр. 110.

37 Вид. нпр. *ibid.*, стр. 109.

38 У супротном би се одговорност правног лица свела на кривично дело злоупотребе овлашћења у привреди (КЗ, чл. 238), које врши одговорно лице у предузећу или другом субјекту привредног пословања које има својство правног лица, „које у намери прибављања противправне имовинске користи за правно лице у којем је за послено“ предузме неку од инкриминисаних радњи.

39 Правно лице нема своју субјективну страну, да би оно само могло да скриви одређено понашање, па је стога његова одговорност изведена из кривице одговорног лица. Нespoјивост нехата и користољубиве намере не треба отуда мешати са захтевом да се одговорност правног лица заснива на кривици одговорног лица. Овде се ради о неспојивости нехата и намере самог физичког лица, на чијој се кривици и темељи одговорност правног лица.

У *другој ситуацији* за кривичну одговорност правног лица неопходно је да физичко лице, које би требало да делује под надзором и контролом одговорног лица, учини кривично дело управо због непостојања надзора и контроле одговорног лица над његовим активностима у конкретном случају (ЗОПЛКД, чл. 6 ст. 2). Реч је виду одговорности за противправна дела других,⁴⁰ заснованој на идеји занемаривања гарантне дужности надзора у односу на чињења и нечињења запослених. На први поглед, овде би се могле подвести многе индустријске несреће са смртним последицама. Тако у поменутој несрећи у луци Зебриж дужно чињење није пропустио само запослени чија је непосредна дужност била да затвори врата на прамцу, већ и надређени официр који је то требало да провери. На темељу овог дела одредбе из чл. 6 ст. 2 ЗОПЛКД би се отуда могло закључити да је кривично дело у конкретном случају учињено управо због непостојања надзора и контроле одговорног лица над његовим активностима. Међутим, и овде је задржан услов да физичко лице, које делује под надзором и контролом одговорног лица – мора да чини кривично дело „у корист правног лица“, што једнако онемогућава успостављање одговорности правног лица за нехат. Како последица смрти, као облик кривичног дела квалификованог тежом последицом (КЗ, чл. 27), мора бити обухваћена нехатом учиниоца, услов поступања у корист правног лица редовно ће искључити одговорност правног лица за кривична дела са обележјем смрти (нпр. тешка дела против опште сигурности из чл. 288 КЗ).⁴¹

Српска одредба о кривичној одговорности правних лица наликује заступничком моделу одговорности правних лица (*vicarious liability*).

40 Вид. Игор Вуковић, *Кривична дела нејравној нечињења*, Београд, 2013, стр. 125.

41 Код неких значајних кривичних дела, код којих долази у обзир кривична одговорност правног лица, законодавац није конструисао теже облике квалификоване последицом смрти или тешке телесне повреде, па се у случају наступања ових последица мора ићи на стицај са одговарајућим делом против живота и тела. Тако, примера ради, ако је као резултат загађења животне средине наступила смрт једног или више лица, чињеница да законодавац није прописао тешка дела против животне средине условила би примену правила о стицају. Сматрамо да особеност заштитног објекта животне средине није довољан разлог за непрописивање тешких дела квалификованих последицом смрти или тешке телесне повреде. С једне стране, евентуалне теже последице смрти подразумевале би стицај са онолико нехатних лишења живота колико има страдалих лица. То би у примерима загађења средине, неретко праћених смрћу стотина људи, подразумевало исто толико нехатних лишења живота. Овај могући приговор тежи облик у уобичајеном квалификаторном обележју „смрти једног или више лица“ успешно пренебрегава. С друге стране, слични тежи облици, бар за кривично дело загађења животне средине (КЗ, чл. 260), били су предвиђени до доношења Кривичног законика (вид. претходни Кривични закон РС [Службени гласник СРС, бр. 26/1977, 28/1977, 43/1977, 20/1979, 24/1984, 39/1986, 51/1987, 06/1989 и 42/1989 и Службени гласник РС, бр. 16/1990, 21/1990, 49/1992, 23/1993, 67/1993, 47/1994, 17/1995, 44/1998, 10/2002, 11/2002, 80/2002, 39/2003 и 67/2003], чл. 135).

lity), прихваћеном у САД на федералном нивоу. Према овом обрасцу, корпорација одговара кривично ако одговорно лице у њеном саставу учини кривично дело у оквиру својих послова унутар правног лица и у намери да за корпорацију оствари корист.⁴² При том се намера да се за корпорацију оствари корист тумачи екстензивно, с обзиром да је довољно да је учинилац примарно деловао у намери да корист прибави за себе, а тек посредно за правно лице у чије име дела.⁴³ *Ratio* укључивања услова намере подразумева интенцију да се спречи кривично гоњење компанија које су саме жртве криминалне делатности њених запослених.⁴⁴ Акт који штети правном лицу или се чини само у корист физичког лица не може да заснује одговорност правног лица. Осим тога, није неопходно да је корист заиста и прибављена; довољно је да запослени поступао у намери да оствари корист.⁴⁵ Из наведених разлога, иако захтев да је правно лице имало извесну корист од вршења кривичног дела од стране његовог запосленог на први поглед битно сужава границе кривичне одговорности правног лица, овај услов је у примени права значајно ублажен.⁴⁶

Заиста, појам „користи“, од којег полази ЗОПЛКД, могао би се на први поглед протумачити и у нешто екстензивнијем виду. Док се намера прибављања користи јасније очитује код кривичних дела против имовине или привреде, где евентуални мотив обogaћења више долази до изражаја, привредно друштво може имати индиректне имовинске и неимовинске користи и код кривичних дела против личних добара, ако

42 Pamela H. Bucy, „Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability“, *Minnesota Law Review*, Nr. 4/1991, стр. 1102; Andrew Weissmann, David Newman, „Rethinking Criminal Corporate Liability“, *Indiana Law Journal*, Nr. 2/2007, стр. 412, 422.

43 Задовољава дакле да је намера прибављања користи за правно лице била само један од мотивационих фактора. Jennifer Moore, „Corporate Culpability under the Federal Sentencing Guidelines“, *Arizona Law Review*, Nr. 4/1992, стр. 761; A. Weissmann, D. Newman, *нав. чланак*, стр. 422.

44 Kathleen F. Brickey, „Corporate Criminal Liability: A Primer for Corporate Counsel“, *The Business Lawyer*, 1/1984, стр. 134-135.

45 Lowell H. Brown, „Vicarious Criminal Liability of Corporations for the Acts of Their Employees and Agents“, *Loyola Law Review*, Nr. 2/1995, стр. 295; P. H. Bucy, *нав. чланак*, стр. 1103, 1149.

46 Треба имати у виду да је и друга претпоставка – да је запослени учинио кривично дело у вршењу својих послова и овлашћења – у тој мери у примени права разводњена да се тумачи као „скоро безначајна“ (P. H. Bucy, *нав. чланак*, стр. 1102). Наиме, судови су прихватили да је дело учињено у вршењу послова правног лица и у ситуацијама када је политика корпорације изричито забрањивала таква понашања или је чинила друге напоре да их спречи (Carol L. Bros, „A Fresh Assault on the Hazardous Workplace: Corporate Homicide Liability for Workplace Fatalities in Minnesota“, *William Mitchell Law Review*, Nr. 2/1989, стр. 290).

његова управа, примера ради, скреше трошкове за скупе мере заштите на раду или одлучи да се насилно обрачуна са штрајкачима. Сличне активности некада се могу довести у везу и са нехатом. Тако изазивање опасности непостављањем заштитних уређаја у рудницима, фабрикама, радионицама, на градилиштима или на другом месту рада, њиховим неодржавањем у исправном стању, или нестављањем у дејство у случају потребе може бити учињено и из нехата (вид. КЗ, чл. 280 ст. 3), а да се не искључи да је разлог пропуштања ових мера подразумевао стицање какве посредне користи (остварење неких уштеда). Овај модел је замислив код свих последичних деликата код којих кршење какве дужности, као радња извршења кривичног дела, може бити и свесно и несвесно, а где у односу на последицу повреде или опасности (у примеру дела из чл. 280 ст. 3 КЗ – опасности за живот или тело људи или за имовину већег обима) постоји нехат. Ту је такође замисливо да је побуда због које је учинилац пренебрегао своју дужност била користољубива. По сличном обрасцу бисмо могли да „помиримо“ намеру стицања користи и нехат и код других типичних нехатних деликата.⁴⁷ На слично разумевање овог односа наилазимо и у литератури.⁴⁸

Ипак, изнето тумачење не можемо прихватити као ваљано решење. Није спорно да у погледу важних кривичних дела (нпр. корупције) обележје користољубиве намере изгледа као логичан услов. Захтев да одговорно лице делује, макар делимично, у корист правног лица, представља мост између индивидуалне одговорности одговорног физичког лица и изведене одговорности правног лица, пружајући извесно криминално-политичко оправдање за кривичноправну реакцију. Остаје међутим отворено да ли је слично тумачење, из угла обличја чл. 6 ЗОПЛКД, у случају нехатних деликата једнако могуће. Иако се из наведених примера може видети да је нехатно поступање у користољубивој намери некада замисливо, слична конструкција пре изгледа као припадак централно постављене кривичне одговорности привредних друштава за умишљајне деликте одговорних лица, него као подобан и циљани инструмент кривичноправног одговора на све значајније присуство индустријских незгода и несрећа на раду.

Из свих наведених разлога сматрамо да одредба о условима одговорности правног лица из чл. 6 ЗОПЛКД не пружа довољан основ за

47 Тако би се и код честог нехатног угрожавања безбедности саобраћаја (КЗ, чл. 289 ст. 3) могло тврдити да је учинилац чак и умишљајно кршио неки саобраћајни пропис, нпр. вози технички неисправно возило, желећи да избегне трошак нужних поправки, а да у односу на последицу опасности за живот или тело људи или за имовину већег обима постоји само нехат.

48 Вид. нпр. С. L. Bros, *нав. чланак*, стр. 300; Зоран Стојановић, „Одговорност правних лица за кривична дјела“, у: *Одговорности њравних лица за кривична дјела. Повраћај добара*, Подгорица, 2010, стр. 22.

закључак да овај законски пропис допушта одговорност правног лица за нехатна кривична дела. Да ли овај недостатак постојећег решења захтева допуну актуелног модела изведене кривичне одговорности правног лица или установљење неког од упоредних модела изворне кривичне одговорности правног лица – остаје да се види. У сваком случају, свако будуће решење, које полази од потребе свеобухватног дефинисања претпоставки одговорности правног лица за кривична дела, мора уважити оправдани интерес да одговорност правног лица обухвати и одговорност за нехат. У том случају ће и ситуације у којима криминално-политички обзири захтевају одговорност правног лица за кривична дела са последицом смрти или тешке телесне повреде добити задовољавајући правни оквир.

Igor VUKOVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY FOR MANSLAUGHTER AND SERIOUS BODILY HARM IN SERBIAN LAW

Summary

The subject of corporate liability for deadly consequences, caused by employees, becomes even more topical in comparative literature and case law, especially in common law systems. With an increasing number of industrial accidents with tragic consequences, followed by the death of a large number of people, new solutions are being found and new regulations are being brought, with the idea to ensure that criminal liability does not hit only natural persons in the legal entity, but also the corporation itself. This indicates that an important segment of criminal liability of legal persons is their responsibility for negligent offenses. Considering that the liability of legal persons for criminal offenses was introduced in the Serbian law in 2008, the author analyzes the current assumptions of criminal liability of legal entities under the existing law, in particular the requirement that the responsible person commits criminal offence “for the benefit of the legal person”. The author concludes that existing solutions cannot adequately cover the liability of legal entities for negligent offences, including offences with graver consequences of death or serious bodily harm.

Key words: *corporate manslaughter, intent to benefit the corporation, negligence.*

ФИНАНСИЈСКА ТРЖИШТА

Rainer KULMS, Priv.-Doz., Dr. iur., LL.M.
**Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative and
International Private Law, Hamburg, Germany**

BITCOIN – A DIGITAL CURRENCY BETWEEN PRIVATE ORDERING AND REGULATORY INTERVENTION

Summary

Bitcoin has become the most innovative and controversial form of digital money. It operates cross-border as a virtual currency without having the attributes of a real currency, since government backing is absent. Bitcoin depends crucially on the internet. It is open to everybody and has brought forth rudimentary organisational structures with the potential for creating externalities. Internal incentive mechanisms are in effect to maintain the stability of the private currency in an unstable legal environment. This paper reviews the technical aspects and governance mechanisms of Bitcoin in the light of the literature on the tragedy of the (anti-) commons. Government intervention into virtual currencies is still in its infancy. Regulators are currently assessing the benefits of private financial networks against the fall-out from money laundering and tax evasion practices. The future of the virtual currency critically depends on the interface between efficient private ordering and the fight against crime.

Key words: *virtual currencies, the tragedy of the (anti-) commons, regulation of private financial networks.*

I What is Bitcoin?

1. A Currency in a Legal No-man's Land

“Bitcoin is a decentralised, peer-to-peer network-based virtual currency that is traded on-line and exchanged into US dollars and other currencies.”¹ But, according to the former president of the Dutch Central Bank, “this is worse than the tulip mania; at least then you got a tulip (at the end)”² Late in February 2014, the largest exchange for bitcoins, the Tokyo-based Mt. Gox Co., Ltd., went bankrupt, citing losses of bitcoins and customer funds.³ Illinois investors filed a class-action law suit alleging fraud, negligence and breach of fiduciary duties, as they could not withdraw bitcoins from Mt. Gox.⁴ Eventually, a Texas federal district court stayed the action pending the Japanese bankruptcy proceeding.⁵ Later, the insolvent Mt. Gox made it known that it had retrieved in a digital storage file about one quarter of the missing bitcoins.⁶

The Japanese (bankruptcy) application for the commencement of a ‘Procedure of Civil Rehabilitation’ expressly refers to the possibility of an illicit removal of bitcoins from the Mt. Gox.⁷ This seems to confirm warn-

1 US Federal Bureau of Investigation Intelligence Assessment, (U) Bitcoin Virtual Currency – Unique Features Present Distinct Challenges for Detering Illicit Activity, 24 April 2012 (available at http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2012/05/Bitcoin-FBI.pdf).

2 Quoted from the The Guardian on line 4 December 2013, “Bitcoin hype worse than tulip mania, says Dutch central banker” (available at <http://www.theguardian.com/technology/2013/dec/04/bitcoin-bubble-tulip-dutch-banker>).

3 Financial Times online 25 February 2014, B. McLannahan, “Fate of Mt. Gox questioned after Bitcoin trading suspended” (available at <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/f13bf822-9de4-11e3-95fe-00144feab7de.html#axzz2v6cwn3vK>); Reuters US edition 28 February 2014, “Mt. Gox files for bankruptcy, hit with lawsuit” (available at <http://www.reuters.com/article/2014/02/28/us-bitcoin-mtgox-bankruptcy-idUSBREA1R0FX20140228>).

4 Ars technical (Cyrus Farivar) 28 February 2014, “Illinois man files class-action law suit against Bitcoin exchange MtGox” (available at <http://arstechnica.com/tech-policy/2014/02/illinois-man-files-class-action-lawsuit-against-bitcoin-exchange-mtgox/>); see also Reuters online 15 March 2014, “U.S. class action over bitcoin losses names Mitsuho as defendant” (available at <http://www.reuters.com/article/2014/03/15/us-bitcoin-mtgox-mitsuho-idUSBR EA2E01V20140315>).

5 BBC News Technology online 11 March 2014, “Bitcoin firm Mt Gox wins brief US bankruptcy protection” (available at <http://www.bbc.com/news/technology-26523826>).

6 UPI News online 21 March 2014, “Mt. Gox has found 200,000 bitcoins worth around \$ 114 million” (available at http://www.upi.com/Business_News/2014/03/21/Mt-Gox-has-found-200000-bitcoins-worth-around-114-million/3691395413831/).

7 See translation from the Japanese of 28 February 2014 (available at <https://www.mtgox.com/>).

ings voiced by the US Federal Bureau of Investigation (FBI) in 2013. The FBI felt that the very features of Bitcoin invite criminal activities such as the purchase of illicit goods and money laundering.⁸ In January 2014, New York state officials held hearings on whether to regulate bitcoin trading.⁹ Obviously, supporters of Bitcoin take a much more optimistic approach, highlighting the beneficial effects of a digital currency which is said to be largely inflation-proof. They claim that Friedrich August von Hayek would have approved Bitcoin,¹⁰ since Bitcoin is a private, denationalised currency, totally independent of Central Bank intervention.¹¹ Bitcoin presents a fascinating challenge to lawyers and financial market regulators.¹² It appears to stand for the benefits of private ordering, the fall-out from financial bubbles and its potential for money laundering. Bitcoin is not a new-comer in the field of privately sponsored virtual currencies. But it is the first scheme for a private, digital currency which operates without a centralised steering-mechanism and without direct intervention of central private regulator. Bitcoin by-passes more or less current national securities rules and it does not come under the European Union (EU) rules on electronic cash. The 'external' value of Bitcoin fluctuates, and central Banks (including the European Central Bank) warn consumers about Bitcoin's highly speculative nature.¹³

Bitcoin depends crucially on the internet. It is open to everybody and has brought forth rudimentary organisational structures which require closer

8 See supra sub FN 1. See also Statement by J. Shasky Calvery, Director of the Financial Crimes Enforcement Network, US Department of the Treasury, before the US Senate Committee on Homeland Security and Government Affairs, Washington, D.C., 18 November 2013 (available at <https://www.hsdl.org/?view&did=747209>).

9 See infra sub III.3.b.

10 See F.A. Hayek, "Denationalisation of Money – The Argument Refined, An Analysis of the Theory and Practices of Concurrent Currencies" (The Institute of Economic Affairs, London, 3rd ed., 1990) (available at <http://mises.org/books/denationalisation.pdf>).

11 J. Brito/A. Castillo, "Bitcoin: A Primer for Policy Makers" (Mercatus Center at George Mason University, 2013, available at http://mercatus.org/sites/default/files/Brito_Bitcoin_Primer_embargoed.pdf).

12 See news analysis: The Guardian online 25 November 2013, "Is Bitcoin about to change the world?" (available at <http://www.theguardian.com/technology/2013/nov/25/is-bitcoin-about-to-change-the-world-peer-to-peer-cryptocurrency-virtual-wallet>).

13 See European Banking Authority, Warning to Consumers on Virtual Currencies (EBA/WRG/2013/01, 12 December 2013, available at <http://www.centralbank.ie/public/information/Documents/EBA%20Warning%20on%20Virtual%20Currencies.pdf>); and Wall Street Journal Europe online 5 December 2013, R. Sidel et al., "Central Banks Warn of Bitcoin Risks" (available at <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303497804579239451297424842>); Deutsche Bundesbank, "Interview mit Carl-Ludwig Thiele, Bitcoins sind hochspekulativ", 7 January 2014 (available at http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Interviews/2014_01_08_thiele_handelsblatt).

inspection with respect to potential externalities.¹⁴ Being open-source and largely unregulated, it has to be ascertained whether Bitcoin will run the risk of becoming a victim of the tragedy of the commons.¹⁵ Closer inspection suggests that Bitcoin may have ‘amended’ the commons of the internet by offering a communitarian governance structure to its users. A potentially tragic fate of the commons may have been averted by Bitcoin’s rudimentary organisation designed to address some collective action problems. This calls for an analysis of whether Bitcoin’s governance structure has *de facto* created property rights as incentive mechanisms for the administrators. Conversely, an uneven distribution of (*de facto*) property rights might result in a tragedy of the anti-commons if incentive mechanisms malfunction. This in turn, raises the question whether regulators’ interest in Bitcoin is purely motivated by a fight against cybercrime or whether regulatory efforts aim at interfering with ill-devised *de facto* private property rights.

2. Outline of the Paper

This paper will first study the technical aspects of Bitcoin in order to ascertain the organisational structure for administering a digital currency scheme. It will then place Bitcoin and its specific internet features in the broader context of the literature on the tragedy of the (anti-) commons in order to appreciate current regulatory attitudes towards digital currencies. This is both a process of legalisation and potentially repressive enforcement strategies against illicit practices. Current government strategies are still in their infancy.¹⁶ In some jurisdictions, Bitcoin is recognised as a digital currency or a unit of account which may give rise to taxation. Other jurisdictions have taken a more hostile stance towards digital currencies introducing an outright prohibition of business transactions in digital currencies.¹⁷ A section on the future of digital currencies at the crossroads between efficient private ordering and the fight against crime concludes.

14 See *infra* sub III.2, 3.b.

15 Cf. on the tragedy of the commons in non-property based schemes for structuring cooperation: Y. Benkler, “Coase’s Penguins, or, Linux and the Nature of the Firm”, 112 *Yale L. J.* 369 (378) (2002).

16 The Library of Congress, Global Research Center, Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions (January 2014), p. 1 (available at http://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/2014-010233%20Compiled%20Report_.pdf?loclr=bloglaw).

17 *Ibid.*, country reports.

II Bitcoin and Virtual Currencies in the Age of the Internet

1. Virtual Currencies – The Basics¹⁸

A ‘virtual currency’ operates as a medium of exchange over a network without having the attributes of a real currency; it operates without government backing.¹⁹ Nonetheless, virtual currencies have an equivalent value in real currency or commodities or may serve as a substitute for real currency²⁰. Under art. 2 (2) of the EU’s Electronic Money Directive, ‘electronic money’ means “electronically stored monetary value as represented by a claim on the issuer which is issued on receipt of funds for the purpose of making payment(s) ...”²¹ Electronic money maintains the link with the traditional money format as funds are always expressed in the same unit of account (i.e. traditional currencies).²² Electronic money gets virtual as soon as the ties with a traditional currency unit of account are severed. Proponents of electronic, virtual money tend to emphasise that a global electronic currency reduces or eliminates exchange fees prevalent in international trade.²³ As a corollary, it is the issuer who controls the virtual currency, but neither Central Banks nor

18 For literature survey on alternative currency concepts, see: P. Degens, “Alternative Geldkonzepte – ein Literaturbericht”, Max Planck Institute for the Study of Societies, Discussion Paper 13/1, 2013 (available at http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp13-1.pdf).

19 U.S. Department of the Treasury (Financial Crimes Enforcement Network), Guidance FIN-2013-G001 of 18 March 2013 on the Application of FinCEN’s Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies (available at http://fincen.gov/statutes_regs/guidance/html/FIN-2013-G001.html); Statement of M. Raman, Acting Assistant Attorney General, Criminal Division, before the US Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, “Beyond the Silk Road: Potential Risks, Threats and Promises of Virtual Currencies”, Washington, D.C., 18 November 2013 (available at <http://www.mainjustice.com/2013/11/18/raman-statement-for-hearing-beyond-silk-road-potential-risks-threats-and-promises-of-virtual-currencies/>); Connecticut General Assembly, Office of Legislative Research, Bitcoins – Virtual Currency (Research Report 2014 – R 0050), 28 February 2014 (available at <http://www.cga.ct.gov/2014/rpt/pdf/2014-R-0050.pdf>).

20 *Ibid.*

21 Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervisions of the business of electronic money institutions, O.J. L 267/ of 10 October 2009. See also the definition in United Kingdom Financial Conduct Authority, The Electronic Money Regulations 2011 (sub 2, available at http://www.legislation.gov.uk/uksi/2011/99/pdfs/uksi_20110099_en.pdf).

22 European Central Bank (ECB), Virtual Currency Schemes (October 2012), at p. 16 (available at <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>).

23 K. L. Macintosh, “How to Encourage Global Electronic Commerce: The Case for Private Currencies on the Internet”, 11 *Harv. J. L. & Tech.* 733 (757 et seq.) (1998).

other regulatory authorities. In this context, PayPal relies on virtual accounts, but still transfers traditional currencies.²⁴

a) *The ECB's Categories*

The European Central Bank (ECB) distinguishes between three types of virtual currency schemes. Closed virtual currencies do largely ignore the real economy. They function as 'in-game only' schemes where users, upon payment of a subscription fee, may earn virtual money to be spent within the virtual community. Frequent flyer-programmes by airlines figure prominently among virtual currency schemes with unidirectional flow. Real currency is spent for purchasing virtual currency. This virtual currency cannot be exchanged back to traditional 'real' money. Moreover, the airlines determine the conversion of virtual currency into goods and services.²⁵ By applying different regimes of bonus miles, the airlines do actually control the supply of virtual currency. A virtual currency scheme becomes bidirectional once the users are entitled to buy and sell based upon exchange rates. Like any other currency, a virtual (bidirectional) currency may be used for purchasing real and virtual goods and services.

b) *The US Department of the Treasury on Virtual Currency Systems*

In its Guidance on virtual currencies, the US Department of the Treasury emphasises the administrative structure of virtual currency systems.²⁶ Centralised virtual (convertible) currencies revolve around a centralised repository. The administrator of this repository is charged with transferring value between persons or locations.²⁷ This transfer of value may also be based on a *de facto* sale of convertible currency to the extent that an exchanger credits the user with an amount of convertible virtual currency on an account held with the administrator.²⁸ The exchanger will then transfer this

24 Cf. ECB, Virtual Currency Schemes, at p. 17 et seq.; I. Kobayashi, "Private Contracting and Business Models of Electronic Commerce", 13 *U. Miami Bus. L. Rev.* 161 (209 et seq.) (2005); *Comb v. PayPal, Inc.*, 218 FS 2d 1165 (1166 et seq.) (N.D. Cal., 2002).

25 There has been some litigation about the airlines' practice to change the conditions of a bonus programme *ex post*. This litigation also demonstrates that transactions in virtual currencies may be predicated upon the existence of property rights. These property rights may be created by the parties to an on-line transaction; they are occasionally recognised by the law.

26 See *supra* FN 19; cf. *passim* J. S. Gans/H. Halaburda, „Some Economics of Private Digital Currency“, Bank of Canada Working Paper 2013/38 (available at <http://www.bankofcanada.ca/wp-content/uploads/2013/11/wp2013-38.pdf>).

27 See *supra* FN 19.

28 See *supra* FN 19.

value to a third party at the user's instruction. From an economic point of view, this amounts to transmission of virtual money to another person on the part of the exchanger. These financial processes do radically change once a de-centralised convertible virtual currency scheme is implemented. Such a de-centralised virtual currency would dispense with a central depository and a single administrator.²⁹ The necessary computing for transmitting (virtual) value is undertaken by the very participants of this currency scheme.

The US Department of the Treasury applies a very fine distinction to decide whether the participants of virtual currency scheme are subject to specific financial market regulations: In a de-centralised scheme for a virtual currency this convertible virtual currency is created by the users themselves who buy real or virtual goods with this new currency.³⁰ Value to this currency is attached by the very willingness of the parties to use this virtual currency as an instrument for settling debt. As long as the person who creates units of this convertible virtual currency employs one a person-to-person basis, he will not be deemed a money transmitter under US Treasury regulations. However, if the creator of virtual currency units sells them to another person for real currency or transfers virtual units to another person upon instruction, the US money transmitter regime applies.³¹

2. The Making of Bitcoin

a) *The 2008 Paper*

Bitcoin saw the light of the digital world in 2008 when a paper on "A Peer-to-Peer System Electronic Cash System" for on-line transactions was published.³² The authenticity of the author has remained obscure. It is unclear whether a group of computer specialists or an individual fathered Bitcoin.³³ The 2008 paper proposes a virtual currency without a central administrator. Instead, it is claimed that the network will be able to police potential double-spending by relying on cryptographic time-stamps which will generate computational proof of the chronological sequence of the transactions undertaken in virtual currency units.³⁴ An electronic coin is defined as an electronic

29 See supra FN 19.

30 See supra FN 19.

31 See supra FN 19.

32 Available at <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

33 Banque de France, "Les dangers liés au développement des monnaies virtuelles: l'exemple du bitcoin", Focus no. 10 – 5 December 2013 (available at http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/publications/Focus-10-stabilite-financiere.pdf).

34 See Testimony of P. Murck, General Counsel, the Bitcoin Foundation to the Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, "Beyond Silk Road:

signature. In order to effectuate an electronic transfer of payment each owner of a bitcoin will attach his or her electronic signature to the virtual currency unit so that the recipient will not be supplied with electronic cash doubly spent.³⁵ Each bitcoin received carries its cryptographic history with it so that double-use problems can be avoided.³⁶

To ascertain the functionality of Bitcoin it is useful to reflect on the initial transaction with bitcoins and the ensuing acceleration of the system. If the web and the aficionados of digital currencies are to be believed, the first transaction in bitcoins took place early in 2009.³⁷ The creator of the virtual currency sent the amount of 50 bitcoins to another client who at that time maintained both a block database and a transaction database.³⁸ Once the block database had cleared the transaction, the owner of the database had earned his commission (i.e. new bitcoins, ‘mining’) and the digital money could be passed to third parties being also members of the developing bitcoin network.³⁹ Subsequent transactions would create new blocks since the need to prevent double-use by the owner of bitcoins is permanent. A bitcoin protocol was negotiated among the ‘founding fathers’ laying down the ground rules for the operation of the network.⁴⁰

b) Joining Bitcoin

Bitcoin software is open-source and non-proprietary. New ‘entrants’ will be automatically admitted once they subscribe to the Bitcoin protocol.

Potential Risks, Threats, and Promises of Virtual Currencies”, Washington, D.C., 18 November 2013 (available at <http://www.hsgac.senate.gov/hearings/beyond-silk-road-potential-risks-threats-and-promises-of-virtual-currencies>).

35 S. Barber et al., “Bitter to Better – How to Make Bitcoin a Better Currency” (available at <http://crypto.stanford.edu/~xb/fc12/bitcoin.pdf>).

36 Thus a valid bitcoin which may be used for future transactions consists of two electronic signatures: It is the personal signature of the owner of the wallet of bitcoins and a ‘public’ signature will be attached as a consequence of the checking process undertaken with respect to each block of transactions. A valid bitcoin documents its history of previous use. However, in order to reclaim disk space the previous history can be discarded once the transaction has been cleared in the ‘block-building’ process.

37 S. Barber et al., “Bitter to Better”, supra sub FN 35.

38 See information supplied under “The first 50 BTC block reward can’t be spent. Why?” (available at http://www.reddit.com/r/Bitcoin/comments/1nc13r/the_first_50btc_block_reward_cant_be_spent_why/).

39 For details see J. Brito/A. Castillo, “Bitcoin: A Primer for Policymakers”, supra sub FN 11.

40 See Bitcoin Protocol Specification (available at https://en.bitcoin.it/wiki/Protocol_specification); D. T. Rice, “The Past and Future of Bitcoins in Worldwide Commerce”, 2013-Nov Bus. L. Today 1 et seq.; S. Gruber, “Note – Trust, Identity, and Disclosure – Are Bitcoin Exchanges the Next Virtual Havens for Money Laundering and Tax Evasion?”, 32 *Quinnipiac L. Rev.* 135 (143 et seq.) (2013).

'Subscription' to the protocol and its digital payment network is realised by downloading the bitcoin software. Since bitcoins are not represented by physical coins there is a technical need to store the 'memory of the system' in a public ledger.⁴¹ Once the bitcoin software is downloaded to a computer, the new user is entitled to establishing an individual wallet, and a copy of the universal ledger will be automatically stored.⁴² This universal ledger consists of the blocks of transactions and each block builds on previous ones, as only transactions with non-double use bitcoins will be ratified. The initial transactions have created a network of bitcoin software users who depend on the public ledger and a personal wallet of bitcoins, i.e. a Bitcoin address in the form of a cryptographic 'public key'.⁴³ There is a matching 'private key which allows individual access to the network.⁴⁴ Payment from one user to another is triggered by a message from the payor to the payee. The combination of private and public keys will ensure that the valid virtual money will be sent via the bitcoin network.

c) The Division of Labour and Mining

New transactions in bitcoins are sent to all nodes of the network. These nodes will group new transactions into blocks, updated every ten minutes. Once such a node identifies a transaction as difficult to be verified, it will be effectively thrown out, thereby invalidating the transaction as an attempt to double-spend a bitcoin. The result of this verification process will be transmitted to all other nodes in order to inform the participants of the system of 'false' money.⁴⁵ Once a node has ratified a block of transaction for payment purposes, it will automatically create the next block.

Although Bitcoin operates as a peer-to-peer network without a central agency, the ratification procedure has brought forth a special class of members of the community.⁴⁶ In fact, the ratification procedure demonstrates a division of labour. Only sophisticated users will dispose of highly complex

41 See Bitcoin, How does Bitcoin Work? (available at <https://bitcoin.org/en/how-it-works>); P. Noizat, *Bitcoin Book* (in French, edition 2012, Pierre Noizat), p. 19 et seq.

42 Testimony of P. Murck to the Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, "Beyond Silk Road: Potential Risks, Threats, and Promises of Virtual Currencies", Washington D.C., 18 November 2013; ECB, Virtual Currency Schemes, supra sub FN 22; see also P. Noizat, *Bitcoin Book*, p. 25 et seq., 71.

43 N. Passaras, "Comment – Regulating Digital Currencies: Bringing Bitcoin Within the Reach of the IMF", 14 *Chi. J. Int'l. L.* 377 (385 et seq.) (2013).

44 *Ibid.*

45 S. Barber et al., "Bitter to Better", supra sub FN 35.

46 See R. Grinberg, "Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency", 4 *Hastings Sci. & Tech. L. J.* 159 (162 et seq.) (2012).

computer facilities to analyse the validity of the transaction. Other will just want to use the system for transmitting bitcoins across the network, relying on the block-services rendered by others.⁴⁷ This division of labour is enshrined by the system of incentives underlying the verification process for the benefit of the whole network. Once the owner of the complex verification computer facilities starts checking the validity of a block, a bitcoin is earned as a commission (i.e. a reward for undertaking verification voluntarily). Thus the first transaction in a block under exam is the creation of a new bitcoin. In the language of the Bitcoin community, the owners of the computer facilities to undertake to analysis of the transactions are called miners, since new bitcoins can only be issued as a result of this ‘block examination’.⁴⁸ It is as yet unclear whether this division of labour generates de facto property rights. Miners might acquire more relevant information than normal users who just ‘place’ their transaction on the network, trusting the efficiency of the ledger and those who update it.

Since its inception ‘block examinations have taken place at an ever accelerating pace so that in April 2013, the total value of bitcoins in circulation reached 1.5 bn US \$.⁴⁹ For technical reasons, the production of new bitcoins will not exceed 21 m Bitcoins.⁵⁰ It is obvious that the end of the ‘coining’ process will affect the economic incentives to undertake the creation of new blocks and the examination of transactions to avoid double-spending.

III Bitcoin between *Laissez-faire* and Regulation

1. A Tragedy of the Commons or Successful Joint Management?

When Bitcoin was first introduced as a currency and a *de facto* organisation, it was heralded as an instrument to save transaction costs in an atmosphere of great privacy.⁵¹ The organisational structure of the network

47 Cf. D. T. Rice, “The Past and Future of Bitcoin in Worldwide Commerce”, 2013-Nov *Bus. L. Today* 1 (2013).

48 P. Noizat, *Bitcoin Book*, 45 et seq.; K.L. Penrose, “Banking on Bitcoin: Applying Anti-Money Laundering and Money Transmitter Laws”, North Carolina Banking Institute, 18 *N.C. Banking Inst.* 529 (532 et seq.) (2014); R. Grinberg, 4 *Hastings Sci. & Tech. L. J.* 159 (163 et seq.) (2012).

49 N.A. Plassaras, “Regulating Digital Currencies; Bringing Bitcoin Within the Reach of the IMF”, 14 *Chi. J. Int’l L.* 377 (392) (2013).

50 There is some controversy when this cap on the production of new bitcoins will take effect: Speculations vary considerably between 2025 and 2140. See N. M. Kaplanov, “Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against its Regulation – Student Comment”, 25 *Loy. Consumer L. Rev.* 111 (121) (2012); Banque de France, “Les dangers liés au développement des monnaies virtuelles”, supra sub FN 33.

51 See Financial Times online 24 February 2014, J. Einhorn, “Bitcoin is still a useful bludgeon” (available at <http://www.ft.com/cms/s/0/d0530f6e-998f-11e3-b3a2-00144feab7de.html>).

is relatively straight-forward, thus adding to the legitimacy of Bitcoin as a convertible virtual currency. Traditional currencies are converted into bitcoins and vice versa at specific exchanges. Due to the conceptual design of the Bitcoin currency the amount of bitcoins created during the mining process is finite, as the complexity of verifying transactions puts an effective cap on the production of money. Bitcoin is therefore to produce long-term anti-inflationist effects. On the other hand, the future of Bitcoin is hard to predict due to its vulnerability to external shocks and its potential for abuse through money laundering and fraud.⁵² Thus, bitcoins have come to be considered as investments promising high returns in a decidedly speculative environment. It is this latter aspect which has motivated criticism of Bitcoin as a financial instrument creating bubbles and inviting investments by individuals being less than risk-averse.⁵³ Regulatory policy debates focus on Bitcoin's potential for creating negative externalities,⁵⁴ but tend to overlook the distribution of property rights, the specific characteristics of a transnational internet and the efforts to avoid both a tragedy of the commons and the anti-commons. Thus any meaningful attempt to regulate trading in bitcoins is predicated on an analysis of Bitcoin's communitarian governance mechanism as an attempt to protect the internet from a tragedy of the commons.

In the law literature, 'commons' generally describes 'land owned by the government' or 'something free for everyone'.⁵⁵ A definition has been proposed which focuses on exclusionary powers and the decision-making power over the use of a resource.⁵⁶ Charlotte Hess and Elinor Ostrom caution however against a dichotomy between common-pool resources and property regimes.⁵⁷ In fact, many common-property regimes have succeeded administering the joint management of a resource.⁵⁸ It is Ostrom's conclusion that the traditional policy recommendation to address the tragedy of the commons by a private property rights regime is overly simplistic. Instead she observes that commons problems have been overcome by introducing a community-organisation which restricts the use of the commons while maintaining its

52 Cf. New York Times online, 17 February 2014, N. Popper, "Regulators and Hackers Put Bitcoin to the Test" (available at http://dealbook.nytimes.com/2014/02/17/regulators-and-hackers-put-bitcoin-to-the-test/?_php=true&_type=blogs&_r=0).

53 See The Economist online 30 November 2013 (available at <http://www.economist.com/news/leaders/21590901-it-looks-overvalued-even-if-digital-currency-crashes-others-will-follow-bitcoin>).

54 See infra sub III.3.b.

55 C. Hess/E. Ostrom, "Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as Common-Pool Resource", 66 *L. & Contemp. Probs.* 111 (114 et seq.) (2003).

56 Y. Benkler, 112 *Yale L.J.* 369 (410 et seq.) (2002).

57 C. Hess/Ostrom, 66 *L. & Contemp. Probs.* 111 (121 et seq.) (2003).

58 *Ibid.* at p. 123 et seq.

general accessibility without imposing private property rights.⁵⁹ In this, Ostrom maintains that the idea of the commons and an autonomous institution averting the tragedy of the commons are not mutually exclusive. A commons needs not be privatised to be administered efficiently.⁶⁰ Bitcoin's intricate electronic structure has replaced the 'commons of the internet'. Bitcoin's supporters implicitly claim that the quasi-organisational character of the network and its inherent incentive mechanisms will contribute to maintaining the stability of the virtual currency. Ostrom has shown that incentive mechanisms can be easily reconciled with the notion of an organised commons.⁶¹ In fact, commissions which accrue to the 'policemen' of the organised commons, the bitcoin miners, are intended to support the stability of the network. Commons communities can be organised by a contractual mechanism as long as they do not experience collaborative failure by the participants.⁶² In this context, newcomers to Bitcoin do not challenge the quasi-contractual mechanism of the system as they cannot participate in the currency network without pledging allegiance to the original protocol.

Recent experiences with the organised commons of Bitcoin suggest, however, that the currency is not free from deficiencies. In fact, the fathers of Bitcoin might be accused of ignoring Ostrom's advice on how to organise a communitarian governance structure while ensuring the best available service by the organised commons to its users. Once Bitcoin reaches the maximum amount of available currency units the incentive structure for its policemen, the miners, will change dramatically. Admittedly, virtual property rights in an internet-based currency system will not automatically create an anti-commons with negative side-effects.⁶³ What is at stake in the context of Bitcoins is whether the organisational properties of the currency will not generate discrimination among its users and encourage moral and security hazards.⁶⁴ In the following, the potential for creating inefficient distribution of property rights within Bitcoin will be examined as this might ultimately trigger a tragedy of the anti-commons.

59 E. Ostrom, *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action* (New York, Cambridge University Press 1990), at p. 29 seq.

60 E. Ostrom, *Governing the Commons*, p. 33 on organising 'common-pool resources'. See also B. Hudson/J. Rosenbloom, "Uncommon Approaches to Commons Problems: Nested Governance Commons and Climate Change", 64 *Hastings L.J.* 1273 (1284 et seq.) (2013).

61 E. Ostrom, *Governing the Commons*, pp. 61 et seq., 69 et seq.

62 J.-A. Lee, "Organizing the Unorganized: The Role of Nonprofit Organizations in the Commons Communities", 50 *Jurimetrics J.* 275 (310 et seq.) (2010).

63 See J.A.T. Fairfield, "Virtual Property", 85 *B.U.L. Rev.* 1047 (1073 et seq.) (2005). For an analysis of the tragedy of the digital anticommons: D. Hunter, "Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons", 91 *Cal. L. Rev.* 439 (509 et seq.) (2003).

64 Cf. S.J. Shackelford, "Toward Cyberspace: Managing Cyberattacks Through Polycentric Governance", 62 *Am. U. L. Rev.* 1273 (1321 et seq.) (2013).

2. How Common is Bitcoin?

Mining is at the core of the Bitcoin organisation. It checks the reliability of transactions and is crucial for the issuance of new bitcoins. The technical capability of administering the mining process creates a potential for property rights, a hierarchy in the system and requests for commissions.⁶⁵ Thus, there is considerable economic value in the mining process. Contracts offered via the internet confirm this finding: Interested users can acquire the necessary software to become a 'miner' by signing a 'Cloud Hashing Contract' for three to six months.⁶⁶ But so far, it is unclear whether efficient policing by miners can be ensured when the currency will no longer expand. This might create imbalances as miners in their capacity of policemen could then acquire *de facto* property rights which thwart Ostrom's incentive system of enforcement officers working for the communitarian governance structure of the commons.⁶⁷ Moreover, 'third party mixers' might exploit their position by obscuring the identity of those behind the transactions.⁶⁸ Deficiencies or delays in the verification process currently go unpunished.⁶⁹

When in February 2014, trading in bitcoins temporarily broke down, a core group of six developers had to devise amended software so that the process of verifying software could be resumed.⁷⁰ Thus Bitcoin's current vulnerability results from small number of experts sufficiently knowledgeable to repair the system and abolish delays in processing transactions for verification.⁷¹ This suggests that the founding fathers of Bitcoin still retain considerable control of the system.⁷² There is a powerful incentive for the founding fathers to remedy defaults of the system, but there is also a potential for mor-

65 See P. Noizat, *Bitcoin Book*, 65, who emphasises that without a commission regime there is a risk of delay in the verification process which might amount to three days.

66 See Bitcoin Cloud Hashing, Mining Contracts (available at <https://www.bitcoinclouddhashing.com/product-category/mining-contracts/>).

67 On the economics of the 'mining process': P. Noizat, *Bitcoin Book*, 64 et seq.

68 See remarks on <http://bitcoinmagazine.com/5161/bitcoin-is-not-losing-its-soul-or-why-the-regulation-hysteria-is-missing-the-point/>.

69 Cf. S. Barber et al., "Bitter to Better", supra sub FN 35. For P. Noizat, *Bitcoin Book*, 64 et seq., a system of commissions would be sufficient to incentivise miners to check expeditiously. On the other hand, miners will only amend the verification process if significant competitive advantages are to be expected (P. Noizat, *ibid.*, at p. 65).

70 Financial Times on-line, 14 February 2014, "Bitcoin's volunteer army tested by attack" (available at <http://www.ft.com/cms/s/0/cc63ad06-9592-11e3-8371-00144feab7de.html>).

71 See Financial Times online 14 February 2014, "Bitcoin's volunteer army tested by attack" (available at <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/cc63ad06-9592-11e3-8371-00144feab7de.html#axzz2v76XvvRK>).

72 To that extent, Bitcoin is characterised by information asymmetry: ECB, Virtual Currency Schemes, supra sub FN 22, at p. 27.

al hazard and the potential for abuse as the reward regime of new bitcoins will gradually be replaced by commissions. Current proposals to modify the Bitcoin protocol assume that the community-based system of managing the virtual currency might be adapted to fending off signature falsifications and other malware attacks.⁷³ This would require a modified threshold cryptography and a restructuring of wallets. Moreover, the potential for moral hazard and abuse will have to be addressed as ‘third party mixers’ obscure the identity of those behind the transactions. A ‘Fair Exchange Protocol’ is advocated to remedy the fallacies of the original Bitcoin protocol⁷⁴ which appears to be threatened by the rapid growth of the currency.

If Bitcoin is live up to Elinor Ostrom’s claim that community-based systems of managing the commons increase efficiency,⁷⁵ it will have to modernise. Unfortunately, modernisation of Bitcoin might be much more difficult to be implemented than in Ostrom’s self-organising common pools of resources. Plans for amendments of the original Bitcoin protocol have a potential for triggering collective action problems as a consensus to revise the protocol will have to be engineered.⁷⁶ Conversely, if the founding fathers propose changes to trading rules for bitcoins,⁷⁷ most users are likely to accept in a realistic assumption of the know-how and the balance of power. In a twist, this would again confirm that the founding fathers enjoy a position of power which amounts *de facto* to an exercise of property rights. If the founding fathers, miners and specialists fail to master the current difficulties of the system, Bitcoin both as an organisation and a currency might face tragic consequences which regulators will wish to address, albeit in an indirect way.

3. Legal Challenges

a) *The Internet*

It is a truism that the internet stands for the globalisation of information and for the free flow of data. Apart from sensitive information, gov-

73 See S. Barber et al., “Bitter to Better”, supra sub FN 35.

74 S. Barber et al., “Bitter to Better”, supra sub FN 35. In this context, it is suggested that a more demanding burden of proof should be imposed for the verification process.

75 See supra sub FN 59–61.

76 See passim on collective action problems in decentralised networks: N. Plassaras, 14 *Chi. J. Int’l. L.* 377 (406) (2013).

77 See White Paper, “A Next-Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform”, ethereum wiki (available at <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/%5BEnglish%5D-White-Paper>), and CNN Money 21 January 2014, “Bitcoin is not just digital currency. It’s Napster for Finance” (available at <http://finance.fortune.cnn.com/2014/01/21/bitcoin-platform/>).

ernments have never interfered with the free cross-border flow of data even if intellectual property rights (under licensing agreements) were affected.⁷⁸ ‘Borderlessness’ of the internet, however, does not imply lawlessness.⁷⁹ For more than a decade the internet has been subject to private regulatory efforts to assure technical standardisation and geo-identification.⁸⁰ It is noteworthy, however, that the transnational nature of the internet has largely precluded public authorities from addressing potential externalities of the web. This has ushered in private, self-regulation mechanisms designed to become self-enforceable in the face of practical difficulties of public regulation in a cross-border context. As far as public authorities would disapprove of a virtual currency traded via the internet they are confined to warning the general public of the speculative nature of the currency.

b) Status quo and Plans for Regulation

The survey of ‘Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions’ undertaken by the Law Library of the US Congress⁸¹ Library of the US Congress reveals a diversity in regulatory attitudes. Some countries flatly outlaw transactions in bitcoins since a virtual currency is not recognised as legal tender.⁸² Others recognise contracts for or in bitcoins as valid under the respective civil codes so that parties might claims damages and tax authorities have a basis for taxing income or imposing value-added-tax.⁸³ Some jurisdictions classify bitcoin exchanges or special service providers as financial service providers who require licensing under the respective financial market laws.⁸⁴ There has

78 J. Basedow, ‘The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations’, *Académie de Droit International, Recueil des Cours* 360 (2012), 1 (91 et seq.).

79 See D. Jerker/B. Svantesson, *Private International Law and the Internet* (Wolters Kluwer, 2nd ed. Alphen aan den Rijn, 2012), 34, and their critique of traditional jurisdictional concepts, 50 et seq.

80 B. du Marais, in: G. Chatillon, 286 et seq.; D. Jerker/B. Svantesson, 414 et seq.

81 See supra FN 16.

82 *Ibid.*, see also Financial Times online 2 April 2014, ‘Bitcoin set for fresh Chinese regulatory attack’ (available at <http://www.ft.com/cms/s/0/ed3ee914-ba4f-11e3-aeb0-00144feabdc0.html#axzz2yNbNFOXW>).

83 *Ibid.* See also California Assembly Bill AB 129 of 23 January 2014 recognising Bitcoin as a lawful alternative currency (available at http://www.leginfo.ca.gov/pub/13-14/bill/asm/ab_0101-0150/ab_129_cfa_20140128_174724_asm_floor.html).

84 See e.g. the German regulatory approach towards bitcoin service providers: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), J. Münzer, ‘Bitcoins, Aufsicht-rechtliche Bewertung für Nutzer’, *BaFin Journal* 1/2014, 26 et seq. (available at https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/BaFinJournal/2014/bj_1401.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

been litigation on the scope of this licensing or registration requirement;⁸⁵ but current regulations on financial service providers do not offer much guidance on specific behavioural duties for online trading in virtual currencies.

In August 2013, the New York Department of Financial Services launched an inquiry into virtual currencies in order to determine the need for regulatory action. In a public notice, the Department referred to evidence that virtual currencies were instrumental in supporting drug smuggling, money laundering, gun running and child pornography.⁸⁶ In January 2014 hearings were held in order to ascertain at what stage of trading in bitcoin a regulator should intervene.⁸⁷ It soon became clear that the sheer magnitude of transactions and the multi-national dimension of bitcoin trading require a fine-tuned approach to virtual currencies⁸⁸ which would have to combine domestic regulation with an appreciation of specificities of a global internet.⁸⁹ This led the New York state superintendent of financial services to caution against comprehensive oversight for every single peer-to-peer transaction unless specific criminal or civil wrongdoing could be established.⁹⁰

85 See US SEC v. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trust, 2013 WL 4028182 (E.D. Tex., 2013), and US Department of Justice, Press Release, “Manhattan U.S. Attorney Announces Charges Against Bitcoin Exchangers, Including CEO of Bitcoin Exchange Company, For Scheme To Sell and Launder Over \$ 1 Million in Bitcoins Related to Silk Road Drug Trafficking”, 27 January 2014 (available at <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/January14/SchremFaiellaChargesPR.php>).

86 New York State Department of Financial Services, Notice to Hold Hearing on Virtual Currencies, Including Potential NYDFS Issuance of a ‘BitLicense’, 14 November 2013 (available at <http://www.dfs.ny.gov/about/press2013/virtual-currency-131114.pdf>).

87 See the agenda of the hearing: New State Department of Financial Services, NYDFS Outlines Additional Details on Witness and Panels for Currency Hearing on January 28 and 29 in New York City (available at http://www.dfs.ny.gov/about/panels_witnesses_virtual_currency_hearing.pdf).

88 For an account of the hearing see M. Ferranti, “Bitcoin investors, legal experts grilled by New York regulators”, 28 January 2014 (available at <http://news.idg.no/cw/art.cfm?id=894D54F8-CC1B-B169-CD070473C48DB1D1>), and I. Marritz, “New York Looks To Bring Bitcoin Out of the Shadows”, 30 January 2014 (available at <http://www.npr.org/blogs/alltechconsidered/2014/01/30/268686547/new-york-could-become-the-center-of-legitimate-bitcoin-commerce>).

89 See Testimony of Marco Santori, Chairman, Regulatory Affairs Committee, The Bitcoin Foundation, to the New York Department of Financial Services Hearing on Virtual Currencies, 28 January 2014 (available at <https://bitcoinfoundation.org/blog/wp-content/uploads/2014/01/Bitcoin-Foundation-Marco-Santori-NYDFS-Hearing-on-Virtual-Currencies-Testimony.pdf>).

90 Remarks of Benjamin M. Lawsky, Superintendent of Financial Services for the State of New York, on the Regulation of Virtual Currencies at the New Age Foundation in Washington, D.C., 11 February 2014 (available at http://www.dfs.ny.gov/about/speeches_testimony/sp140212.htm).

It has been suggested that the permission to use software is an incident of application service providing, subject to a specific contract under the law of obligations.⁹¹ There are licensing elements in this which would entitle the parties to damages in case of a breach of contract.⁹² However, in view of the technical idiosyncrasies of bitcoin this is not a very realistic alternative. Unless verification and mining services are outsourced to highly sophisticated service providers,⁹³ the miners will remain anonymous and if known, any legal action would present formidable private international law problems. Outsourcing verification might also accommodate incentive problems once miners can no longer create new bitcoins as the finite cap is reached. Judging from the hearing before New York state financial regulators, the negative externalities of mining and verification may be contained by employing specific regulated service providers.⁹⁴ In this context, it should be recalled that the EU's directive 1999/93/EC on a Community framework for electronic signatures provides for 'certification-service-providers' who provide for services related to electronic signatures.⁹⁵ The directive also lays down ground rules on liability of certification-service-providers.⁹⁶

Under the current legal situation, several layers for potential regulation have to be identified. Registration under the Bitcoin protocol basically opens access to free trading facilities over the internet. This raises questions about the legal relationship between the new entrant and the miners who verify transactions and might create externalities by inappropriate behaviour. As a corollary, the safety of technical procedures will have to be ascertained.

If not earned during the mining process, Bitcoins can be purchased at local exchanges. From a conflict of laws perspective, these transactions are less difficult to regulate. They also inspire regulators' creativity with respect to proposing a licensing system.⁹⁷

Apart from these archetypes of bitcoin transactions, more sophisticated transactions can be envisaged where mining is outsourced or financial companies offer specific services with respect to transmitting virtual money from a payor to a payee.

91 H. Redeker, *IT-Recht* (Verlag C.H. Beck, Munich 5th ed. 2012), 361.

92 *Id.*, at p. 364 et seq.

93 See e.g. the homepage of BIPS Denmark (available at <https://bips.me/merchants>).

94 See supra FN 89 et seq.

95 See art. 1 (11) of the Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999, O.J. L 13/12 of 19 January 2000.

96 *Ibid.*, art. 6.

97 See K. Hill, "New York May Give 'BitLicenses' to Bitcoin Companies", 14 November 2013 (available at <http://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2013/11/14/new-york-may-give-bitlicenses-to-virtual-currency-companies/>).

c) *Bitcoin Exchanges, Money Storage Facilities and Special Service Providers*

In spite of its transnational character Bitcoin, both as a currency and an organisation does not completely escape national jurisdictions. In fact, Bitcoin has to ‘touch’ down on national, decentralised trading platforms or exchanges where local customers convert national currencies into bitcoins or vice versa.⁹⁸ Frequently, these institutions offer additional facilities such as accounts where customers may store their amounts in virtual currency. In 2013/2013, Bitcoins registered as a payment services provider under European Union law.⁹⁹ Technically, payment or exchange services by Bitcoin are offered by legal entities which operate as an agent for a national financial institution in a Member State of the European Union. This has led to a decentralised market for buying bitcoins. Potential users of bitcoin who do not make virtual money by ‘mining’ will have to register an account with a respective national trading platform. Users have voiced concerns that this practice leaves considerable room for arbitraging if the exchange rate for bitcoin varies.¹⁰⁰

In opening an account with one of the national Bitcoin trading platforms, the user will have to accept the Standard Conditions of the respective national law.¹⁰¹ National Consumer Protection laws will then control the interpretation of the contracts on opening an account. This will not ensure harmonised standards on bitcoin trading platforms since the applicable law may vary from jurisdiction to jurisdiction. Nonetheless, financial regulators have come to classify these local platforms as a minimum-contact instrumentality which creates jurisdiction over Bitcoin and foreign exchanges.¹⁰² On 14 May 2013, the US District Court for Maryland ordered the seizure of Mt. Gox’s funds in an account with Dwolla, an online payment service provider for

98 When traded at various exchanges, Bitcoin floats against other currencies on the basis of demand: Kaplanov, 25 *Loy. Consumer L. Rev.* 111 (121 et seq.) (2012).

99 The Guardian 7 December 2012 on-line, “Virtual currency Bitcoin registers with European regulators” (available at <http://www.theguardian.com/technology/2012/dec/07/virtual-currency-bitcoin-registers>).

100 See the discussion on the Bitcoin Forum on Bitcoin Exchange Arbitrage Opportunities (available at <https://bitcointalk.org/index.php?topic=8399.0>).

101 See e.g. the Standard Conditions of Bitcoin Deutschland GmbH (Geschäftsbedingungen der Bitcoin Deutschland GmbH, available at <https://www.bitcoin.de/de/agb>).

102 Cf. the studies on Internet Jurisdiction: D. Jaeger-Fine et al., “Internet Jurisdiction: A Survey of German Scholarship and Cases, Center on Law and Information Policy at Fordham Law School”, 30 June 2013 (available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2309575) and J. R. Reidenberg et al., “Internet Jurisdiction: A Survey of Legal Scholarship Published in English and United States Case Law”, Center on Law and Information Policy at Fordham Law School, 30 June 2013 (available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2309526).

customers interested in buying bitcoins.¹⁰³ Mt. Gox, the now defunct bitcoin exchange, had operated out of Tokyo, using a number of US instrumentalities which were to collect customer money for engineering bitcoin transactions via Japan. US authorities had established that domestic instrumentalities had been active in undertaking unlawful trading in currencies as a ‘money transmitter’.¹⁰⁴ In the aftermath of the New York hearing, regulators ponder about whether to introduce a licensing scheme for financial institutions dealing in virtual currencies.¹⁰⁵ Public regulation would create safe harbour provisions whereby financial institutions would be allowed to continue trading as long as anti-money laundering provisions and consumer protection standards are observed.¹⁰⁶

From a long-term perspective, local special service providers might operate in a growth business which warrants closer scrutiny and stricter behavioural standards. If users contract for bitcoin accounts with these service providers,¹⁰⁷ some specific protective devices are apposite. Otherwise users would be relegated to normal bankruptcy law proceedings where most of their deposits could be lost.¹⁰⁸ In the past, members of the community have described these service providers as ‘bitcoin laundries’,¹⁰⁹ but it would seem that regulatory efforts should go beyond anti-money laundering devices. In the case of Bitcoin’s prolonged success, future currency contracts could be envisaged which are tied to Bitcoin mining companies envisaging a return on the amount of Bitcoins mined.¹¹⁰

103 US District Court for the District of Maryland, Seizure Warrant of 14 May 2013, Case Number 13-1162 SKG (available at <https://s3.amazonaws.com/s3.documentcloud.org/documents/701175/mt-gox-dwolla-warrant-1dg-news-service.pdf>).

104 See the Seizure order of the US District Court of 14 May 2013.

105 See K. Hill, 14 November 2013, *supra* FN 98; Remarks by B.M Lawsky, *supra* FN 91, and the Testimony by M. Santori, *supra* FN 90.

106 See analysis A. Greenberg, Forbes online 28 January 2014, “Bitcoin Investors Ask for ‘Safe Harbor’ Exceptions in Proposed ‘BitLicense’ Regulations” (available at <http://www.forbes.com/sites/andygreenberg/2014/01/28/bitcoin-investors-ask-for-safe-harbor-exceptions-in-proposed-bitlicense-regulations/>).

107 See e.g. information on the services offered by the French bitcoin trading platform Paymium (available at <http://paymium.com/>).

108 See Spiegel online 4 April 2013, “Virtuelle Wahrung: Hack-Attacken bremsen Bitcoin-Rallye” (available at <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/hacker-angriff-auf-bitcoin-dienstinstawallet-kurs-steigt-nicht-mehr-a-892438.html>).

109 See information on ‘The hidden politics of bitcoin mixing services’, available under <http://www.howtogetbitcoins.info/the-hidden-politics-of-bitcoin-mixing-services/>.

110 See Testimony of Deputy US Attorney R.B. Zabel of 29 January 2014 at the New York State Department of Financial Services Hearing on Law Enforcement and Virtual Currencies (available at <http://www.justice.gov/usao/nys/pressspeeches/2014/DFSLawEnforcementandVirtualCurrenciesHearing2014.php>).

3. *Whither Bitcoin?*

Bitcoin is an open-source network, demonstrating the classic features of a commons with a rudimentary, community-based organisation designed to fend off signature falsifications and other malware attacks. The connoisseurs of Bitcoin argue that the system is relatively safe from abuse and outsider attacks.¹¹¹ Nonetheless, it should not be overlooked that an attacker might attempt to re-write the history of transactions in order to create additional bitcoins for his or her own benefit. The temptation to shirk within Bitcoin is triggered by in-built deflationist tendencies.¹¹² As the money-creating process approaches the finite cap, the value of the individual digital coin is likely to explode, hence inviting theft. Moreover, as the checking activities will reach the ultimate frontier of electronic money-printing, the disincentives to verify transactions are bound to increase. This development can only be averted by improving the system of commissions which operate as incentives to maintain verifying computer facilities.

It would seem that change will only come by amending the original Bitcoin protocol. It remains to be seen how Bitcoin can evolve and consensus to amend a digital currency can be achieved. It has been suggested that a revision of Bitcoin should also extend to the verifying process by requiring a more demanding burden of proof. This, however, assumes that the distribution of property rights is such that the verifiers will accept change.

By focusing on Bitcoin's local trading platforms law enforcement officials have pledged to remedy some of the negative externalities of a virtual currency. But with a dose of realism, they refrain from curing organisational deficiencies of Bitcoin as such. Rather, regulators plan to attack fraud, money laundering and plans to operate on-line Ponzi schemes.¹¹³ A licensing requirement for traders will not affect Bitcoin's potential for facilitating tax evasion and its vulnerability to theft. In its current form bitcoin is likely to operate as a tax haven as national tax authorities experience difficulties in tracing

111 According to J. Brito/A. Castillo, "Bitcoin: A Primer for Policymakers", supra sub FN 11, criminal use of the Bitcoin technology does not warrant an outright prohibition of the virtual currency. As Bitcoin expands, legitimate uses are to outweigh criminal transactions. See also the endorsement of electronic currencies by K. L. Macintosh, "How to Encourage Global Electronic Commerce: The Case for Private Currencies on the Internet", 11 *Harv. J.L. & Tech.* 733 (792 et seq.) (1998).

112 S. Barber et al., "Bitter to Better", supra sub FN 35.

113 Testimony of R.B. Zabel, supra sub FN 111. According to the US Securities and Exchange Commission, "(a) Ponzi scheme is an investment scam that involves the payment of purported returns to existing investors from funds contributed by new investors": US SEC, Office of Investor Education and Advocacy, Investor Alert – Ponzi Schemes Using Virtual Currencies (SEC Pub. No. 153 (7/13), available at https://www.sec.gov/investor/alerts/ia_virtualcurrencies.pdf).

a breach of tax law to one jurisdiction.¹¹⁴ In this context, US and German tax authorities have recognised Bitcoin as a trading unit in order to establish a basis for taxing income derived from trade in virtual currencies.¹¹⁵

In comparing the statements of New York financial regulators with the pronouncements of central banks it is interesting to see that the prevention of bubbles or speculative investments does not figure prominently on the regulatory agenda.¹¹⁶ Value to Bitcoin is attached by private agreement to accept bitcoins as an instrument of payment. Contrary to Hayek's scheme on private currencies, commodities do not necessarily serve as instruments for reference for Bitcoin. Bitcoin is as yet the most successful and most controversial virtual currency scheme. It might fail. But whatever its fate it will offer crucial insights for more sophisticated and less fraud-prone structures of virtual exchanges of money.¹¹⁷ In the denationalised world of virtual currencies local regulated service providers might not just exchange real money for electronic money, they might as well assume the role of commission-earning miners verifying the authenticity of an electronic transaction.¹¹⁸

114 See O. Marian, "Are Cryptocurrencies Super Tax Havens?", 112 *Mich. L. Rev. First Impressions* 38 (43 et seq.) (2013).

115 See US Government Accountability Office, Report to the Committee on Finance, US Senate, Virtual Economies and Currencies – Additional IRS Guidance Could Reduce Tax Compliance Risks (GAO-13-516), May 2013 (available at <http://www.gao.gov/assets/660/654620.pdf>); CNBC.com online 19 August 2013, "Bitcoin recognized by Germany as 'private money'" (available at <http://www.cnbc.com/id/100971898>) and Handelsblatt online 17 August 2013, "Finanzministerium erkennt Bitcoins an" (available at <http://www.handelsblatt.com/finanzen/rohstoffe-devisen/devisen/internet-geld-finanzministerium-erkennt-bitcoins-an/8653802.html>).

116 See Remarks of B.M. Lawsky, supra FN 91 and Testimony of R.B. Zabel, supra FN 111.

117 Cf. N. Popper, "Regulators and Hackers Put Bitcoin to the Test", supra sub FN 52, commenting on Professor Susan Athey's remarks on Bitcoin and its potential for inspiring less vulnerable money transfer programmes.

118 See also The Economist 15 March 2014, "Bitcoin's Future – Hidden Flipside – How the Cryptocurrency could become the internet of money" (available at <http://www.economist.com/node/21599054/print>), on global banks exploring Bitcoin-like currencies for money transfers between subsidiaries.

др Рајнер КУЛМС, LL.M.
Виши научни сарадник на Макс Планк Институту за упоредно и међународно приватно право, Хамбург, Немачка

БИТКОИН – ДИГИТАЛНА ВАЛУТА ИЗМЕЂУ ПРИВАТНОГ УРЕЂЕЊА И РЕГУЛАТОРНЕ ИНТЕРВЕНЦИЈЕ

Резиме

Биткоин је постао најиновативнији и најконкретнији облик дигиталног новца. Он функционише прекогранично као виртуелна валута и нема карактеристике стварне валуте, јер нема подршку државе. Биткоин у потпуности зависи од интернета. Он је отворен за све и довео је до настанка рудиментарних организационих структура које могу да изазову екстерне ефекте. Тренутно постоје интерни подстицајни механизми који одржавају стабилност ове приватне валуте у нестабилном правном окружењу. Овај рад објашњава техничке аспекте и механизме управљања биткоином у светлу литературе на тему прагматике искључивих права, односно општег добра. Законодавна интервенција у области виртуелних валута је још увек у зачетку. Законодавци тренутно процењују користи приватних финансијских мрежа у поређењу са неинвентивним последицама због праксе прања новца и пореске евазије. Будућност виртуелне валуте пре свега зависи од интеракције између ефикасне приватне уређења и борбе против криминала.

Кључне речи: виртуелне валуте, прагматика искључивих права, односно општег добра, регулатива приватних финансијских мрежа.

др Бранко ВАСИЉЕВИЋ
редовни професор Факултета политичких наука
Универзитета у Београду

Миона ДЕЛИЋ
мастер европских студија

АГЕНЦИЈЕ КРЕДИТНОГ РЕЈТИНГА НА ЈЕДИНСТВЕНОМ ЕВРОПСКОМ ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ*

Резиме

Текућа криза је открила неадекватан утицај рејтинг агенција на функционисање јединствене финансијске тржишта Европске уније. Он је резултат модела одређивања рејтинга, конфликта интереса и свесне манипулације, као и чињенице да главне рејтинг агенције нису биле под контролом регулаторних органа Уније. Нови регулаторни стандарди у Европској унији, као и њихова реформа у САД, неопходни су за нормално функционисање јединствене финансијске тржишта.

Кључне речи: *агенције кредитног рејтинга, финансијска криза, јединствено европско финансијско тржиште, регулаторна реформа.*

Финансијска криза, најпре на тржишту хипотекарних обвезница а затим и на тржишту сувереног дуга еврозоне, поставила је питање

* Овај рад је резултат истраживања у оквиру пројекта: „Политички идентитет Србије у регионалном и глобалном контексту“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (евиденциони број 179076).

деловања рејтинг агенција на финансијском тржишту Европске уније и реформе регулативе у тој области.

Рејтинги или *рангирање* (енгл. *Rating*) је процес којим се дугорочној обвезници или другом дугорочном дужничком инструменту додељује кредитни квалитет, односно изражава мишљење о могућности наплате потраживања које они представљају.

Овај процес је предмет делатности специјализованих компанија, које се називају рејтинг агенције (*Credit Rating Agencies – CRA*) или, на америчком финансијском тржишту, „национално признате статистичке рејтинг организације“ (*Nationally Recognized Statistical Rating Organizations – NRSRO*). Тржиште је високо интернационализовано и налази се у режиму монополистичке конкуренције: њиме владају (са 95% учешћа) три америчке агенције: *Standard and Poor’s*, *Moody’s Investor Services* и *Fitch Rating*.¹ Ова чињеница, као и то што је методологија рејтинговања, коју користе рејтинг агенције нетранспарентна, угрожавала је интегритет финансијског тржишта у Европској унији.

Рејтингом се оцењује *кредитна способност* емитента и/или *квалитет* дугорочног дужничког финансијског инструмента. У првом случају, оцењује се економска и финансијска способност и спремност дужника да о року исплати обавезу; у другом, вероватноћа да одговарајући финансијски инструмент може бити наплаћен о року доспећа. Према томе, рејтинг (кредитни рејтинг) мери *кредитни ризик* улагање у дугорочни дужнички финансијски инструмент: дугорочне обвезнице, преференцијалне акције, банкарске кредите; обичне акције се не рангирају, али из рејтинга корпоративне обвезнице или преференцијалне акције, инвеститор може извући закључак о сигурности улагања и у својинске финансијске инструменте. Кад је реч о дугорочним обвезницама, оне се рангирају по типу: државне, корпоративне, муниципалне, и др., и по врсти емитента: сувереним јединицама (држава, интернационалне институције, локална власт), финансијским и осигуравајућим компанијама, банкама и другим корпоративним емитентима, као и емитентима хипотекарних финансијских инструмената.

За разумевање улоге кредитног рејтинга у процесу инвестирања и његовог значаја за емитенте и регулаторне институције, треба навести његову суштину, које наглашавају све рејтинг агенције:

1. рејтинг је мишљење о релативном кредитном ризику (упоређивање квалитета обвезница, али не и потврда да ће једна бити наплаћена а друга не);

1 European Commission: *Impact Assessment Accompanying the document: Proposal for a Regulation amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies and a Proposal for a Directive amending Directive 2009/65/EC*, Brussels, XXX, SEC (2011) 354, стр. 7.

2. *рејтинги* није инвестициони савети или *препоруча* да се обвезница купи, држи или *прод*; он је само један од фактора које инвеститор може узети у обзир приликом доношења одлуке о улагању;
3. рејтинг није потврда тржишне ликвидности обвезнице или њене цене на секундарном тржишту;
4. рејтинг није гаранција о кредитном квалитету или предвиђање будућег кредитног ризика; оцена рејтинга заснива се на анализи могућности емитента да генерише одговарајући *cash-flow*, потребан за исплату обавезе и анализи склоности ка стечају, која укључује и могућност накнаде инвеститора из стечајне масе. Она представља *мишљење* рејтинг агенције о будућем пословању емитента.

Рејтинг се изражава кроз словну ознаку. Свака словна ознака је праћена сажетим приказом кредитног квалитета обвезнице, али се рејтинг анализа публикује и у облику ширих извештаја.

Табела 1. Ознаке *рејтинга* највећих *рејтинга* агенција

Мудиз	С & П	Фич	КОМЕНТАР
			ИНВЕСТИЦИОНИ СТЕПЕН
Ааа	ААА	ААА	Изузетно јак капацитет за испуњење обавезе
Аа	АА	АА	Веома јак капацитет за испуњење обавезе
А	А	А	Јак капацитет за испуњење обавезе, али на то могу утицати неповољн економске околности
Баа	БББ БББ-	БББ	Адекватан капацитет за испуњење обавезе, али је више подложен негативним економским околностима
			СПЕКУЛАТИВНИ СТЕПЕН
Ба	ББ+ ББ	ББ	Мање осетљив на текуће околности, али се сусреће са негативним економским околностима
Б	Б	Б	Осетљивији на негативне околности, али још увек у стању да испуњава обавезе
Цаа	ЦЦЦ	ЦЦЦ, ЦЦ, Ц	Осетљив на текуће околности и зависи од њиховог повољног стања

Ца	Ц		Веома осетљив на текуће околности
Ц			Покренут захтев за стечај, али још испуњава обавезе
	Д	ДДД, ДД, Д	Обустављена плаћања

Образложења рејтинга у овој табели преузета су из праксе С&П; у пракси других рејтинг агенција она се незнатно разликују. Словни изрази рејтинга могу се квалификовати ознакама +/- да би се добила прецизнија слика рејтинга, односно, извршило „фино подешавање“ рејтинга у конкретној анализи појединог емитента или обвезнице. У наведеној табели, БББ– означава најнижи инвестициони степен, који је прихватљив инвеститорима, а ББ+ означава највиши спекулативни степен. *Инвестициони сћејен* (енгл. *Investment grade*) означава релативно сигурно улагање, нижи ризик али и мањи принос; *спекулативни сћејен* (енгл. *Speculative grade*) означава могућност вишег приноса, али и већег ризика за инвеститора.

Рејтинг није инвестициони савет, тако да је коришћење термина: инвестициони и спекулативни, само условно. Агенције објављују податке о обустављању плаћања емитената одређеног ранга; али и то није сигуран оријентир инвестиционој одлуци, нити процена вероватноће стечаја или неплаћања обавезе, него само потврда адекватности рејтинга за саму агенцију. На пример, Фич показује да на дужи рок, *обуставе плаћања* (енгл. *Defaults*) у категорији ААА ранжираних корпоративних обвезница износе мање од 0.10% годишње, док је еквивалентна стопа обуставе плаћања за обвезнице ранжиране БББ била 0.35%, а за обвезнице ранжиране Б износила је 3.0%.

Рејтинг обвезнице објављује се истовремено са објављивањем проспекта, тако да он може бити садржан и у самом проспекту, али то није правило на свим тржиштима.

Рејтинг агенција прати кредитни ризик емитента и по потреби коригује рејтинг. Уколико процени да ће се кредитна способност емитента променити у наредних 6 до 24 месеца, она објављује да је могућа промена рејтинга: позитивна (бољи), негативна (лошији), стабилна (не мења се) или да се развија (не зна се у ком правцу); ако је могућа промена у предстојећих 90 дана, обвезница се ставља на тзв. *Watching* листу, односно наговештава се скоро промена њеног рејтинга и образлаже његово побољшање или погоршање. Промена рејтинга, међутим, не мора да прати наведену процедуру.

Емитентни *илаћа* *рејтинговање* *обвезнице*. Рејтинг чини емисију обвезнице атрактивнијом и на тај начин помаже емитенту да прикупи капитал. С друге стране, пошто рејтинг помаже смањивању неизвесности за инвеститоре, емитент може прикупити средства по нижој цени, односно нижој каматној стопи.

Инвеститорима се рејтинг ставља на располагање бесплатно. Они, наравно, могу и сами извршити инвестициону анализу, али је она скупа и дуготрајна. Користећи резултате рејтинга, инвеститори неутралишу информациону асиметрију на тржишту; пошто се рејтинг агенције користе и информацијама које нису јавно објављене, инвеститори добијају комплетнију процену кредитног ризика и на тај начин смањују ризик улагања у обвезнице. Рејтинг показује и будућу меру ликвидности обвезнице, ако се она продаје. Институционални инвеститори користе рејтинг како би управљали портфолиом, посебно када регулаторни органи захтевају одређену структуру портфолија (нпр. пласмани осигуравајућих компанија у пракси Европске уније и Србије) или прописују коришћење рејтинга у одређивању адекватности капитала банака (Базелски комитет за банкарски надзор).

Рејтинг агенције у формулисању рејтинга користе сопствену методологију, која има за циљ да утврди способност генерисања готовине из пословања емитента и предвиђање стечаја. При томе се настоји да се избегне утицај сезонских или дугорочних флукуација на процену тока готовине. У овој анализи, узимају се у обзир тржишна и конкурентска позиција емитента (потенцијал раста, осетљивост на циклична колебања, конкуренција, вероватноћа промене регулативе); структура трошкова и капитална интензивност; финансијска флексибилност (рацио анализа финансијских извештаја); квалитет управљања (способност фиормулисања и спровођења ефективне стратегије, вероватноћа да ће реализована готовина бити употребљена за исплату дуга); стратешка оријентација. Информације које користе рејтинг агенције су финансијски извештаји, разговори с емитентом, али и друге информације које агенције прикупе. У последње време примењују се и моделска предвиђања, заснована на квантитативним подацима. И поред коришћења квантитативних података и модела, сама оцена је квалитативног карактера и изражава субјективни став рејтинг агенције.

Дискусије о улози рејтинг агенција на савременом финансијском тржишту везане су првенствено за методологију формулисања рејтинга, обим обелодањивања информација о рејтингу и потенцијалном конфликту интереса у процесу рејтинговања. Уочени проблеми предмет су реформе регулативе, како у САД (*Dodd-Frank Act*), тако и у Европској

Унији, али у САД она није довела до знатнијег повећања транспарентности у пословању рејтинг агенција.²

Рејтинг агенције не објављују јавно методологију рангирања. Оправдање за то је да би објављивање угрозило објективност и непристрасност рејтинговања, и за сада се поштује овакав став; и закон који регулише пословање рејтинг агенција у САД забрањује да Комисија за хартије од вредности (*Securities and Exchange Commission – SEC*) врши контролу њихове методологије. Кад је реч о обиму обелодањивања информација, питање је да ли је саопштавање рејтинга у облику одређеног слова или кратког стандардног објашњења довољно за доношење инвестиционе одлуке. Овај проблем се превазилази ставом да је рејтинговање само једна од индикација у процесу улагања и да не може да замени инвестициону анализу, која подразумева и стратегију инвеститора, осетљивост на ризик и принос, преференце према одређеном типу улагања, цену и др.

Конфликт интереса је озбиљно питање у пословању рејтинг агенција. Поред рејтинга, оне пружају и друге финансијске услуге, тако да могу додељивати бољи рејтинг клијентима којима те услуге пружају. У процесу рејтинговања, агенције користе информације које су инсајдерске, тако да се могу злоупотребити у трговини на секундарном тржишту. Посебно су ова питања везана за улогу рејтинг агенција у оцени квалитета нестандартних хипотекарних обвезница, где су се и појавили у већем обиму. Излаз може бити јачање регулаторног надзора и уграђивање интерних процедура, које у самим агенцијама спречавају конфликте интереса, као и коришћење привилеговане информације. Зато се, углавном, процес рејтинговања остварује као процес колективног доношења одлука, у оквиру комитета у самој рејтинг агенцији. На крају, сам положај рејтинг агенција зависи од репутације, која доноси и посао, тако да регулисање конфликта интереса може бити саставни део њиховог корпоративног управљања.

Рејтинг агенције које нису на време упозоравале тржиште и регулаторне органе о кумулисању ризика на тржишту, биле су подложне конфликту интереса, јер су истим клијентима помагале у „паковању“ сложенијих хипотекарних обвезница (тзв. структурни производи). Затим су и давале рејтинг тим обвезницама, нагло снижавале рејтинге појединих емитената, посебно на тржишту сувереног дуга, што је повећавало цену средстава за државе и привредне субјекте у њима. Чињеница је да су за време финансијске кризе рејтинг агенције снизиле

2 Gretchen Morgenson, „Overhauls fail to rein in credit raters“, *International New York Times*, March 24, 2014, стр. 17. *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* („Dodd-Frank Act“) усвојен је 21. јула 2010. године. Чланови 931–939 односе се на: „побољшање регулативе агенција кредитног рејтинга.“

рејтинг за 83% емисија из 2006. године, које су имале рејтинг ААА.³ Иако су се инвеститори у доношењу инвестиционих одлука у великој мери ослањали на рејтинговање, агенције су у давању рејтинга искључивале одговорност за његово коришћење.

Најзад, оцене које дају рејтинг агенције идентичне су за све финансијске инструменте које оне оцењују. Инвеститори који улажу у сложеније финансијске инструменте („производе“) стога не могу на одговарајући начин упоредити ризике улагања у такве инструменте у поређењу са обичним финансијским инструментима, који имају исту ознаку рејтинга.

У оквиру Европске уније све до финансијске кризе није било регулативе која би се односила на рејтинг агенције. Ова је област у оквирима светског финансијског тржишта била лабаво регулисана Кодексом понашања рејтинг агенција у оквиру Међународне организације комисија за хартије од вредности (*IOSCO*).⁴ Криза финансијског тржишта и криза јавног дуга еврозоне откриле су негативне последице одсуства регулације у овој области у Европској унији.⁵ Непостојање заједничких правила могло је да доведе до различитих националних приступа регулацији, што би спречило функционисање јединственог тржишта и довело до различитог нивоа заштите инвеститора и корисника финансијских услуга.

Прва уредба о рејтинг агенцијама донета је 2009. године (1060/2009/ЕС)⁶ и она је усвојила неколико основних решења: регистрацију рејтинг агенција од стране националних регулаторних органа држава чланица, дозвољено пословање на целој територији Уније („јединствен пасош“ члан 14, став 2), контролу матичне земље (члан 24) уз обавезу размењивања информација са другим регулаторним органима. Одлуком Европског савета од 19. јуна 2009. године (на бази препорука Ларозијерове групе) формиран је Европски систем финансијских супервизора и новоформираној Европској управи за финансијска тржишта (*European Securities and Markets Authority, ESMA*), као једној од институција у оквиру тог система, поверен је задатак надзора рејтинг

3 European Commission: *FAQ: Legislative proposal on Credit Rating Agencies (CRAs)*, МЕМО 11 – 788, Brussels, 11 November 2011.

4 Fabian Amtenbrink, Jakob de Haan, „Regulating Credit Ratings in the European Union: A Critical First Assessment of Regulation 1060/2009 on Credit Rating Agencies“, *Common Market Law Review*, бр. 46/2009, стр. 1915–1949.

5 Видети: Siegfried Utzig, „The Financial Crisis and the Regulation of Credit Rating Agencies: A European Banking Perspective“, *Asian Development Bank Institute Working Paper Series*, No. 188, January 2010.

6 Regulation (EC) No 1060/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on credit rating agencies, *Official Journal of the European Union*, L 302/1, 17.11.2009.

агенција. Ова институција постала је тако прва федерална институција на финансијском тржишту Европске уније, и то је остала све до поверавања Европској централној банци улоге супервизора кредитних институција Европске уније у оквиру банкарске уније.

Поверавање нове улоге Европској управи за финансијска тржишта захтевало је измену уредбе о рејтинг агенцијама, која је донета маја 2011. године.⁷ *ESMA* је добила надлежност над регистрацијом рејтинг агенција са важношћу на целој територији Уније (члан 14). Рејтинг агенције морају избегавати конфликт интереса у оцени кредитне способности емитената и давању савета емитенту, осигурати одговарајући квалитет процеса рејтинговања и остварити транспарентност у раду (сваке године, агенција треба да објави извештај о транспарентности). Управа има најшира надзорна овлашћења, укључив и изрицање санкција. Осим тога, ова управа формулише нацрте техничких правила рада рејтинг агенција (које усваја Европске комисија), основала је централни регистар (*Central Repository – CEREP*), који омогућава инвеститорима да упоређују све рејтинге на финансијском тржишту Уније, контролише методологију рејтинговања агенција, уједначава скале рејтинга, објављује списак регистрованих агенција и сл. Уредба, међутим, не регулише коришћење рејтинга (то је предмет посебних регулаторних правила, на пример кроз директиву о захтеваном капиталу кредитних институција), нити намеће обавезу рејтинговања финансијских инструмената.

Према листи *ESMA* од марта 2013. године, у Европској унији је регистровано 35 рејтинг агенција, од чега је највећи број филијала америчких рејтинг агенција.⁸ Политика Уније јесте да развија конкуренцију у овој области, да би се смањио утицај највећих рејтинг агенција, које су стекле положај природних монопола, с обзиром на велике трошкове уласка у ову област. У сваком случају, однос рејтинг агенција и процеса интеграције финансијског тржишта Уније је двосмеран: у мери у којој се тржиште интегрише, побољшаваће се конкурентска клима у области рејтинговања, а то ће омогућити и подизање квалитета рејтинга, односно стабилнији ослонац инвеститора у процесу доношења њихових инвестиционих одлука.

7 Regulation (EU) No 513/2011 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2011 amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies, *Official Journal of the European Union*, L 145/30, 31.5.2011.

8 Доступно на адреси: <http://www.esma.europa.eu/page/List-registered-and-certified-CRAs>.

Branko VASILJEVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

Miona DELIĆ, M.A. European Integration

CREDIT RATING AGENCIES AT THE SINGLE EUROPEAN FINANCIAL MARKET

Summary

The ongoing crisis revealed the negative impact of credit rating agencies on the functioning of the Single European financial market. This impact is the result of the credit rating agencies' business models, conflicts of interest, purposeful manipulations as well as the absence of control of the regulatory bodies of the European Union. New regulatory standards in the EU and the reform of the existing standards in the US are the preconditions for the effective functioning of the Single European financial market.

Key words: *credit rating agencies, financial crisis, Single European financial market, regulatory reforms.*

Срђан СТОЈИЛКОВИЋ, мастер
судијски сарадник Привредног суда у Пожаревцу

НАМЕШТАЊЕ МЕЋУБАНКАРСКИХ КАМАТНИХ СТОПА ЛИБОР И ЕУРИБОР НА СВЕТСКОМ ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ И ПОТЕНЦИЈАЛНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НА СРПСКО ХИПОТЕКАРНО ТРЖИШТЕ

Резиме

Пред надзорним њелима десетак држава је у прошле две године откривена светска афера намештања међубанкарских каматних стопа услед које су изречене високе новчане казне светским банкарским њианцима. Међубанкарске каматне стопе утичу на цену кредита и финансијских деривата широм света чији се износ процењује на више стопа билиона америчких долара. Након откривања афере намештања Либора и Еурибора окренуће су бројне њарнице оштећених клијената прошив банака, који су са банкама уоварали обавезе њлањања камате везане за референцине каматне стопе које су намештане. Циљ овог рада јесте анализа могућности да ли и на који начин клијенти из хипотекарних кредита у Србији могу успоставити њравну равнотежу и умањење износа камата које су најуплаћеније речено обрачунаване по основу њејравилног формирања Либора и Еурибора.

Кључне речи: *Либор, Еурибор, харњије од вредности обезбеђене морњцом, свој каматне стопе.*

I Увод

Веома значајну улогу на светском финансијском тржишту имају међубанкарске референтне каматне стопе као што су Либор и Еурибор. Међубанкарске каматне стопе представљају основу за формирање варијабилних каматних стопа код кредита и финансијских деривата који се процењују на износ од 300 до 800 билиона америчких долара (УСД).¹ Међубанкарске каматне стопе дефинишу се као просек каматне стопе по којој се банке могу међусобно задуживати без средства обезбеђења.² До избијања светске афере намештања Либора и Еурибора процес формирања истих био је препуштен у потпуности изабраном делу банкарског тржишта. Саморегулација се показала очито неуспешном због чега је најпре Велика Британија отпочела са свеобухватном реформом ради стављања под надзор државе процес формирања и руковођења над Либором.³ Регулатива над процесом формирања Еурибора не постоји на нивоу Европске Уније, али је нацрт директиве спреман и очекује се њено усвајање у току 2015 године.⁴ Реформа Еурибора отпочета је кроз

1 Marthin Wheatley, *The Wheatley Review of Libor-final report*, London, 2012, стр. 76–79, доступно на адреси: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191762/wheatley_review_libor_finalreport_280912.pdf.

2 Либор и Еурибор представљају основне каматне стопе за функционисање међународног финансијског тржишта. Више о томе вид. House of Commons Treasury Committee, *Fixing Libor: some preliminary finding*, London, 2012, стр. 3–4, доступно на адреси: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmtreasy/481/481.pdf>, 15.2.2014.

3 Процес формирања Либора је био у потпуности препуштен Британском Банкарском Удружењу – ББА (*British Bankers Association – BBA*). Влада Велике Британије је 2012. године овластила Мартина Вајтлија директора државне агенције за надзор над финансијским услугама (*Financial Services Authority – FSA*, која је након реформе променила назив у *Financial Conduct Authority – FCA*) да анализира целокупно стање у погледу процеса формирања Либора и да сачини предлог реформи како би се повратило поверење у Либор. Влада је усвојила препоруке Мартина Вајтлија, те су 2013. године спроведене законске реформе којим је процес формирања Либора стављен под државни надзор, те је достављање лажних и нетачних података банака при формирању Либора прописано као казнено дело. Више о овоме вид. M. Wheatley, *The Wheatley Review of Libor-final report*, стр. 4–5; HM Treasury, *Implementing the Wheatley Review: draft secondary legislation*, London, 2012, стр. 3–5, доступно на адреси: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191760/implementing_wheatley_review281112.pdf; The Financial Services and Markets Act 2000 (Consumer Credit) (Transitional Provisions) Order 2013, доступно на адреси: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/3128/introduction/made>, 15.1.2014.

4 На овај начин ће и Европска унија прописати могућност казног процесуирања банака када исте манипулишу Еурибором. ЕУ јесте недавно (4.12.2013. године) казнила банке суштински због намештања Еурибора, али је казна формално правно изречена банкама због стварања картела и кршења антимонополских прописа. Оваква „правна гимнастика“ изведена је због непостојања регулативе по којој

усвајање новог Кодекса понашања Европске банкарске федерације, који је успоставио нова правила за банке, али су санкције за непоштовање правила из Кодекса блажег карактера.⁵

Надзорна тела Сједињених Америчких Држава (САД), Велике Британије, Швајцарске, Јапана, Канаде, Сингапура и Европске уније су током 2012. и 2013. године откриле највећу систематски организовану превару водећих светских финансијских институција.⁶ Након казни изречених у поступцима пред регулаторним телима отпочеле су парнице за повраћај новца због намештања међубанкарских каматних стопа, од којих су за сада најзначајније пред судовима у САД и Великој Британији. Циљ овог рада јесте упоредно правна анализа последица намештања међубанкарских каматних стопа, као и предлагање потенцијалних решења за успостављање правне равнотеже код хипотекарних кредита на српском тржишту, која је битно поремећена услед углавака о варијабилној каматној стопи. Како би се правилно схватили домашаји афере Либор и Еурибор неопходно је најпре укратко изложити основне чињенице о овим референтним каматним стопама.

1. Либор

Либор је референтна каматна стопа која се утврђује на лондонском међубанкарском тржишту и представља просечну каматну стопу по којој банке у Лондону међусобно нуде на зајам новац без средства

би ЕУ казнила банке због намештања каматних стопа. Вид. European Commission, *Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry*, доступно на адреси: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm, 15.12.2013. Више о предлогу за регулисање међубанкарских каматних стопа на нивоу ЕУ вид. European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts, 2013*, доступно на адреси: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2013:0336:FIN:EN:PDF>, 15.1.2014.

5 Као најтежа санкција коју може изрећи Управни одбор Европске Банкарске Федерације (ЕБФ), банци која манипулише каматним стопама новим Кодексом од 1.10.2013. године предвиђено је (чланом Б.3.5) избацавање банке са панела на коме се формира Еурибор. Вид. Euribor, European Banking Federation, *Euribor Code of Conduct*, 2013, доступно на адреси: http://www.euriborebf.eu/assets/files/Euribor_code_conduct.pdf, 15.1.2014.

6 Банкарска превара можда је најбоље описана речима гувернера Централне банке Уједињеног Краљевства (*Bank of England*) Мервина Кинга (*Mervyn King*) пред парламентом 25.11.2008. године да Либор није стопа по којој се банке међусобно зајме и податком да је из самог британског парламента потекао колоквијални термин „банкстери“ (са јасном асоцијацијом на термин „гангстери“) за банке који су учествовали у намештању Либора и Еурибора. Вид. изјаву гувернера на адреси: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmtreasy/1210/8112503.htm>, 15.12.2013.

обезбеђења.⁷ Контролу и управљање над формирањем Либора вршило је Британско Удружење Банака све до фебруара 2014. године, када је *Intercontinental Exchange (NYSE: ICE) Benchmark Administration LTD* са седиштем у Лондону преузео функцију администратора по добијеном тендеру и сагласности надзорних тела у Великој Британији.⁸ Либор је до скорашње реформе из 2013. године обрачунаван за 10 различитих валута и то за сваку валуту у 15 различитих рокова доспећа, тако да је свакога дана вршен обрачун за 150 различитих вредности Либора.⁹ Данас се Либор обрачунава за 5 валута и 7 различитих рокова доспећа.¹⁰ За сваку валуту Либора постоји панел банака које свакодневно достављају податке агенту, кога је одредио администратор, о томе колику би камату морале да плате за међусобне позајмице.¹¹ Четвртина највиших и најнижих каматних стопа се избацују приликом калкулације Либора, те се аритметичком средином преосталих (50%) података израчунава вредност Либора.¹²

7 Либор представља скраћеницу од синтагме *London Inter-Bank Offered Rate*. Ова међубанкарска каматна стопа настала је 1985. године и првобитно је била обрачунавана за 3 валуте: амерички долар, британску фунту и јапански јен. Више о дефиницији и историјату Либора видети на адреси: <http://www.bbalibor.com/explained/historical-perspective>, 15.1.2014.

8 Вид. ICE Benchmark Administration, *Libor: Frequently asked questions*, 2014, стр. 2–3, доступно на адреси: https://www.theice.com/publicdocs/IBA_LIBOR_FAQ.pdf, 15.1.2014.

9 Вид. ВВА, *Welcome to bbalibor, Frequently Asked questions (FAQs)*, доступно на адреси: <http://www.bbalibor.com/explained/faqs>, 15.11.2013. За наше хипотекарно тржиште најзначајнија вредност Либора везана је за валуту швајцарски франак (*CHF*), обзиром на мали број кредита одобрен у другим валутама. Кредити одобрени у валути евро на нашем тржишту везани су претежно за референтну стопу Еурибор коју одређује ЕБФ.

10 Августа 2013. избачене су са панела 5 валута и то: новозеландски долар (*NZD*), аустралијски долар (*AUD*), канадски долар (*CAD*), шведска круна (*SEK*) и данска круна (*DKK*). Либор се у данашњици израчунава за британску фунту (*GBP*), јапански јен (*JPY*), амерички долар (*USD*), швајцарски франак (*CHF*) и евро (*EUR* – такозвани ЕвроЛибор кога треба разликовати од Еурибора који одређује панел ЕБФ). Вид. ВВА, *Welcome to bbalibor, Frequently Asked questions (FAQs)*.

11 Агент који обрачунава Либор према добијеним подацима јесте Томсон Ројтерс (*Thomson Reuters*). Више о самом процесу калкулације Либора и улози агента вид. ВВА, *Libor governance and scrutiny*, 2008, стр. 3–4, доступно на адреси: www.bbalibor.com/download/4025, 15.1.2014.

12 Либор се за сваку од 5 валута дневно обрачунава за 7 различитих рокова доспећа позајмице, једнодневну, недељну, месечну, двомесечну, тромесечну, полугодишњу и годишњу. Више о томе доступно на адреси: https://www.theice.com/iba_libor.jhtml, 15.1.2014.

2. Еурибор

Еурибор је референтна каматна стопа која се утврђује на европском међубанкарском тржишту и представља просечну стопу по којој првокласне европске банке међусобно нуде на зајам новац без средства обезбеђења.¹³ Управљање Еурибором и контролу над његовим формирањем врши Европска банкарска федерација (ЕБФ), која представља непрофитну организацију са седиштем у Бриселу.¹⁴ Еурибор је настао 1999. године, по оснивању ЕБФ када је већина чланица ЕУ заменила домаће међубанкарске референтне каматне стопе са Еурибором.¹⁵ Еурибор се формира према подацима са панела банака где банке учесници свакога дана достављају своје процене о томе колику би камату морале да плате за позајмицу у еврима за различите рокове доспећа.¹⁶ Након пружања ових података агент кога је одредила ЕБФ избацује 15% највиших и најнижих каматних стопа и израчунава се вредност Еурибора аритметичком средином преосталих (70%) података за сваки од 8 временских интервала.¹⁷

13 Еурибор представља скраћеницу од синтагме *Euro Inter-Bank Offered Rate*. Више о дефиницији Еурибора вид. *Euribor-EBF, Euribor Code of Conduct*, стр. 2.

14 Основни циљеви ЕБФ јесу подршка и развој референтне стопе Еурибор као основне цене Евра, као и интеграција европског финансијског тржишта. Вид. чл. 2 Статута ЕБФ, доступно на адреси: <http://www.euribor-ebf.eu/assets/files/Euriborebf-statutes.pdf>, 15.1.2014.

15 У Аустрији је до тада међубанкарска референтна стопа била *Vibor*, Белгији *Bibor*, Финској *Helibor*, Француској *Pibor*, Немачкој *Fibor*, Грчкој *Athibor*, Холандији *Aibor*, Ирској *Dibor*, Италији *Ribor*, Португалу *Lisbor*, Шпанији *Mibor*. Вид. на адреси: <http://www.euribor-ebf.eu/assets/files/Euribor%20Legacy.pdf>, 15.1.2014.

16 До новембра 2013. године Еурибор се обрачунавао за 15 рокова доспећа позајмице, а након реформе ради повраћаја поверења у ову референтну стопу исти се обрачунава за 8 временских интервала и то: једнонедељну позајмицу, двонедељну, месечну, двомесечну, тромесечну, полугодишњу, деветомесечну и годишњу. Вид. <http://www.euribor-ebf.eu/assets/files/D2832A-2013-Euribor%20tenors%20to%20be%20reduced%20as%20of%201%20November%202013.pdf>, 15.1.2014.

17 Више о начину обрачунавања Еурибора вид. на адреси <http://www.euribor-ebf.eu/assets/files/D2914C-2013-Euribor%20Contingency%20Plan.pdf>. Калкулацију Еурибора тренутно врши агенција Thomson Reuters, чије место од маја 2014. године преузима *Global Rate Set Systems Ltd* са којим је ЕБФ недавно закључио уговор. Вид. http://www.euriborebf.eu/assets/files/D0005D2014_Press%20releaseGRSS%20appointment_Final.pdf, 24.2.2014.

II Почетни знаци манипулације међубанкарским каматним стопама

На могуће неправилности при формирању Либора озбиљно је указао чланак објављен у Вол Стрит Журналу априла 2008. године.¹⁸ Извршено је поређење каматне стопе Система савезних резерви САД, под којом су давани зајмови банкама са роком доспећа од 28 дана, код којих су банке морале положити средство обезбеђења, са једномесечним Либором за валуту америчког долара (УСД Либор).¹⁹ Утврђено је да су банке плаћале вишу стопу ФЕД-у за 10 до 60 базних поена (0,1 – 0,6%), него на међусобне необезбеђене позајмице, што није у складу са економском логиком.²⁰ Посебну пажњу стручњака у САД изазвао је значајан скок УСД Либора дан након објаве чланка што су многи протумачили као одјек на објављене податке.²¹ Због чудног кретања Либора у току 2008. године се амерички ФЕД обратио Централној Банци Уједињеног Краљевства (*Bank of England*) са предлозима како би се исти реформисао.²² Почетна индиција о манипулацији потврђена је децем-

18 Carrick Mollenkamp, „Bankers cast doubt on key rate amid crisis“, *Wall Street Journal*, 16.4.2008, доступно на адреси: <http://online.wsj.com/article/SB120831164167818299.html>, 15.10.2013.

19 Систем савезних резерви САД (*Federal Reserve System – FED*, даље у тексту: ФЕД), као својерстан систем централног банкарства у САД одређује већи број каматних стопа, а у конкретном чланку УСД Либор је поређен са каматном стопом ТАФ (скраћеница од синтагме: *Fed Term Treasury Auction Facility Rate*).

20 Економска логика подразумева да кредит код кога зајмопримац пружа средство обезбеђења има нижу каматну стопу од кредита код кога није пружено средство обезбеђења. Британско удружење банака покушало је да оправда ову чудну разлику између УСД Либора и ТАФ својим извештајем од 10.6.2008. године тржишним условима, вид. ВВА, *Understanding the construction and operation of BBA LIBOR-strengthening for the future*, 2008, стр. 5–6, доступно на адреси: http://www.aciforex.org/docs/markettopics/20080610__BBA_comments_on_Libor_fixing.pdf, 15.1.2014.

21 Да је било тржишних разлога за скок УСД Либора 17.4.2008. године, то би се одразило и на вредност Либора за друге валуте, чија се вредност 17.4.2008. године није значајно променила.

22 Најзанимљивији предлог Феда по мом мишљењу, из кога се јасно види да је уочена превара (али и начин на који се она врши) банака које учествују на панелу УСД Либора, јесте да се не избацује четвртина највиших и најнижих података о стопама под којима се банке међусобно зајме, већ да се насумично, методом случајног избора избацује половина достављених података, те да се Либор формира на основу просека половине каматних стопа банака које су насумично одабране. На овај начин онемогућили би се учесници панела да се договарају о најнижим и највишим подацима које ће доставити агенту, а за које знају да ће бити избачени. Други битан предлог јесте проширење панела банака, међутим ниједан од ових предлога до данас није спроведен. Више о свим предлозима Феда, вид. Timothy Geithner, *Recommendations for Enhancing the Credibility of LIBOR FRBNY Markets and Research*

бра 2012. године када је швајцарска банка УБС у свом поравнању са Министарством Правде САД признала (поред бројних манипулација) да је дан након спорног чланка учествовала у договору са другим банкама у достављању лажних података како би се Либор повећао.²³

Анализом професора Снајдера и Јула из 2010. године извршено је поређење УСД Либора са каматном стопом коју банке плаћају на позајмице за еуродоларе.²⁴ Еуродолари јесу амерички долари који су положени на депозит у банкама ван САД, претежно у лондонским банкама.²⁵ Каматна стопа на позајмицу еуродолара била је готово једнака вредности УСД Либора у периоду од 1992. до 2006. године.²⁶ Вредност УСД Либора први пут је пала испод каматне стопе на еуродоларе авгу-

and Statistics Groups, 2008, доступно на адреси: <http://www.bankofengland.co.uk/publications/Documents/news/2012/nr068.pdf>, 15.10.2013.

- 23 Банке су биле упозорене од стране ББА да ће се због чланка од 16.4.2008. године извршити контрола достављаних података, те су банке са панела договором значајно подигле вредност Либора 17.4.2008. и 18.4.2008. године. Вид. анекс споразума о одустанку од кривичног гоњења Министарства правде САД и УБС банке закљученог 18.12.2012. године, *UBS Statement of facts*, стр. 43, доступно на адреси: <http://www.justice.gov/iso/opa/resources/6942012121911725320624.pdf>, 15.10.2013.
- 24 Рад објављен на интернет страницама Универзитета у Минесоти и Калифорнији, изазвао је велику пажњу и често је цитиран у тужбама, које су странке у САД поднеле против банака због намештања Либора. Вид. Connan Snider, Thomas Youle, *Does Libor reflect banks borrowing costs?*, 2010, стр. 7–24, доступно на адреси: http://www.econ.umn.edu/~youle001/libor_4_01_10.pdf, 15.10.2013.
- 25 Frederic S. Mishkin, Stanley G. Eakins, *Financial Markets and Institutions*, Boston, 2012, стр. 484. Висину каматне стопе по којој се могу прибавити долари са ванамеричког финансијског тржишта (*Eurodollar Deposit Rate-EDDR*) дневно објављује ФЕД на основу података са панела банака, које своје процене достављају брокерским компанијама *Bloomberg l.p.* и *ICAP plc*. Више о Еуродоларима и стопи коју објављује ФЕД, вид. Marvin Goodfriend, *Eurodollars*, 1998, доступно на адреси: http://www.richmondfed.org/publications/research/special_reports/instruments_of_the_money_market/pdf/chapter_05.pdf, 15.1.2014; BBA, *Understanding the construction and operation of BBA LIBOR– strengthening for the future*, стр. 5.
- 26 Прецизније речено камата на еуродоларе била је константно незнатно нижа од вредности УСД Либора, те је у периоду од 2000–2006. године просечна разлика била – 0,02%. Више о кретању ових стопа вид. С. Snider, Т. Youle, *нав. глго*, стр. 9; Federal Reserve Bank of San Francisco, *What is LIBOR and why do LIBOR interest rates move closely in line with short-term interest rates in the U.S.?*, 2006, доступно на адреси: <http://www.frbsf.org/education/publications/doctor-econ/2006/july/libor-interest-rate-s-london-interbank-offered>, 15.10.2013. Вредност УСД Либора се односи на позајмице долара који се налазе у лондонским банкама, као што је то случај у претежној мери и са каматном стопом на еуродоларе. Панел банака које утврђују каматну стопу на еуродоларе јесте шири од Либор панела, али о сличности ових стопа најбоље говори дефинисање Либора у америчкој литератури као каматне стопе по којој првокласне банке нуде на зајам еуродоларе. Вид. Frank J. Fabozzi, *Fixed Income Analysis*, Hoboken-New Jersey, 2007, стр. 377.

ста 2007, те је у периоду до маја 2010. године разлика достигала и чак 2%.²⁷ Разлика у овим стопама уочена је и од стране Међународног Монетарног фонда крајем 2008. године, али је ММФ изразио поверење у поузданост Либора, док је за разлику истог са стопом ФЕД на еуродоларе нађено оправдање у тржишним условима и ширем панелу банака на коме се формира стопа ФЕД-а.²⁸ Базелска Банка за међународна поравнања (*Bank for International Settlements*) је 2008. године изнела став да не постоје докази који указују да банке манипулишу међубанкарским каматним стопама.²⁹ Признања највећих светских банака о превари открила су да ни еминентне финансијске установе попут Међународног Монетарног Фонда и Банке за међународна поравнања нису имале праву слику о вештој систематској манипулацији Либором и Еурибором.³⁰

III Признања банака о намештању Либора и Еурибора

Прва банка која је признала своје учешће у намештању каматних стопа јесте британска Барклис банка (*Barclays Bank plc*), која је са Министарством правде САД закључила споразум о одустанку од кривичног гоњења.³¹ Изјавом о чињеницама која је саставни део споразума од 26.7.2012. године, Барклис је потврдио да је слао лажне податке у периоду од 2005–2007. године и током 2009. године о висини камате по којој се могао зајмити код других банака на панелу Либора, као и на панелу Еурибора, како би увећао профит.³² По захтеву својих трејдера, али и

27 C. Snider, T. Youle, *нав. дело*, 24. Више о кретању каматне стопе на тромесечну позајмицу еуродолара коју свакодневно објављује ФЕД видети на адреси: <http://federalreserve.gov/releases/h15/data.htm>, 15.1.2014.

28 International Monetary Fund, *Global Financial Stability Report*, Washington, 2008, стр. 77–79.

29 François-Louis Michaud, Christian Upper, „What drives interbank rates? Evidence from Libor panel“, *BIS Quarterly Review*, March 2008, Bank for International Settlements Basel, стр. 57–58; Jacob Gyntelberg, Philip Wooldridge, „Interbank rate fixings during the recent turmoil“, *BIS Quarterly Review*, March 2008, стр. 65–72.

30 УБС, Барклис и Краљевска банка Шкотске су 2009. године биле 3 највеће банке у свету по својој активи, а све су током 2012. и 2013. године признале своје учешће у намештању Либора и Еурибора, вид. F. Mishkin, S. Eakins, *нав. дело*, стр. 486.

31 Барклис је платио износ од 160 милиона УСД по споразуму у САД, као и казну пред надзорним финансијским органом CFTC (*Commodity Futures Trading Commission*) од 200 милиона УСД, док је пред надзорним органом FSA у Великој Британији платио 59,5 милиона GBP. Вид. на адресама: <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/June/12crm815.html>; <http://www.fsa.gov.uk/library/communication/pr/2012/070.shtml>, 15.11.2013.

32 Барклис је инвестирао у хартије од вредности везане за Либор и Еурибор, као и у финансијске деривате попут еуродолар фјучејрс уговора и каматних сво-

других банака, Барклис је достављао лажне податке по основу којих се формирају међубанкарске каматне стопе, како би се формирао виши или нижи Еурибор и Либор, а искључиво са циљем како би повећао своју добит и профит банака које су учествовале у превари. Након Барклиса учешће у намештању Либора и Еурибора признала је швајцарска УБС банка (*UBS AG*) која је потврдила да је приликом достављања података по којима се формирају Либор и Еурибор водила рачуна о својој позицији на тржишту финансијских деривата, те да није достављала податке у складу са кодексом понашања ББА и ЕБФ.³³ УБС је признао да је у периоду од 2001–2010. године давао лажне податке на панелу Либора за већину валута, као и при формирању Еурибора, а основни разлог манипулације био је стицање профита кроз закључене финансијске уговоре који су тесно везани за Либор и Еурибор.³⁴

Краљевска банка Шкотске (*The Royal Bank of Scotland plc – RBS*) је трећа банка која је признала своје учешће у намештању Либора и Еурибора, те је са Министарством правде САД закључила споразум о одлагању кривичног гоњења 6.2.2013. године. RBS је признала учешће у намештању Либора и то на панелима за већину валута у периоду од 2006.

пова, чија је вредност уско повезана са Либором. Еуродолар фјучерс уговор представља финансијски фјучерс уговор о куповини одређене количине еуродолара у будућности, претежно у року од 90 дана од закључења уговора. Циљ овог уговора јесте заштита од промене каматне стопе по којој банке са седиштем у САД могу позајмити доларе са доспећем од 3 месеца, са ванамеричког финансијског тржишта. Еуродолар фјучерси се закључују претежно на фјучерс берзи у Чикагу (*Chicago Mercantile Exchange*). Више о еуродолар фјучерс уговорима вид. Sanjay K. Nawalkha, Gloria M. Soto, Natalia A. Beliaeva, *Interest Rate Risk Modeling: The Fixed Income Valuation Course*, Hoboken–New Jersey, 2005, стр. 144–156. Више о уговору о своју каматне стопе биће у наредном делу рада. Достављањем лажних података приликом калкулације међубанкарских каматних стопа Барклис је стицао предност над својим саговорачима у финансијском уговорима, што су чиниле и друге банке са панела Либора. Више о признању преваре и начину њеног извршења од стране Барклиса вид. у анексу споразума о одустанку од кривичног гоњења, *Statement of facts*, стр. 5–14, 22–23, доступно на адреси: <http://www.justice.gov/iso/opa/resources/9312012710173426365941.pdf>, 15.10.2013.

- 33 Видети фн. 23 УБС је лажне податке за Либор достављао у периоду од 2001–2010. године, а за Еурибор почев од 2005–2010. године. Вид. *UBS Statement of facts*, стр. 7–34. Споразумом са Министарством правде САД, УБС је платио износ од 780 милиона УСД. УБС је кажњен у САД и пред надзорним органом CFTC са 700 милиона УСД, док је у Великој Британији пред FSA платио 160 милиона GBP. Надзорним органима у Швајцарској УБС је платио 60 милиона CHF. Више о изреченим казнама доступно на адресама: <http://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/pr6472-12>; <http://www.fsa.gov.uk/static/pubs/final/ubs.pdf>; http://www.finma.ch/d/aktuell/Documents/sum_maryreport-ubs-libor-20121219-e.pdf, 15.1.2014.
- 34 Признање УБС се односи и на намештање референтне стопе Тибор (*Tokio Inter-Bank Offered Rate*), али како ова стопа није заступљена на нашем финансијском тржишту, то се истом нећемо посебно бавити у раду.

до 2010. године.³⁵ RBS је признао и манипулацију при формирању Еурибора на панелу ЕБФ у периоду 2007–2008. година, на коме је учествовао преко куповине друге банке (*ABN AMRO Bank*). За сада последња банка која је признала своје учешће у превари јесте холандска Рабобанк (*Coöperatieve Centrale Raiffeisen – Boerenleen bank B.A. – „Rabobank“*) која је са Министарством правде САД закључила споразум о одлагању кривичног гоњења 29.10.2013. године. Рабобанк је у периоду од 2005–2010. године учествовала у достављању лажних података на панелима за Либор, као и у периоду од 2007–2008. године на панелу Еурибора.³⁶

IV Парнични поступци за накнаду штете против банака због намештања Либора и Еурибора

Признања банака о намештању Либора и Еурибора подстакла су покретање значајних парница за накнаду штете, јер до тада клијенти нису могли знати да су међубанкарске каматне стопе лажиране, обзиром да су институције попут ММФ и Банке за међународна поравнања убеђивале учеснике на тржишту да се кретање ових стопа одвија у складу са правилима. Европска Комисија је приликом израде нацрта директиве којом ће се међубанкарске каматне стопе ставити под надзор објавила податак да је око 40% стамбених зајмова у ЕУ везано за

35 Више о признању преваре и начину њеног извршења од стране RBS вид. у анексу споразума о одлагању кривичног гоњења, *RBS Statement of facts*, стр. 7–35, доступно на адреси: <http://www.justice.gov/iso/opa/resources/28201326133127414481.pdf>, 15.1.2014. RBS је по споразуму платио износ од 50 милиона УСД, док је пред надзорним финансијским органом СФТС кажњен са 325 милиона УСД. Пред надзорним органом FSA у Великој Британији кажњен је са 87,5 милиона GBP. Више о изреченим казнама видети на адресама: <http://www.justice.gov/iso/opa/resources/217201326133540747939.pdf>; <http://www.cftc.gov/ucm/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfrbbsorder020613.pdf>; <http://www.fsa.gov.uk/static/pubs/final/rbs.pdf>, 15.1.2014.

36 Више о признању преваре и начину њеног извршења од стране Рабобанк вид. у анексу споразума о одустанку од кривичног гоњења, *Rabobank Statement of facts*, стр. 6–29, доступно на страници: <http://www.justice.gov/iso/opa/resources/645201310298755805528.pdf>, 15.1.2014. Мотиви за овакво поступање истоветни су као и код других банака, стицање што већег профита кроз финансијске уговоре. Рабобанк је по споразуму платила износ од 325 милиона УСД, док је пред надзорним финансијским органом СФТС кажњен са 475 милиона УСД. Пред надзорним органом FSA у Великој Британији кажњен је са 105 милиона GBP. Заједно са казнама у Холандији и Јапану Рабобанк је платила око 1,5 милијарди УСД. Више о изреченим казнама доступно на адресама: <http://www.justice.gov/iso/opa/resources/976201310298727797926.pdf>; <http://www.cftc.gov/ucm/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfrabobank102913.pdf>; <http://www.fca.org.uk/static/documents/final-notices/rabobank.pdf>, 15.1.2014.

плаћање варијабилне каматне стопе, што довољно говори о значају међубанкарских стопа на тржишту ЕУ.³⁷

Апелациони суд у Лондону донео је 8.11.2013. године (*Court of Appeal, EWCA Civ.1372*) значајну одлуку у погледу манипулације међубанкарским каматним стопама са карактером преседана, којом је дозвољено истицање приговора неправилног обрачунавања камате због манипулације Либором.³⁸ Суд је у образложењу одлуке изнео став да се на главној расправи морају извести докази из приговора дужника у погледу манипулације Либором, те да је неприхватљив став банака (Дојче и Барклис) да манипулација Либором не може бити предмет расправе, обзиром да су саме банке предлагале клијентима закључење уговора код којих је обавеза плаћања камате везана за Либор, тако да се морају извести докази који оспоравају поштен и правилан начин обрачуна Либора. Председник жалбеног већа, судија Лорд Лонгмор (*Lord justice Longmore*)

37 Комисија је утврдила да је само у Шпанији око 18 милиона хипотекарних кредита везаних за Еурибор. Вид. European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts*, стр. 13, 82, 96.

38 Одлука *EWCA Civ.1372* од 8.11.2013. године доступна на адреси: <http://lexlaw.co.uk/wp-content/uploads/2013/11/LEXLAW-Court-of-Appeal-GRAISELEY-PROPERTIES-LIMITED-v-BARCLAYS-2013-EWCA-Civ-1372.pdf>, 15.12.2013. Истом је успостављен обавезујући преседан, јер је пракса Високог суда у Лондону (*High Court of Justice*) била неуједначена због две супротне одлуке о истом питању. Првостепеном одлуком *EWHC 3093 (Comm)* од 29.10.2012. године у парници *Graisley Properties limited & Ors. v Barclays bank plc* (2012) прихваћена је допуна тужбе због накнаде штете коју је тужени проузроковао тужиоцу намештањем Либора, одлука доступна на адреси: <http://www.monckton.com/docs/general/GraiseleyPropertiesLimitedvBarclaysBank.pdf>, 15.12.2013. Тужилац је закључивао са туженим уговоре о своју каматне стопе као и каматне споразуме популарно зване „collar“ (крагна) који су уско везани за вредност међубанкарских каматних стопа, те је претрпео директну штету манипулацијом у којој је учествовао тужени. (Више о каматном споразуму „collar“ вид. Frank J. Fabozzi, Steven V. Mann, *Floating rate Securities*, New Hope, Pennsylvania, 2000, стр. 7–8). Допуна тужбе је дозвољена, те је судија констатовао да тужилац свакако није могао знати за манипулацију Либора и Еурибора док тужени није признао своје учешће у превари споразумом пред надзорним органима. Супротно становиште заузето је у одлуци од 28.2.2013. године у предмету *Deutsche Bank AG & Ors. v Unitech Global Limited & Ors.*(2013), *EWHC 471(Comm)* којом је одбачена допуна одбране и противтужба индијске компаније против Дојче Банке. Индијска компанија је са банком поред уговора о кредиту везаног за плаћање камате са Либором (који је накнадно синдициран) закључила и уговор о своју каматне стопе, како би се умањио њен ризик од скока Либора, све по предлогу банке, али су резултати по индијску фирму били веома лоши из оба уговора. Због тога је *Уништек* истакао приговор неправилног обрачунавања камате због намештања Либора. Дојче Банка је истакла да се дужник обавезао на плаћање камате са Либор клаузулом, те да сама изјава обавезује на плаћање (сходно енглеској теорији естопела), као и да је накнадно извршена новација уговора, јер је дужник закључио нове споразуме о измиривању обавезе са два повериоца из уговора.

је одлуку образложио навевши хипотетички случај: „*да су банке евен-туално дан након закључених ујовора о кредитиу и ујовора о своју ка-мајне сјоје клијентима најавиле да ће намеијати Либор у складу са њошребима раста свој профита, а на штеиу клијената, јер су ијако већ њосиујале у ранијем ѡериоду, клијенти би свакако одустали од ујовора.*“ Због тога је правноснажно одлучено да се питање манипулације Либором разреши током доказног поступка у коме главна расправа почиње средином априла 2014. године.³⁹

Државне агенције у САД које се баве куповином стамбених креди-та обезбеђених моргицом и улагањем у хартије од вредности обезбеђене моргицом, претрпеле су велику финансијску штету од избијања свет-ске економске кризе.⁴⁰ Већи део штете претрпљен је због манипулације Либором, јер су државне агенције биле највећи купци моргиц хартија од вредности.⁴¹ Фреди Мек је марта 2013. године поднео тужбу про-тив шеснаест банака и ББА (*Federal Home Loan Mortgage Corp. v. Bank of America Corp. et al, U.S. District Court for the Eastern District of Virginia No. 13-342*), јер је претрпео штету, коју су му туженици директно про-узроковали манипулацијом Либора, тако што су заједничком преваром спуштали вредност Либора у периоду од августа 2007. године до маја

39 Апелациони суд у Лондону је усвојио жалбу индијске компаније против одлуке EWHC 471 (*Comm.*) од 28.2.2013. године, док је одбијена жалба Барклис банке на одлуку, EWHC 3093 (*Comm.*) од 29.10.2012. године, чиме је установљена обавезујућа пракса за будуће парнице.

40 Домаћи економски стручњаци, али и већина правне доктрине у својим радовима термин *mortgage* (моргиц) погрешно преводе појмом хипотека. Постоје бројне разлике између ових института, а суштинска јесте да моргиц представља фидуцијарно средство обезбеђења, за разлику од хипотеке која је заложно право. Више о разлици моргица у односу на хипотеку и погрешном превођењу вид. Срђан Стојилковић, „Вансудско намирење хипотеке“, *Правни живои*, бр. 10/2013, стр. 499–501; Peter Sparkes, *European Land Law*, Oxford, 2007, стр. 396.

41 Моргиц хартије од вредности добијају се процесом секјуритизације, који представља поступак претварања неликвидног средства (попут моргиц креди-та у САД) у ликвидно средство којим се може трговати на секундарном моргиц тржишту. Секјуритизација се постиже сакупљањем већег броја моргиц кредита у пул, који банке продају другом правном лицу (такозваном специјалном правном лицу (*SPV – special purpose vehicle*) које се бави искључиво емитовањем и продајом хартија од вредности које су обезбеђене моргицом). На овај начин банке продају потраживања по нешто нижој цени, али постају ликвидније и смањују свој ри-зик, јер кредити излазе из биланса банке, а правно лице које је откупило већи број моргиц кредита (пул кредита), емитује и продаје моргиц хартије од вредно-сти (*Mortgage Backed Securites – MBS*) које доносе месечне приходе инвеститори-ма. Најзначајнији учесници на секундарном тржишту моргиц кредита у САД јесу државне агенције Фреди Мек (*Federal Home Loan Mortgage Corporation – „Freddie Mac“*) и Фени Меј (*Federal National Mortgage Association – „Fannie Mae“*). Више о секјуритизацији моргиц кредита у САД и улози владиних агенција вид. Michael Diamond, *Real Estate Law*, Albany – New York, 1998, стр. 173–176.

2010. године.⁴² Фреди Мек је откупљивао моргиц кредите од тужених и моргиц хартије од вредности емитоване од тужених и њихових повезаних лица, те је по истим тужилац примао варијабилну каматну стопу везану за УСД Либор. Поред ових улагања Фреди Мек је са туженима закључивао уговоре о своју каматне стопе (*interest rate swaps – IRS*) у коме уговорне стране размењују обавезе плаћања каматне стопе, претежно фиксне каматне стопе за варијабилну каматну стопу и то на бази замишљеног износа главнице.⁴³ На овај начин тужилац је желео да управља ризиком од варијабилне каматне стопе према којој је био исувише изложен, те је размењивао своје обавезе плаћања варијабилне каматне стопе за плаћање фиксне камате.⁴⁴ Међутим, туженици су намерно спуштали вредност Либора, кроз договорно достављање лажних података на панелу ББА, те су на овај начин стицали директан профит из уговора о своју каматне стопе са тужиоцем. Поред истицања да су 3 тужене банке већ признале учешће превари, тужилац је изнео податке да су и остале тужене банке закључивале свопове са тужиоцем и то у већем обиму од банака које су признале превару. Посебно је означена Дојче Банка (*Deutsche Bank*) која је на своју каматне стопе зарадила 650 милиона УСД у току 2008. године, када је вредност Либора битно пала, тако да се улагање исте у куповину варијабилне стопе везане за Либор показало веома профитабилним.⁴⁵ Тужба се поред података из

42 Текст тужбе доступан је на адреси: <http://www.law360.com/dockets/documents/5148d26f9a45d27a0e000052>, 15.10.2013.

43 Свop је финансијски уговор између две стране о замени периодичних плаћања у току одређеног временског периода. Најзначајнији на финансијском тржишту јесте свop каматне стопе. Више о своју каматне стопе вид. F. Fabozzi, *Fixed Income Analysis*, стр. 377–378.

44 Више управљању ризиком (хеџингу) код уговора о своју каматне стопе вид. F. Mishkin, S. Eakins, *нав. дело*, стр. 613–616. Ради појашњавања института узећемо хипотетички пример да је Фреди Мек закључио са Дојче банком свop каматне стопе који ће трајати 2 године, такав да Дојче банка плаћа на главницу од 100 милиона УСД варијабилну камату која износи 5% (банкарска маржа) + 12 месечни Либор, док се Фреди Мек обавезује да Дојче банци плати фиксну камату на исти износ главнице од 7%. Уколико би вредност Либора након 12 месеци и након 24 месеци била тачно 2% не би постојала свop разлика и не би било плаћања између странака. Међутим, ако би 12-о месечни Либор отишао на 5% (обе године), што са маржом износи укупно 10%, Дојче банка би имала обавезу плаћања разлике од 3% на износ главнице од 100 милиона УСД, сваких 12 месеци, што износи 6 милиона УСД за укупан период трајања уговора ($100.000.000,00/100 \times 3 = 3.000.000,00 \times 2(\text{године}) = 6.000.000,00$ УСД). Уколико би, пак, 12-о месечни Либор приликом оба доспећа био на вредности од 1% (са маржом укупна камата 6%), тада би Фреди Мек био у обавези да плати Дојче банци годишњу камату од 1% на главницу од 100 милиона, што износи 1 милион УСД годишње, укупно 2 милиона УСД за укупан период трајања уговора.

45 Вид. тужбу Фреди Мек, стр. 22; Jean Eaglesham, „Bank Made Huge Bet, and Profit, on Libor“, *Wall Street Journal*, 10.1.2013, доступно на адреси: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887324442304578231721272636626.html>, 15.10.2013.

признања банака ослања и на званичне транскрипте пресретнутих разговора и електронске поште запослених лица тужених (из кривичних истрага вођених у САД) из којих се јасно утврђује начин на који су организовано деловали туженици приликом достављања лажних података за вредност Либора, а све са циљем увећања своје добити.⁴⁶

Фени Меј је покренуо парницу против девет банака октобра 2013. године (*Federal National Mortgage Association v. Barclays Bank plc, et al, U.S. District Court, Southern District of New York, No. 13-07720*) која је готово идентична у погледу разлога као и тужба Фреди Мека.⁴⁷ Фени Меј је у тужби изнео податак да је претрпео штету од 800 милиона УСД кроз закључене уговоре о своју каматне стопе са туженицима и улагањем у хартије од вредности обезбеђене моргицом (MBS). Поред признања банака о превари, посебно су истакнути подаци о изложености према варијабилној каматној стопи немачке Дојче Банке и америчке Сити банке (*Citibank*). Сити банка је објавила податак да ће на уговорима о своју каматне стопе у првом кварталу 2009. године (куповала је варијабилну стопу) зарадити 936 милиона УСД уколико вредност Либора падне за 0,25 %, док ће уколико Либор падне за цео 1% зарадити чак 1,935 милијарди УСД.⁴⁸ Дојче Банка је откупила највише обавеза плаћања варијабилних каматних стопа на светском финансијском тржишту, те је у тужби наведен податак из истраживања ФЕД-а, да је Дојче Банка претерано изложена ризику према варијабилној каматној стопи.⁴⁹ Дојче банка у истрагама у САД није желела да призна своју умешаност у аферу са Либором и Еурибором, али је издвојила средства у износу од 2,4 милијарде евра за потенцијалне казне и евентуалне обавезе накнада штете из парничних предмета.⁵⁰

46 Тужба садржи детаљну анализу о поређења Либора са каматном стопом на еуродоларе о чему је већ било речи у делу II рада.

47 Текст тужбе доступан је на адреси: <http://online.wsj.com/public/resources/documents/FNMAComplaint10312013.pdf>, 15.1.2014.

48 Вид. С. Snider, Т. Youle, *нав. дело*, стр. 12.

49 Дојче Банка је септембра 2008. године, изнела процену да ће се евентуалним повећањем вредности Либора за 0,01% остваривати губитак банке од 68 милиона евра. Вид. тужбу Фени Меј, стр. 32.

50 Део одвојене суме Дојче Банка је исплатила по казни изреченој од стране Европске Комисије у износу од 725.360.000,00 евра. Казна је била за трећину виша око милијарду евра, али је Дојче Банци због сарадње и признања о превари казна умањена на износ од 725 милиона евра. Вид. European Commission, *Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry*, стр. 3. Када се упореди профит који су банке оствариле преваром можемо закључити да су казне благе, јер је Дојче Банка само у 2008. години зарадила на своју каматне стопе услед намештања Либора и Еурибора око 650 милиона УСД. Зарада на превари је свакако значајно већа када имамо у виду да је варање трајало више година, а добит су банке остваривале и кроз друге финансијске уговоре.

Поред клијената који су претрпели губитак због намерног преварног смањивања вредности Либора, у САД се воде и поступци против банака због намерног подизања вредности Либора. Парницу против банака у САД ради накнаде штете претрпљене услед непоштеног, преварног подизања вредности Либора, покренули су клијенти који су избачени из станова, јер нису могли измиривати своје обавезе због раста варијабилне камате код моргиц кредита. Тужилачка страна је у парници (*Annie Bell Adams, et al. v. Bank of America, et al, U.S. District Court, Southern District of New York, No. 12–07461*) изнела податке да су банке у договору подизале вредност Либора сваког првог у месецу у периоду од јануара 2000. године, до фебруара 2009. године, како би увећавале своје профите.⁵¹ Скоком Либора подизала се и висина месечне рате клијената који су имали обавезу плаћања камате која је везана за УСД Либор. Тужиоци су изнели податке из признања банака пред америчким истражним органима у којим су оне изјавиле да су намерно подизале вредност Либора у периоду од 2000–2007. године, како би остваривали веће профите из уговора везаних за Либор.

Банке су пред надзорним органима десетак држава, на три континента, признале да су превару вршиле у два смера. Најпре су до избијања светске економске кризе намерно подизале вредности Либора и Еурибора, а од избијања кризе намерно су спуштале ове вредности, јер им је то омогућавало максимализацију профита. Зато парнице за повраћај новца због манипулације Либором и Еурибором можемо поделити у две групе: 1) дужника из кредита којима су се повећавале рате услед скока међубанкарске каматне стопе, који су претрпели штету када је међубанкарска стопа подизана 2) инвеститора у хартије од вредности базираних на кредитима обезбеђених моргицом (MBS) и клијената по уговорима о финансијским дериватима везаним за међубанкарске каматне стопе, који су бивали оштећени смањивањем међубанкарске стопе. Европска комисија изразила је велику забринутост због обима банкарске преваре коју одсликава податак да су Удружења за заштиту потрошача у Италији поднела кривичну пријаву, на основу које је тужилаштво покренуло истрагу против банака због намештања Еурибора. Италијанско тужилаштво процењује да су банке неоправданим повећањем (због вештачког, намештаног раста Еурибора) месечних рата код 2,5 милиона стамбених хипотекарних кредита неосновано зарадиле око 3 милијарде евра.⁵² Афера намештања међубанкарских каматних

51 Текст тужбе доступан је на адреси: <http://www.law360.com/cases/5075a89793a2165ac5004399>, 15.10.2013.

52 European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts*, стр. 50.

стопа добила је значајан одјек у Пољској и Бугарској где је чак доведена у питање уставност одредбе закона која дефинише међубанкарске каматне стопе.⁵³ За наше хипотекарно тржиште посебно је интересантна манипулација у погледу преваре подизањем међубанкарских каматних стопа и штете коју су због тога претрпели дужници из хипотекарних кредита, те ће у следећем делу бити анализирани потенцијалне импликације на наше тржиште.⁵⁴

У Последице намештања Либора и Еурибора на српско хипотекарно тржиште

Референтне међубанкарске каматне стопе Либор и Еурибор значајно су заступљене на финансијском тржишту Републике Србије, нарочито код стамбених кредита који се готово не одобравају од стране банака без уговарања варијабилне каматне стопе.⁵⁵ Светска афера манипулације референтним стопама утицала је и на кориснике финансијских услуга

53 Бугарски Омбудсман након жалби и захтева већег броја грађана због повећања камата током 2012. године, ипак није покренуо поступак за проглашење неуставним одредбе Закона о потрошачким кредитима, која дефинише међубанкарску каматну стопу као индекс који се обрачунава по методологији одређеној од стране кредитора. Омбудсман је одлучио да се обрати Централној банци Бугарске са препоруком за покретање иницијативе за одговарајуће законске измене како би се у будућности онемогућило једнострано повећање каматне стопе од стране банака, без објективних критеријума. Пољско Удружење за заштиту потрошача покренуло је иницијативу за оцену правилности формирања домаће међубанкарске каматне стопе (WIBOR) пред Генералним директоратом ЕУ за здравље и заштиту потрошача (*Directorate General for Health and Consumers*), али је иницијатива одбачена, јер регулисање ове међубанкарске стопе није у надлежности ЕУ. Више о наведеном вид. ЕС, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts*, стр. 114–116.

54 Србија нема развијено секундарно хипотекарно тржиште, те се и не врши емитовање хартија од вредности које су обезбеђене хипотеком, иако позитивно законодавство дозвољава процес секјуритизације. Секјуритизација је формално допуштена Законом о тржишту капитала (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011), али поступак њеног спровођења није регулисан. Делатност Националне корпорације за осигурање стамбених кредита (НКОСК) обухвата и обављање секјуритизације, као и посредовање у истој. Вид. Закон о Националној корпорацији за осигурање стамбених кредита (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004, даље у тексту: ЗНКОСК), чл. 9 ст. 1 т. 2–3, али се из извештаја НКОСК утврђује да иста није спровела ниједан поступак секјуритизације. Финансијски извештаји НКОСК доступни су на адреси: <http://www.nkosk.rs/content/izvestaji-nezavisnih-revizora>, 10.6.2013.

55 На српском тржишту код кредита одобрених у валути евро, променљива каматна стопа представља збир банкарске марже (процента који је одређен у уговору) и Еурибора. Код кредита одобрених у валути швајцарског франка, варијабилна каматна стопа представља збир банкарске марже и Либора.

у Србији, посебно дужника из стамбених кредита.⁵⁶ Као пример ризика код променљиве камате можемо навести калкулацију за стамбени кредит у Србији, са роком отплате од 25 година, под најповољнијом банкарском маржом од 4,5% и тромесечним еурибором од 0,24%, што у моменту закључења уговора представља камату од 4,74%. Под овом каматом цена кредита од 50.000,00 евра износи укупно 85.431,00 евра и месечна рата је 284,77 евра. Уколико вредност еурибора скочи на 3% укупна цена кредита износи 110.850,00 евра, а месечна рата 369,5 евра.⁵⁷ На српском тржишту не постоји пракса уговарања каматног плафона, који поставља максималну вредност до које камата може досегнути.⁵⁸ Постављање граница до које може досегнути камата није пракса пословних банака у Србији, али је забрињавајуће да каматни плафон не предвиђа позитивно законодавство.⁵⁹ Закон о заштити корисника финансијских услуга ограничио је само један елемент варијабилне ка-

56 Посебан утицај у односу на друге врсте кредита са променљивом стопом постоји због дужине отплате и позајмице већег износа за наше услове.

57 Уколико Еурибор скочи на 5,38%, колико је била његова вредност током 2008. године укупна цена кредита скаче на чак 135.144,00 евра, што је готово 50 хиљада евра виша цена кредита од првобитно планиране. Наведена калкулација изведена је од стране потрошачке организације „Ефектива“, у чланку „Рате дугорочних кредита у еврима ће расти“ објављеном у дневном листу *Полиџика* дана 16.12.2013. године, чланак доступан на адреси: <http://www.politika.rs/rubrike/potrosac/Rate-dugorocnih-kredita-u-evrima-ce-rasti.lt.html>, 15.1.2014.

58 Оваква ситуација није производ неупућености банака које послују на нашем тржишту, обзиром да сваки уговор садржи одредбу о каматном минимуму, која штити интерес кредитора.

59 Посебно је занимљиво анализирати начин уговарања Либор клаузуле у моргич уговорима о кредиту у САД код којих је сходно америчком законодавству обавезно уговарање каматног плафона у већини федералних држава. Из уговора који је приложен уз тужбу у парници *Annie Bell Adams, et al. vs. Bank of America, et al.*, утврђује се да је првотужила са првотуженим уговорила кредит од 66.000,00 УСД, који ће отплаћивати месечно у наредних 30 година, те јој је почетна рата 654,86 УСД која се може мењати. (Вид. тужбу у наведеној парници, стр. 49–52). Рате доспевају првог у месецу, а прва промена каматне стопе могућа је након 2 године од дана закључења уговора. Након 2 године камата ће се усклађивати сваких 6 месеци и израчунаваће се збиром банкарске марже која је фиксна и износи 6,5%, са шестомесечном вредношћу Либора. Вредност шестомесечног Либора била је у моменту закључења уговора 5,025 тако да је каматна стопа (маржа 6,5% + Либор 5,025%) прве две године износила 11,525%. Уговор је предвидео каматни минимум, ограничење да уколико вредност Либора у будућем периоду падне испод 5,025%, камата се неће смањивати испод 11,525%, али ни да се након првог увећања не може увећати за више од 2%, без обзира ако вредност Либора оде на виши ниво. Предвиђен је и каматни плафон, клаузула да камата не сме никада прећи ниво од 17,525% без обзира на евентуални раст вредности Либора. Уколико би Либор скочио у неком периоду на 13%, укупан износ камате био би (13% Либор + 6,5% маржа) 19,5%, али клијент не би плаћао ову камату већ максимално уговорену од 17,525%.

матне стопе, банкарску маржу, обзиром да су банке до доношења овог закона једнострано повећавале маржу.⁶⁰ ЗЗКФУ декларативно одређује да уговорна обавеза мора бити одређена или одредива, али код уговора који садрже обавезу плаћања варијабилне камате, озбиљно се доводи у питање одредивост уговорне обавезе у моменту закључења уговора. Тачно је да закон обавезује банке да у предуговорној фази обавесте клијента о ефективној каматној стопи, као и да ефективна каматна стопа мора бити израчуната на дан закључења уговора.⁶¹ Међутим, сам ЗЗКФУ чланом 11 ст. 5 одређује да се ефективна каматна стопа заснива на претпоставци да ће номинална каматна стопа остати непромењена до краја уговора.⁶² То суштински значи да клијент који уђе у кредитни однос са обавезом плаћања променљиве номиналне каматне стопе у уговору, нема одређену ефективну каматну стопу која представља границу изнад које камата не може досегнути.⁶³ Растом међубанкарске каматне стопе попут Либора или Еурибора расте номинална каматна стопа, као и ефективна каматна стопа, те не постоји законско ограничење које би представљало каматни максимум у ефективној каматној стопи. Правилан обрачун максималне вредности променљиве камате у нашем правном и економском оквиру, математичком применом чисте индукције, (без икакве малициозности) можемо представити следећим формулама при чему ће укупна цена кредита бити одређена са Ц, главница кредита са Г, камата са К, банкарска маржа са М и међубанкарска референтна каматна стопа (Либор, Еурибор) са Р.

60 Закон о заштити корисника финансијских услуга (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011, даље у тексту: ЗЗКФУ) у примени је од 4.12.2011. године. До отпочињања примене ЗЗКФУ камату је суштински чинио збир две променљиве величине, марже коју банка мења по својој вољи без објективних критеријума и Либора и Еурибора који се мењају у складу са подацима на одговарајућим панелима банака. ЗЗКФУ је забранио једнострано повећање каматне марже. Више о једностраној промени каматне стопе у Србији код хипотекарних кредита вид. Татјана Јованић, „Правни ризик банака због квалификације поједних одредби уговора о стамбеним кредитима као неправичних“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2013, стр. 374.

61 Вид. ЗЗКФУ, чл. 17 ст. 4 тач. 8, чл. 19 ст. 1 тач. 7.

62 Вид. ЗЗКФУ, чл. 11 ст. 5. Номинална каматна стопа може бити променљива или фиксна. Вид. ЗЗКФУ, чл. 2 ст. 1 тач. 20 и чл. 26.

63 Упор. чл. 19 ст. 1 тач. 7 ЗЗКФУ који прописује да се код уговора о кредиту ефективна стопа и укупан износ који корисник треба да плати обрачунавају на дан закључења уговора и чл. 5. Одлуке НБС о условима и начину обрачуна ефективне каматне стопе и изгледу и садржини образаца који се уручују кориснику (*Службени гласник РС*, бр. 65/2011), који прописује да се за потребе обрачуна ефективне каматне стопе код кредита са променљивом каматом, узима вредност променљивих елемената на дан обрачуна. Предвиђање ефективне каматне стопе је, заправо, потпуно бескорисно за клијенте који су уговорили кредит са варијабилном стопом, јер банке због њеног предвиђања имају само обавезу да клијенту доставе нови план отплате кредита када се рате повећају услед скока Либора или Еурибора.

$$\begin{aligned}
 & \text{Ц}=\text{Г}+\text{К} \\
 & \text{К}=\text{М}+\text{Р} \\
 & \text{Р}=\{0, \dots, 0, 1, \dots, 0, 2, \dots, 1, \dots, 5, 5, \dots, 500, \dots, 1000, \dots, +\infty\} \\
 & \text{К}=\text{М}+\text{Р} \approx \text{М}+\{0, \dots, 0, 1, \dots, 0, 2, \dots, 1, \dots, 5, 5, \dots, 500, \dots, 1000, \dots, +\infty\} \\
 & \text{К} \approx +\infty \\
 & \text{Ц} = \text{Г} + \text{К} \approx \text{Г} + (+\infty) \approx +\infty
 \end{aligned}$$

Математички прецизно можемо закључити да у Србији каматна стопа, код углавака о променљивој каматној стопи, јесте веома неизвесна вредност која може да расте до бесконачне вредности ($+\infty$). Наше законодавство ни на који начин не ограничава проценат до кога може досећи променљива каматна стопа, што није случај са развијеним земљама у којима су прописани каматни максимуми. Ово представља посебну опасност код хипотекарних кредита, јер клијенти немају довољно јасну слику у какав се кредитни ризик упуштају приликом закључења уговора о зајму са варијабилном каматном стопом. Посебно изложена ризику према варијабилној каматној стопи јесте Република Србија, која преко своје Националне корпорације за осигурање стамбених кредита осигурава 75% нето губитка банке код хипотекарног стамбеног кредита.⁶⁴ Одређење осигуране суме у уговорима НКОСК са пословним банкама није прецизно.⁶⁵ Нето губитак банке је одређен исувише екстензивно, јер банке у обезбеђено потраживање сврставају и потраживања која не би смела спадати у ранг обезбеђених.⁶⁶

64 Самим тим не може се проценити на правилан начин потенцијални ризик НКОСК и РС код осигураних стамбених кредита. На овако (не)одређен начин осигуране суме, НКОСК заправо и не може знати колики је однос њеног капитала према потенцијалном ризику, јер банкарска пракса грубо нарушава начело специјалности. ЗНКОСК недовољно прецизно одређује однос изложености ризику корпорације у односу на свој капитал, јер прописује да Влада може одобрити и изложеност ризику који је већи од 16 пута у односу на капитал. Вид ЗНКОСК, чл. 9 ст. 2–4.

65 Модел уговора НКОСК са пословним банкама о регулисању међусобних обавеза у пословима осигурања потраживања по основу стамбених кредита предвиђа да осигурана сума представља 75% износа који чине неисплаћена главница по кредиту, доспела редовна камата, други документовани трошкови реализације наплате из продаје имовине и/или инструмената обезбеђења по доспелом кредиту које банка буде имала, осим трошкова адвоката. Вид. чл. 11 модел уговора, доступно на адреси: http://www.nkosk.rs/sites/bdefault/files/infopage_documents/UGOVOR_O_REGULISAЊU_MEЃUSOBNIХ_OBAВЕЗА_U_POSLOVIMA_OSIGURANJA_cyr.pdf, 1.6.2013.

66 Кршење начела специјалности у погледу обима обезбеђеног потраживања проузроковала је индиректна трансплантација „all money claims“ клаузуле, која је уобичајена код морганица у наше хипотекарно право, која подразумева да се стварноправним средством обезбеђења обезбеђују сва постојећа и будућа потраживања у односу између банке и клијента, без обзира на њихов правни основ. Више о кршењу начела специјалности у погледу обезбеђеног потраживања и „all money claims“ кла-

Како би се успоставила правна равнотежа у погледу већ извршених манипулација променљивим каматним стопама, које су проузроковале значајно повећање цена хипотекарних кредита у Србији, држава може размислити о доношењу посебног закона којим би се ретроактивно опорезовале пословне банке, како би се успоставила правда за учеснике на српском тржишту.⁶⁷

Зарад успостављања правне сигурности по грађане Србије, али и саме Републике Србије у будућности постоје две опције. Једна јесте законска забрана уговарања променљиве камате на нашем тржишту или забрана да укупан износ камате може прећи главницу позајмљеног износа.⁶⁸ Друга опција јесте обавезно уношење одредбе о каматном максимуму код кредита са променљивом каматом, како би корисници

зули вид. С. Стојилковић, *нав. чланак*, стр. 503–506; Christoph U. Schmid, *et al.*, *Real Property Law and Procedure in the European Union*, Florence, 2005, стр. 89–92. Математичком индукцијом потенцијални осигурани нето губитак банака можемо израчунати означавањем осигуране суме са O , док ће нето губитак банке код хипотекарног стамбеног кредита бити означен са H . $O = 75\% H$. Нето губитак банке услед непостојања каматног максимума код варијабилне стопе може теоретски достићи бесконачан износ, али може бити и раван нули уколико клијент уредно отплати кредит, што се може представити скупом $H = \{0 \text{ евра}, \dots, 1 \text{ евро}, \dots, 1.000 \text{ евра}, 1.000.000,00 \text{ евра}, \dots, +\infty \text{ евра}\}$. Како НКОСК осигурава 75% од вредности H , то следи да је $O \approx 75\%$ од потенцијалних вредности $\{0 \text{ евра}, \dots, 1 \text{ евро}, \dots, 1.000 \text{ евра}, 1.000.000,00 \text{ евра}, \dots, +\infty \text{ евра}\}$, што даје крајњу индукцију да максимално осигурана сума, заправо, јесте бесконачна вредност: $O \approx +\infty$ (евра).

67 Оправдање за овакво поступање постоји из два разлога. Први јесте да је део банака које послују на нашем тржишту преко својих централа био учесник панела на којима су се неправилно формирали Либор и Еурибор. Други јесте професионални ризик, јер су банке по својим предлозима уговарале са клијентима клаузуле о променљивим стопама, а неспорно је да су референтне стопе у дужем периоду биле намештане, па се ове стопе могу сматрати и опасним стварима. Појам опасне ствари јесте правни стандард који се по потреби може мењати, нарочито протеклом временом, те сматрам да се под овим појмом могу обухватити углавци о међубанкарским стопама, као бестелесне опасне ствари. Углавцима о променљивим стопама банке су створиле повећани ризик на светском нивоу, а имале су изразите користи од ових клаузула, те требају сносити одговорност. Где је корист, ту треба бити и одговорност код објективне одговорности, вид. Михаило Константиновић, *Облијационо право – према белешкама са предавања*, Савез студената Правног факултета у Београду, 1959, стр. 108–109.

68 Законским проглашењем ништавности клаузула о променљивим стопама у свим уговорима у Србији са ретроактивним дејством, могла би се успоставити фиксна камата код уговора са већ предвиђеним променљивим стопама, која би се обрачунала збиром банкарске марже која је била одређена на дан закључења уговора и вредношћу уговорене референтне стопе на дан закљученог уговора. У овој ситуацији банке би само прерачунале већ исплаћене камате и смањиле задужење клијената, обзиром да би у преко 90% случајева клијенти прерачуном променљиве у фиксну камату били у претплати својих обавеза.

финансијских услуга, посебно дужег трајања попут стамбених кредита имали у виду прави ризик приликом закључења уговора о кредиту.⁶⁹

Srđan STOJILKOVIĆ, M.A.
Assistant Judge, Commercial Court, Požarevac

FIXING INTERBANK REFERENCE INTEREST RATES LIBOR AND EURIBOR ON THE GLOBAL FINANCIAL MARKET AND POTENTIAL EFFECTS ON THE SERBIAN MORTGAGE MARKET

Summary

Supervisory bodies of ten countries in the past two years revealed world affair of fixing interbank interest rates which resulted in high fines imposed on global banking giants. Interbank interest rates affect the price of loans and financial derivatives around the world whose amount is estimated at several hundred billion dollars. Affair of unlawful fixing Libor and Euribor initiated numerous lawsuits of damaged clients against banks, who contracted with banks obligation to pay interest linked to the reference interest rate which was wrongfully set. The aim of this paper is to analyze the possibilities of whether and how clients by mortgage loans in Serbia may establish a legal balance and reduce the amount of interest which was calculated on the basis of improper formation of Libor and Euribor.

Key words: *Libor, Euribor, mortgage backed securities, interest rate swaps.*

69 Уколико би клијент прочитао одредбу да камата по његовом кредиту може достићи и бесконачну вредност исти би тек тада био правилно упозорен на каматни ризик (који је готово једнак ризику од губитка новца у коцкарници) који носи кредит. Да је законодавство имало овакву регулацију паралелно са увођењем варијабилних стопа, вероватно би и број клијента који се већ упустио у овако ризичне уговоре био знатно мањи.

мр *Дамјан* ДАНИЛОВИЋ
виши асистент Економског факултета Универзитета у Источном
Сарајеву

СВЈЕТСКА ФИНАНСИЈСКА КРИЗА

– ЛОШЕ НАУЧЕНА ЛЕКЦИЈА КОРПОРАТИВНОГ
УПРАВЉАЊА? ЛОШЕ ОДИГРАНА УЛОГА ДРЖАВЕ?
ЧИЊЕНИЦА ДА БАНКЕ УВИЈЕК МОГУ ПОСЛУЖИТИ
КАО ОКИДАЧ КРИЗЕ? –

Резиме

Свјетска финансијска криза је продукована кроз банкарски сектор. Рад ће да скрене пажњу на чињеницу да у овом случају постоје одређени пројекти држава, прије свега САД, који су требали бити предузети како би се предуредило настанување кризе. Положај банкарског сектора је ипак да ће се увијек кроз њега моћи продуковати криза, као посљедица одређених законитости финансијских тржишта и „економског инжињеринга“.

Кључне речи: *управљање, финансијска тржишта, асиметричност информација, регулатори, тулиоманија.*

I Увод

Без схватања бити тржишта, поготово финансијског, пријетиће невоље цијелом Свијету. И задња економска криза је захватила десетине држава и показала различите негативне посљедице. Она је продукована

кроз банкарски сектор, па је прешла у остале сегменте финансијског и реалног сектора. Ако се већ криза десила, онда нам је и дужност да извучемо поуке, у овом раду идући у његовим оквирима. Прије избијања финансијске кризе из 2007. главна пажња научника у разматрању корпоративног управљања се сводила на максимизацију добити и заштиту интереса акционара и компаније, а након кризе је јасно сљедеће: корпоративно управљање мора бити конципирано да истовремено штити интересе заинтересованих страна; криза је манифестовала лош систем банкарског управљања почев од поштовања рачуноводствених стандарда, интерне и екстерне ревизије, рада управе, активизма акционара и транспарентности.¹ Сматра се да је дјелимично сваки од наведених фактора допринио настанку кризе, али се у овом раду указује на другачију тачку одговорности у изазивању свјетске финансијске кризе – пропуст регулатора, тј. држава.

Улога и пословање банака имају низ специфичности у односу на реални сектор. Депозитни, кредитни и послови платног промета су окосница банкарског пословања, док у новије вријеме банке врше и разне врсте консултантских и агенцијских услуга. У односу на цјелину новца којима банке располажу, до 90% јесте туђи новац, тако да је основна производна функција банке обезбјеђење ликвидности у сталним приходима и расходима новца.² Пословање банака, као и осталих привредних субјеката јесте изложено ризицима, са тим што и на овом пољу постоје особени ризици. Не улазећи детаљније у структуру свих ризика, кредитни ризици су најизраженији и карактеристични по томе што излагање овим ризицима непосредно контролишу банке, а регулатори посредно кроз систем контроле.

Финансијски систем, гдје су банке један од најажнијих актера, дјелује као систем спојених посуда. Убрзана интеграција свјетског финансијског тржишта се запажа још од 1980. године.³ Систем спојених посуда се манифестује на начин да недостатак ликвидности на већим тржиштима узрокује недостатак ликвидности на осталим финансијским тржиштима широм свијета. Разлог је финансијска повезаност финансијских посредника, који имају велики број статусних и облигационих односа субјекта финансијског и реалног сектора. Прикупљени новац банка мора даље да пласира како не би производила губитке. Дакле, ако банка посједује 90%

1 Deltev Hummel, *The Corporate Governance in Banks-Lessons Learned from the Financial Crisis*, Potsdam, 2013, доступно на адреси: http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2013/6877/pdf/EFC_Hummel_177_191.pdf, 1.4.2014, стр. 179–181.

2 Jonathan Macey, Maureen O'Hara, „The Corporate Governance of Banks“, *FRBNY Economic Policy Review*, Vol. 9/2003, стр. 97.

3 Dante Mendes Aldrighi, „Corporate Governance in Germany: An assessment of the Convergence Hypothesis“, *Est. econ.*, Vol. 30/2000, стр. 52.

туђег новца, па 45% од целокупне суме буде дистрибуисано у хипотекарне кредите, а активирањем хипотеке буде остварена наплата у пола мање вриједности од износа кредита, значи да банка не може да врати 22,5% повјериоцима, а њена актива износи 10% посједованог капитала. Остатак мора намирити држава.

Још једна чињеница је битна. Финансијски систем функционише на принципу повјерења улагача. Ако депоненти не би вјеровали да ће им новац бити враћен, то не би ни депоновали средства у банкама. Зато државе морају да штите депоненте, гдје се ствара могућност преваљивања одговорности за промашене пласмане новца на државу. Ако се узме у обзир чињеница да су банке основни финансијери привреда Европе, јасно је какве негативне посљедице може произвести неповјерење у финансијски сектор – слом привреда.

Различито се посматра однос између финансијске кризе и корпоративног управљања. Нека сматрају да је тешко успоставити везу између корпоративног управљања и кризе због различитих активности влада које маскирају или повећавају проблеме банкама, али и због низа других фактора који су утицали на њен настанак.⁴ Неки сматрају да грешке унутрашњег управљања представљају искључиву тачку одговорности. Одређена истраживања над банкарским холдинзима САД су допринијела стварању квалитетнијих метода процјене ризика и указују да су лоша процјена ризика и недостатак комуникације између тијела за праћење ризика и менаџмент борда постојали у холдинзима који су продуковали финансијску кризу.⁵ Не оспоравајући квалитет овог истраживања, у овом раду се скреће пажња на чињеницу да систем процјене ризика јесте окидач кризе, али да су други фактори, ван њега, повукли ороз. Неки радови познатих ауторитета из области корпоративног управљања виде узроке кризе у претјераној висини накнада извршних директора, док друга истраживања указују да нема емпиријских доказа за овакве чињенице.⁶ Углавном се у литератури сматра да су накнаде биле високе, али и у овом случају оне нису проузроковале кризу, већ су је погоршале. Пропаганда усмјерава фокус кризе на погрешну страну, а ишла је чак дотле да у јавности предсједник САД висину на-

4 Marco Becht, Patrick Bolton, Ailsa Röell, „Why bank governance is different“, *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 27/2012, стр. 438.

5 Andrew Ellul, Vijay Yerramilli, *Stronger Risk Controls: Lower Risk, Evidence from US Banks Holdings Companies*, 2011, доступно на адреси: http://www.lse.ac.uk/fmg/events/capitalMarket/pdf/CMW29A_Ellul.pdf, 12.2.2014, стр. 33.

6 Frederick Tung, Xue Wang, „Bank CEOs, Inside Debt Compensation, and the Global Financial Crisis“, *Boston Univ. School of Law Working Paper No. 11-49*, 2012, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1570161, 13.2.2014, стр. 1.

кнада руководиоцима финансијских институција назива „срамотном“.⁷ Па наравно, боље је скретати пажњу са стварних проблема, прогласити висину накнада срамотном и узроком којечега (мада јесте била преви-сока, узимајући у обзир чињеницу да су накнаде остале исте, а банке инсолвентне), него признати погрешан пут америчког тржишног либе-рализма.

Овај рад скреће пажњу на чињеницу да карактеристике тржишта и самих банака чине банкарско управљање несавршеним. Несавршене моменте треба да контролишу регулатори, јер постојање тржишних регулатора има једино оправдање у отклањању неповољних тржишних ситуација. Неће се у раду доказивати политичке тенденције и активности које су проузроковале кризу, али из наведених чињеница ће се јасно моћи закључити намјера проузроковања финансијске кризе, гдје се рачунало на иманентне слабости корпоративног управљања финансијских институција, поготово банака.

II Начин изазивања свјетске финансијске кризе 2007.

Све је кренуло од редовне дјелатности банака САД у виду давања кредита обезбијеђених хипотеком. У тренутку када су цијене некретнина достигле свој максимум, власници су узимали максималне износе хипотекарних кредита. Али када је цијена некретнина опала, а власници некретнина престали да враћају кредите, банке су плијениле некретнине чијом продајом нису могле да надокнаде проузроковане губитке. Дакле, уочили су пад вриједности некретнина на тржишту. Да би спријечили финансијске губитке, менаџери се одлучују на сљедећи корак: формирање пулова „лоших кредита“ и продаја истих другим банкама. Када су све банке осјетиле велике финансијске губитке вршене су масовне емисије обвезница. Финансијска средства су прикупљена, али ипак не у довољном износу да потпуно спасу лошу финансијску позицију. Почетак краја тек слиједи, јер банке нису биле у могућности да благовремено извршавају обавезе својим повјериоцима. Недостатак новца се појављује на тржишту и изазива низ негативних посљедица у свим сегментима привреда. Готово да постоји једногласност науке у томе да се недостатак капитала на тржишту САД даље само пренио на Европу и изазвао кризе у многим државама.

Нећемо се у раду освртати на грешке унутрашњег управљања, које су само погоршале новонасталу ситуацију. Иако је било финансијских скандала и у развијеним европским земљама, можемо генерално рећи

7 Roberta Romano, „Reforming Eexecutive Compensation: Focusing and Committing to the Long-term“, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 26/2009, стр. 360.

да је постојећи систем корпоративног управљања релативно добро функционисао, јер су развијене државе и даље биљежиле добре економске резултате. Систем управљања је функционисао на тржишту капитала које је биљежила висока ликвидност.⁸ Самим тим је била мања могућност финансијских промашаја од стране управе и шире могућности финансирања компанија. Тачније, лакше је било постићи успјех, него када би у истим околностима била мања ликвидност, па је било лакше компензовати евентуалне губитке наредним успјешним корацама. Наглим падом ликвидности на свјетском тржишту постојећи систем није могао да функционише по дотадашњим правилима. Промјене система управљања из домена контроле ризика су морале да се десе. Из овога се отвара једно од круцијалних питања, а то је тренутак када су промјене у дотадашњем систему морале да се десе, тј. да ли су промјене могле да наступе прије избијања кризе, или је избијање кризе једино могло да укаже на неопходност промјена? Да ли је било економских показатеља на свјетском тржишту, сходно којима су државе требале реаговати? Показује се да је на развијеним финансијским тржиштима (САД и Велика Британија) од 1980. године стално биљежен пад у инвестирању великих пројеката и то у значајним процентима.⁹ Значи да су економски аналитичари могли уочити недостатак финансијских средстава као глобалну економску појаву. Са друге стране имамо супротну појаву „надувавања балона“ на финансијским тржиштима, гдје се мора имати свијест о њеним лажним ефектима. Суштина појаве је да на тржиштима цијене одређених производа могу биљежити раст. То даље проузрокује психолошки моменат гдје се појављује све већи број инвеститора у такве робе очекујући добит порастом цијена у наредном периоду, што додатно доводи до нереално високих цијена таквих роба на тржишту. Један од таквих случајева се данас спомиње као наук економистима, иако тако чит примјер није дао довољну поуку. То је холандски случај „тулипоманије“ у седамнаестом вијеку. По истом систему, на тржишту је нагло расла цијена цвијетних луковица лала (тулипана). Грађани су продавали куће и своја газдинства како би купили што више луковица и профитирали у кратком периоду, тако да су одређене сорте једне луковице коштале као осредња кућа, или као 23 тоне сира.¹⁰ Међутим раст цијена се мора зауставити у једном тренутку, а то је када не буде заинтересованих улагача, а тада се дешава велико „бум“! – цијене вртоглаво

8 Simon Deakin, „Corporate Governance and Financial Crisis in the Long Run“, *Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper*, No. 417, 2010, доступно на адреси: <http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP417.pdf>, 20.1.2014, стр. 7.

9 S. Deakin, *нав. чланак*, стр. 8.

10 Дејан Ерић, *Финансијска тржишта и инструменти*, 2. издање, Београд, 2003, стр. 380–382.

падају и дешава се цијели колапс изазван масовном инсолвентношћу улагача у такве врсте роба, чија цијена долази на нормалан ниво, чак по неколико стотина пута мањи.

Поставља се питање какве везе име тулипоманија са финансијском кризом? Има, зато што је ова појава одавно позната чак и свим студентима друге и треће године економских факултета широм свијета, утолико више великим економским експертима који прате глобална економска кретања, а управо по истом принципу је ишао слијед догађаја у финансијској кризи, само што је у овом случају ријеч о вриједности непокретности. Не мора се бити велики економски стручњак, чак немати ни нарочита економска знања, већ имати просту логику која каже: није могуће да се абнормално повећава цијена непокретности, а да је истовремено присутно значајно смањење ликвидности на тржишту капитала. Зашто непокретности? Зато што је надувани балон вриједности некретнина послужио као основно осигурање од кредитног ризика. Не може неликвидност бити опште присутна, а да се цијене одређених роба мултипликују.

Усљед наглог раста цијена непокретности, то је нагло расла кредитна способност физичких и правних лица. Они су подизали хипотекарне кредите у максималним износима процјењене вриједности некретнина на тржишту. Када се осјетио пад вриједности некретнина на тржишту, осјетили су се непосредни почеси кризе. Немогућност, или нехтијење кредитних дужника да враћају кредите доводи до продаје заложене непокретности на тржишту, али шта се дешава-пад вриједности некретнина доводи до тога да банке не могу из продајне цијене намирити губитке. Пад ликвидности узрокује смањење радних мјеста што увећава, посредно и мањак извора финансирања, па је све више пропалих кредита и све више губитака.

Прије него се пређе на даље поступке, треба се осврнути на још једну чињеницу. Раст цијена непокретности је био још један показатељ приближавања кризе. Дакле, инвеститори су више инвестирали у некретнине, него у бизнис, што само показује пораст ризика бизнис инвестиција. Цијена некретнина може бити смањена, али ће ипак задржати одређену вриједност, док улагања у бизнис могу узроковати потпуне промашаје, чак и дуговања.

Долази се до кључног догађаја, на основу кога ће се дефинитивно закључити о кључној тачки одговорности за наступање свјетске финансијске кризе. Са циљем ублажавања финансијских губитака, руководством банке намјеравају ублажити финансијске губитке. Свјесни чињенице да ће вриједност непокретности опадати, да ће то проузроковати веће губитке, они емитују обвезнице. Продајом долазе дјелимично

до свјежег капитала, али немајући средстава да благовремено измирују обавезе према повјериоцима, па су и грађани доживјели финансијске губитке.

Анализирајући понашање управе, може се закључити сљедеће: оно није било у складу са принципима корпоративног управљања, јер се милијардерски губици нису могли надомјестити на овај начин, а камо ли у таквој ситуацији редовно сервисирати отплате имаоцима обвезница. Природа компаније условљава то да уколико се опет деси исти сљед догађаја, то ће управа учинити исте кораке. Ово је највећи проблем корпоративног управљања, до данас, а вјероватно и у будуће неријешен, на који се мора унапријед рачунати, како се реални амбијент пословања не би довео у такав положај, у коме се неминовно повлачи окидач на наведени начин.

III Природа банке – осуђена да може бити окидач финансијске кризе

Зашто очекивати поново исте поступке управе, зашто је ово један од круцијалних проблема управљања? Природа капитала и преко ње формирана природа компаније условљавају овакво стање ствари. Банка мора бити организована као корпорација, само на тај начин може акумулирати довољно капитала који ће бити и мобилан. Сакупљање огромног капитала узрокује неопходност његовог пласмана кроз кредите и друге хартије од вриједности. Кредитни ризици и могућност смањења вриједности хартија од вриједности (даље: ХОВ) увијек могу изазвати неликвидност банака, која се даље прељева у остале сегменте привреде и изазива привредну кризу.

Компаније представљају елементарне творевине данашње привреде. Иако оне обављају посредно и непосредно различите друге позитивне ефекте за привреде, рачио индивидуалног акционара јесте оплодња капитала. Банкарско пословање захтијева велика финансијска средства на самом старту пословања. То једино могу да остваре друштва капитала. Мобилност капитала као услов ефикасне оплодње се најбоље остварује у друштвима капитала.

Ако је банка „осуђена“ да буде организациони облик корпорације, онда нам остаје друга страна медаље. Велики број акционара доноси велики капитал, али условљава раздвајање власничке и управљачке функције. Скупштина акционара је врло често гломазан и нестручан орган, а то не одговара тржишним условима привређивања, из разлога што је скупштина орган у којем постоје најразличитији интереси, чија би дивергентност тешко доводила до постизања консензуса, док са дру-

ге стране различите промјене на тржишту захтијевају брзу и стручну реакцију у погледу доношења пословних одлука.¹¹ Њихова „нестручност“ је евидентнија у банкама. Акционари задржавају најважније одлуке за себе, а пословођење и заступање обављају органи управе. Природа банака условљава специфичан положај управе и акционара. Не може се од акционара банке очекивати вршење квалитетног мониторинга над радом управе. Банка као финансијски посредник сакупља огромна финансијска средства, потом врши њихов пласман на тржишту, јер на прикупљена средства банка плаћа камате, а њихово „стајање“ код банке узрокује губитке кроз инфлацију. Сложене операције пласмана финансијских средстава предузима управа банке, а њихово разумијевање захтијева посебна финансијска знања. За менаџерски тим банака се често истиче повећана склоност ка преузимању ризика. Лакшем преузимању ризика погодују различите чињенице од којих су двије најважније: превелики да би пропали и систем „неодговорности“ за финансијске промашаје.

Због значаја банака за привреде, потраживања повјерилаца до одређених износа гарантује држава, а банке (тј. управа) због сопственог значаја увијек рачунају на финансијску помоћ државе у случају кризе.¹² Са друге стране преузимању високих ризика погодује ограничење одговорности. Ако би управа сружије одговарала за обавезе друштва у односу на тренутно постављене принципе, то би корпорације престале да постоје. Који члан управе, или друштва би хтио преузимати неограничену солидарну одговорност за сваки финансијски губитак из пословне одлуке за коју је гласао? Још би тежа била ситуација солидарне одговорности из одлуке за коју није гласао, или је чак био против. Чланови управе ће имовински одговати за финансијске промашаје само ако су одлуку донијели уз кршење закона или интерних аката, у супротном не постоји њихова имовинска одговорност. На тржишту цијене варирају, па је нормална појава и финансијског успјеха и финансијског промашаја, па се у тој зависности може остварити најчешће само статусна одговорност чланова управе, коју у дводомним системима не врше акционари, већ надзорни одбор.

Алтруизам, заштита других лица, општа корист су врло ријетка појава у виду мотива обављања бизниса, или инвестирања у њега. Тако исто и управа у кризним моментима прво размишља о начину спашавања банке, а не о заштити државе и грађана. Иако је, очито, намјера управе банака кроз емитовање обвезница била пребацивање губитака на инве-

11 Donald Johnston, *OECD Principles of Corporate Governance*, OECD, 2004, стр. 32.

12 Chen Zhou, „Are Banks Too Big to Fail? Measuring Systemic Importance of Financial Institutions“, *International Journal of Central Banking*, Vol. 6/2010, стр. 205.

ститоре, то се није могло сматрати преварном радњом. Тачније, поступак се сматра моралним хазардом. Морални хазард је свака радња којом се повјериоцима сужава могућност наплате сопствених потраживања. Код банака је ово врло изражен проблем из разлога што је управа банке свјесна да се банкарски систем због нормалних токова привреде мора одржавати ликвидним, односно да држава мора санирати евентуалне губитке, првенствено кроз систем осигурања депозита.¹³ Банка послује на финансијском тржишту, гдје је редовна активност улагање у хартије од вриједности што некада узрокује добит, некада губитке. Непредвидљивост и промјењивост финансијских тржишта су једне од упечатљивих карактеристика, а управо оне у одређеним околностима деградирају примјену права, што је случај у овом примјеру. Када банка емитује ХОВ у нормалним околностима не дешава се ништа спектакуларно. Оне се пуштају у промет, њихова цијена је подложна промјенама као и ХОВ других емитената. Иако се логично могло закључити да ће ликвидност банака опадати, односно да се без помоћи државе не могу санирати астрономски губици, а тиме ни намирити имаоци емитованих обвезница, управа је сасвим легитимно имала право да емитује обвезнице, иако су били свјесни да ће имаоце обвезница увућу у проблем ненаплативости. Прво што нема чврстих гаранција да опадања цијена неће бити, друго што је опадање тржишних цијена као и њихов раст, нормална тржишна појава. Логично је да ће управа у кризи спашавати компанију која је „храни“. Поред овог важног психолошког момента треба узети у обзир и следеће-карактеристике тржишта им погодују остварењу те намјере, а да се истовремено скриву од преварних радњи. Морални хазард се огледао у томе што се услед трајне неликвидности знало да се потраживања из обвезница не могу намиривати. Бројне финансијске субвенције држава након кризе су потврдиле морално хазардерство. Без субвенција повјериоци не би били намирени, нити банке спашене. Али и овдје се види пропуст регулатора, који могу обуставити емисију, или продају ХОВ које могу изазвати тржишне поремећаје, а то није учињено. Регулатори се широм свијета сматрају парадигмом контроле банака и баријере моралном хазардерству.¹⁴ Морално хазардерство се ипак десило. Регулатори су се тек накнадно пробудили.

Одавно је уочено да у банкарству постоји већа нетранспарентност, односно асиметричност информација у односу на компаније реалног сектора. Природа пословања банака узрокује могућност веома брзог преузимања великих ризика, са врло лако могућношћу маскирања ис-

13 Lucian A. Bebchuk, Holger Spamann, „Regulating Bankers Pay“, *Georgetown Law Journal*, Vol. 98, 2010, стр. 8 и 9.

14 L. A. Babchuk, H. Spamann, *нав. чланак*, стр. 32.

тих, због сложености пословних операција и сложености имовине.¹⁵ Испреплетаност узајамних трансакција са другим субјектима, посједовање различитих хартија од вриједности различитих емитената су препреке прозирности и контроли ризика. Ризици који погађају како кредитне дужнике, тако и емитенте чије се ХОВ посједују утичу на коначан збир у прорачуну ризика банке, која има на хиљаде оваквих односа. То је немогуће до краја пратити. Тачније, готово је могуће, али тај посао контролишу регулатори.

Принципи за повећање транспарентности имају јако велики значај за успостављање система корпоративног управљања. Базелски форум упућује на примјену стандарда Међународног савеза рачуновођа, Америчког рачуноводственог одбора, као и многих других институција широм свијета. Они се примјењују у неколико области:¹⁶ 1) у систему за вредновање ванбилансних ризика, без којих инвеститори не могу имати довољно потребних квалитетних информација о субјекту улагања; 2) систему процјене вриједности хартија од вриједности, такође значајног аспекта за инвестиционе прорачуне; 3) систему објелодањивања информација о хипотекарним хартијама од вриједности.

Иако постоји пренормираност у смислу обавеза поштовања одређених стандарда за процјену ризика унутар банака, треба се опет осврнути на чињеницу да развој рачуноводствених стандарда представља материју која се брзо мијења и развија и којој су иманентне прорачунске несавршености о чему постоје различити ставови научника. Стандарди унапрјеђују систем корпоративног управљања, али њихове несавршености су истовремено пријетња систему доброг корпоративног управљања у банкарском систему. Не мора се дубље улазити у поље науке рачуноводства и ревизије да би се исто доказало. Довољно је погледати примјере из праксе „*Enron, World Com*“ и других, који су имали у милионима долара мјерен негативан нето капитал, а „поштујући“ рачуноводствене стандарде у објелодањивању финансијских извјештаја су биљежили позитиван „раст“ нето капитала. Нажалост, у оваквим случајевима примјена правне норме се примјењује у зависности од економских (рачуноводствених) стандарда, који замагљују дејство норме, или онемогућавају њену примјену. Нпр., ситуација у којој је руководство компаније свијесно мана одређених рачуноводствених стандарда, па то користи како би у већем износу изразило вриједност акција компаније у финансијским извјештајима, како би привукли инвеститоре, или боље речено заварали. Како доказати лошу намјеру управе, утврдити њихову кривичну одговорност због лажног приказивања стварног финансијског

15 M. Becht, P. Bolton, A. Röell, *нав. чланак*, стр. 445.

16 Financial Stability Forum, *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*, 7.4.2008, стр. 9–11.

стања, ако су они сасвим испоштовали важеће рачуноводствене стандарде? Нажалост, али право је немоћно ако критеријум доказивања одређене чињенице лежи у чињеници коју детерминише несавршеност друге науке. И регулатори и наука су познавали чињенице непрозирности банака, чињенице да се сви ризици из банкарског пословања утврђују рачуноводственим стандардима, чињенице о надувавању балона и посљедицама могућег пада ликвидности на свјетском тржишту са свим лошим посљедицама које носи, али то није било довољно да се спрјече лоше посљедице у виду финансијских промашаја, који су изазвали финансијску кризу.

Неликвидност повећава посредно или непосредно све банкарске ризике, али се није учинило ништа да се исти ограниче. Ако се зна шта је слаба тачка у корпоративном управљању, онда држава путем регулатора мора да води повећану бригу, како би се избјеге негативне посљедице. Различитим економским инжењерингом се цијена било које робе на тржишту може вјештачки смањивати или повећавати. Остају отворена врата злоупотребама, јер се на овај начин може вјештачки постићи раст, или пад било ког стварног средства обезбјеђења кредита, или посједоване ХОВ и изазвати финансијска криза. Управо се то десило. Надуван је балон цијена некретнина на тржишту САД од 1999. године, а пуцање балона је узроковало нагли пад цијена истих, настали су велики кредитни ризици, долази до неликвидности банака на тржишту САД, која по закону спојених посуда изазива пад ликвидности на свјетском тржишту.¹⁷ Банке све више обезбјеђују кредите системом осигурања. Али и кроз ове системе може бити изазвана криза. Теоретски, ако би сваки кредит био осигуран од ризика немогућности враћања, а деси се велика неликвидност на тржишту, па се велики број кредита не може враћати, опет ће неликвидност захватити или банке, или осигураваче, или и једне и друге, па прелити у реални сектор. Питање је само кога ће најприје захватити – финансијске посреднике, или државу у случају да сама осигурава ризике. Дакле, криза се опет може превалити на државу, која би морала спашавати финансијски систем путем субвенција и кроз осигурање депозита.

IV Улога регулатора – централног банкарства

Остаје још да се погледа улога централног банкарства у свему томе. Систем централног банкарства у улози супервизора са строгим за-

17 Срђан Кондић, „Перспективе и ограничења актуелне регулаторне реформе банкарског система Европске Уније“, у: Драган Микеревић (уредник), *Значај рачуноводства, ревизије и финансија у процесу њевладавања економске кризе*, Бања Лука, 2012, стр. 432 и 433.

конском регулативом није постојао у свим земљама у данашњем облику. Унутар једног броја земаља систем надзора над банкама није био строго формализован, или регулатори нису имали данашњи опсег овлаштења, али што не значи да надзора није било, као и одређених принципа по којима се он обављао. Енглеска регулатива на овом пољу је била заснована аналогно принципу уставности – не постоји закон, већ се примјењују принципи праксе политичких институција. Иако се од осамдесетих на овамо систем формализује и успостављају тијела за непосредни надзор банака, дешавања у банкарском сектору су условила наредне промјене. Преваре у банкарском сектору које су завршавале кривичним тужбама и пресудама, као и стечајни поступци најугледнијих банака условили су стављање супервизије банака у руке Енглеске банке, тако да је и ова област формализована.¹⁸

Особен је био и њемачки систем. Иако је након другог свјетског рата банкарски систем Њемачке карактерисао потпуни либерализам, крајем седамдесетих година двадесетог вијека долазе приједлози за успостављање система осигурања депозита, ради спрјечавање евентуалних негативних посљедица по стабилност банкарског сектора, тако да је већ 1969. године Савезна банка Њемачке почела да осигурава појединачне улоге до десет хиљада марака по особи, али је након банкарских превара систем морао бити измијењен у смјеру да се Савезном заводу за надзор кредитних ризика дају овлаштења за контролу кредитних ризика банака.¹⁹

Узимајући у обзир случајеве Енглеске и Њемачке који су били особени по извјесној дози либерализма и мањим ограничењима регулатора, може се закључити више чињеница. Оба система су морала у том погледу превазићи постојеће стање и прећи на већи степен контроле финансијских посредника. Регулатори су морали бити централизовани, са правилима која важе за све кредитне институције. И дефинитивно, без обзира на културу народа и владавину права у држави, лош правни оквир оставља простора за злоупотребе. У оба случаја су се преваре десиле и изазвале негативне посљедице по повјериоце и државе, али и позитивне законске промјене. Данас је статус регулатора неоспоран – државна регулаторна тијела врше ограничавање и надзор над ризицима банкарског пословања.²⁰ Морала су државна тијела предвидјети пуцање балона, како би регулатори на вријеме ограничили ризике, али се то није десило. Ако неки тврде да је лош систем

18 Andreas Busch „National Filters: Europeanisation, Institutions, and Discourse in the Case of Banking Regulation“, *West European Politics*, Vol. 27/2004, стр. 9–11.

19 A. Busch, *нав. чланак*, стр. 12.

20 F. Tung, X. Wang, *нав. чланак*, стр. 2.

унутрашње контроле ризика узрок кризе, шта су онда радили регулатори? Да ли су пропустили да врше надзор? Постоје научни ставови да сложеност финансијских институција у комбинацији са асиметричношћу информација у финансијском сектору доводи до тога да регулатори не могу вршити контролу ризика финансијских институција.²¹ Сматра се да ово питање не може бити сведено на терен политичке одговорности и несавршености постојећег система. Фактичке чињенице демантују „везаност руку регулатора“, јер су исти након кризе построжили правила излагања ризику и претрпјели извјесне реформе, систем сада боље функционише, што свједочи одређене пропусте на њиховој страни. Па и да не могу вршити процјену излагања ризику, могли су кредитни ризик више ограничити.

Можда је било пропуста и на страни регулатора, али то није главни узрок кризе. Ако регулатори као једну од основних дјелатности врше ограничавање и контролу ризика, како су они могли предвидјети оваква кретања без релевантних информација државних тијела. Кључ проблема у САД је био у томе што су државне институције за осигурање кредита давале осигурање за све и свашта и покриле огромне ризике, а кад су ризици наступили, тада није било могуће покрити милијардерске губитке, док су рејтинг агенције давале високе позиције ускоро пропалим банкама. Не пребацујући лопту ни на једну, ни на другу страну закључује се да се ради о државним тијелима. За стабилност и одрживост финансијских институција је најодговорнија држава. Дobar рад државних тијела која прате тржишна кретања и достављају благовремене информације регулаторима, који ће ефикасно обављати своје улоге јесте кључ успјеха. У супротном ће намјерни и ненамјерни поремећаји тржишта изазивати валове смрти широм свијета. Чињеница је да у Европи постоје случајеви лошег управљања, али није оно изазвало кризу. Криза ликвидности је прешла из Америке у Европу, а регулатори нису на вријеме ограничили ризике, за шта су надлежна државна тијела требала дати сигнал, те су допустили рад по дотадашњем систему управљања, чије су грешке дјелимично продубиле кризу.

Очекивана активнија улога регулатора се подразумијевала из још једног разлога. Одавно је у погледу банкарског корпоративног управљања уочена чињеница постојања веће улоге регулатора и веће непрозирности у смислу тежег контролисања управе и веће асиметричности информација, као посљедице пословања на тржишту капитала.²² Финансијске инвестиционе операције не само да су сложене за разумијевање, него су веома бројне. Ако финансијска институција

21 Martin Wolf, „Why and how should we regulate pay in the financial sector“, in: Richard Layard (editor), *The Future of Finance*, London, 2010, стр. 237.

22 Deltev Hummel, *нав. дело*, стр. 182.

посједује хартије од вриједности многобројних финансијских институција, ризици ликвидности сваке од њих утиче на прорачун ризика ликвидности компаније улагача. Тешко да то могу разумјети просјечни акционари. Повећану улогу регулатора се очекивала због непрозирности, како би регулатори надомјестили овај недостатак сталном контролом пословања и ризика. Друго и најважније, због значајних интеракција доброг рада банака за економије, са једне стране, са друге стране због крупних неповољних ефеката на привреду које продукује лоше управљање финансијским институцијама, утолико више финансијске преваре. Сматра се да је у крајњем за финансијску кризу одговорна држава, било да се пропусти стављају на терет финансијских регулатора, или да се указује на слабост идеологије тржишне економије.²³ У оба сегмента држава има главну улогу.

V Закључак

Одговарајући на наслов пођимо од сљедећег: „*Inter arma silent musae.*“ Музе су знале довољно чињеница да закључе шта се дешава али се њихов глас није могао далеко чути, јер су слабије од политике. Дакле, лекција из корпоративног управљања банкарским сектором је давно савладана, како у погледу система управљања, тако у погледу посљедица мањка ликвидности и пуцања балона. Државе које нису ушле у кризу су добро одиграле улогу, као што је Њемачка. Постоје релевантне анализе које показују да су њемачки регулатори обезбиједили најмање излагање ризику на финансијским тржиштима, у односу на најразвијеније државе свијета. Да није било таквих ограничења Њемачка би у том периоду биљежила још већи раст, али би у финансијској кризи биљежила вртоглав пад.

Америка, покретач окидача, на смрт избоден лав у ратовима са исламским земљама, једва стојећи, искористи оно мало чврстог тла што му се нађе под ногама. Не могу европске државе засебно штампати новац, па покрити буџетске дефиците, али то може Америка. Девалвацијом долара путем непокривених емисија за 30%–40%, или чак још већих износа, узима се исти износ из џепа грађана и привредних субјеката САД, те санирају буџетски губици. Не само то, него се амерички дугови (Америка је највећи свјетски дужник, са значајним учешћем унутрашњег дуга) реално смањују за исти износ. Недостатак ликвидности тржишта Америке се осјетила у другим европским државама, чија економска снага слаби, те долази до уравниловке Америке и

23 Kevin Davis, *Regulatory Reform Post the Global Financial Crisis: An Overview*, Melbourne, 2011, стр. 4, 5 и 10.

Европе. Криза ће увијек моћи бити изазвана на исти начин, ако то неки моћници буду жељели, али паметна политика треба да препозна њихове кораке и осујети их. Али то важи само за моћне државе. Код малих ће кризу увијек моћи изазвати неко други, споља. Савремени политиколози управо детерминишу свјетски финансијски систем као инструмент неоколонијализма, кроз стварање бројних финансијски зависних држава од других моћних држава и свјетских институција, примјењиван задњих неколико деценија. Друга поука, Америка није контролисала ризике, препустили су слободном тржишту да им регулише економију. На почетку огроман напредак, сада нагло слабљење – да нису велика војна сила одавно би економски пропали. Аналогно другој поуци – добро корпоративно управљање у банкарском сектору је везано за строгу контролу ризика од стране регулатора, који не могу добро функционисати без доброг праћења тржишних кретања државних агенција и строге процјене осигурања кредита од стране осигуравача. Не може се криза правдати несавршеностима тржишне идеологије, државе су биле свјесне њених недостатака, али су државна тијела начинила намјерне или ненамјерне пропусте који су довели до кризе. Криза је ишла сљедећим током: државно нечињење – нечињење регулатора – нечињење управе на смањивању ризика, тј. пласман финансија са великим преузимањем ризика, који се мултипликовао падом вриједности стварних средстава обезбјеђења – прељевање неликвидности на остале државе широм свијета, од којих у су све осјетиле кризу, а у многим је финансијска криза завладала. Економским инжињерингом ће се кроз банке увијек моћи активирати финансијска криза.

Mag. Damjan DANILOVIĆ

Senior Assistant at the Faculty of Economics, University of East Sarajevo

GLOBAL ECONOMIC CRISIS

**– AN UNLEARNED LESSON OF CORPORATE GOVERNANCE?
A BAD ROLE OF A STATE? A FACT THAT BANKS CAN
ALWAYS SERVE AS THE SOURCE OF CRISIS? –**

Summary

Global economic crisis was produced through the banking sector. In this paper we will point out the fact that in this case there are certain mistakes regarding state actions, first of all USA. The countries should have done something to prevent the crisis. It is always possible to cause the crisis through the banking sector as a direct consequence of certain rules in the field of financial market and economic engineering.

Key words: *governance, financial market, information asymmetry, regulators, tulipomania.*

**Александра ВИШЕКРУНА, мастер
истраживач приправник у Институту за упоредно право**

СТИЦАЊЕ И ПОНИШТАЈ СОПСТВЕНИХ АКЦИЈА – ИЗУЗЕТАК ОД ОБЈАВЉИВАЊА ОБАВЕЗНЕ ПОНУДЕ ЗА ПРЕУЗИМАЊЕ?

Резиме

Скораиње конџрадикџорне одлуке надзорној тиела у обласџи тиџжишџиа кайџиџала, намеџинуле су џоџџребу да се џродискуџује о неким џиџиџањима везаним за џримену џройџса из обласџи џреузџмања у домену реорџанизације кайџиџала. Фокус је усмерен на сиџуације када друшџиво сџиџе или џонишџава соџсџивене акџије. Пиџање је да ли се у џаквим случајевима џрџмењује џравило о обавезној џонуди за џреузџмање или се може џримениџи изузетак. У раду је указано на одлуке које је Комџсија за харџије од вредносџи доносила у џоследњих неколико месеци и на џринџије којима се џом џриџком руководила. Скренуџиа је џажња о којим околносџима се мора водџи рачуна када се разматџра да ли сџиџање или џонишџај соџсџивених акџија моџу да се џрџџирају као изузетак од објављџвања обавезне џонуде.

Кључне речи: џраво џреузџмања, обавезна џонуда за џреузџмање, сџиџање и џонишџај соџсџивених акџија, изузетци од обавезе објављџвања обавезне џонуде за џреузџмање.

I Уводна разматрања

Положај једног субјекта у привредном систему уређен је сплетом норми којима се постављају јасни оквири за његово деловање на тржиш-

ту. Стабилност и предвидљивост у правним односима између учесника тржишне утакмице опредељени су као циљеви успешне привреде и сваког правног поретка, па је стога од изузетног значаја да нема недоумица какве су последице радњи тих лица у правном промету.

Поступком преузимања остварује се сложен склоп утицаја на тржиште који се могу посматрати из више углова.¹ Међутим, могуће је и да предузимањем радњи у складу са нормама неке друге гране права наступе последице које покрећу питање примене права преузимања. Тако се недавно појавила дилема има ли места примени правила о преузимању у домену реорганизације капитала стицањем и поништајем сопствених акција које се спроводи у складу са компанијским законом.²

Норме нашег закона који уређује преузимање,³ регулишу само питање последица које у праву преузимања доноси повећања основног капитала, па у таквим ситуацијама постоји мање повода за недоумице.⁴ Много већи проблем се јавља у случају смањења капитала и стицања сопствених акција, јер закон о значају ових института за преузимање ћути и разрешавање спорних ситуација препушта надлежним органима у области тржишта капитала.

II Сопствене акције

1. Појам, предности и недостаци

Стицање сопствених акција означава трансакцију којом акционарско друштво својом вољом или ван своје воље долази у посед акција које је то друштво раније емитовало и продало.⁵ Ова дефиниција је у

- 1 „Имајући у виду далекосежне реперкусије које преузимање акционарских друштава има на економско и финансијско тржиште, на привреду уопште, овај феномен захтева свеобухватно ангажовање законодавца јер је у питању институт коме треба приступити са корпоративног, антимонополског и финансијског становишта.“ Соња Срећковић, Ненад Ковачевић, „Право преузимања у Србији – компаративна анализа и критички осврт“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2011, стр. 278.
- 2 Реорганизација капитала је генерички појам који обухвата три ситуације: повећање основног капитала, смањење основног капитала и стицање сопствених акција. Више о сваком од ових института вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право: право привредних друштава*, 6. издање, Београд 2012, стр. 285–305. Изнета типологија одговара подели коју чини Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011; даље у фуснотама: ЗПД). Тако ЗПД говори о повећању основног (чл. 295–313), затим о смањењу основног капитала (чл. 314–325) и о стицању (и каснијем евентуалном поништају сопствених акција) (чл. 281–292).
- 3 Закон о преузимању акционарских друштава (*Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 107/2009 и 99/2011; даље у фуснотама: ЗОП).
- 4 ЗОП, чл. 8 ст. 1 тач. 3.
- 5 Доступно на адреси: http://www.ubs-asb.com/Portals/0/Casopis/2006/5_6/UBS-Bankarstvo-5-6-2006-PO.pdf, 9.4.2014, стр. 51.

складу са опште прихваћеним правилом да друштво не може да стиче своје акције оригинерно (тј. да уписује своје акције приликом њиховог издавања или повећања капитала), већ једино постоји могућност да акције стиче од својих акционара након што су оне издате (тзв. деривативно стицање).⁶

Одлука о стицању сопствених акција спада у ред изузетно значајних метода вођења пословне политике друштва и по правилу се посматра са више аспеката – као инвестициона одлука, као одлука везана за исплату (алтернатива плаћању дивиденде), као одлука о структури капитала и као одлука о промени власничке структуре компаније.⁷

Разлози који опредељују друштво да се одлучи на овај потез могу бити различити: друштво жели да повећа ликвидност или цену својих акција, сматра да му је погодније да откупи акције од акционара него да им исплати дивиденду,⁸ жели да награди чланове управе или да расподели одређен проценат акција својим запосленима.⁹

Иако се не спори значај који овај метод вођења пословне политике има за привредног субјекта, постоје одређене резерве у вези са предузимањем овог вида реорганизације капитала. Питању недостатака стицања сопствених акција може се приступити са аспекта очувања капитала, корпоративног управљања и тржишне регулације.¹⁰ Практично, то значи да стицање сопствених акција представља опасност за необезбеђене повериоце јер се смањује имовина компаније расположива за исплату дугова. Смањује се и број доступних акционара који би потенцијално могли бити одговорни у случају пробијања правне личности. Стицање сопствених акција може да представља опасност и у области корпоративног управљања, јер управа може да искористи овај

6 Вук Радовић, *Мере одбране акционарској друштва од преузимања контроле*, Београд, 2008, стр. 326.

7 Theo Vermaelen, *Share repurchases*, Hanover, 2005, стр. 1.

8 Обично се истиче да су главне предности стицања сопствених акција у односу на исплату дивиденде: порески разлози (у великом броју земаља се плаћа нижи износ пореза), могућност за акционара да донесе одлуку да ли ће учествовати у откупу акција (за разлику од дивиденде где нема избора) и већи степен флексибилности. Peter Moles, Robert Parrino, David S. Kidwell, *Corporate Finance*, Chichester, 2011, стр. 674.

9 Неки аутори сматрају да се може издвојити шест потенцијалних разлога за коришћење института стицања сопствених акција: 1) регулаторна и пореска питања; 2) агенцијски трошкови слободних токова новца; 3) давање сигнала и потцењеност; 4) структура капитала; 5) одбрана од преузимања; 6) опције за запослене. Jim Hsieh and Qinghai Wang, „Stock Repurchases: Theory and Evidence“, у: Н. Kent Baker (editor), *Kolb Series in Finance: Dividends and Dividend Policy*, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1395943>, 8.4.2014, стр. 5–34.

10 Andreas Cahn, David C. Donald, *Comparative company law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, New York, 2010, стр. 242.

институт за јачање и очување свог положаја. Такође, постоји и могућност да управа спроведе стицање на основу повлашћених информација или га искористи да „надува“ цене акција друштва.¹¹

2. Сопствене акције у праву Србије

а) Услови за стицање

Узимајући у обзир све потенцијалне опасности које са собом може носити стицање сопствених акција, наше законодавство је поставило одређене услове како би оно било валидно. Ови услови се у суштини могу посматрати као ограничења која се намећу у циљу заштите свих носилаца интереса у компанији. Можемо их поделити у три основне групе: ограничења плаћања, процентуално лимитирање стицања сопствених акција и ограничена могућност управе да доноси ову одлуку.¹²

Услови који се морају испунити да би се спровела операција стицања сопствених акција су: 1) да је скупштина донела одлуку којом је дала одобрење за стицање сопствених акција (која важи најдуже две године); 2) да као резултат стицања нето имовина друштва неће бити мања од уплаћеног основног капитала увећаног за резерве које је друштво у обавези да одржава у складу са законом или статутом, ако такве резерве постоје, осим резерви које су статутом предвиђене за стицање сопствених акција; 3) да су акције које друштво стиче у целости уплаћене и, у случају јавног акционарског друштва, 4) да укупна номинална вредност, односно рачуноводствена вредност код акција без номиналне вредности тако стечених акција, укључујући и раније стечене сопствене акције, не прелази 10% основног капитала друштва.¹³

Постоји могућност да се сопствене акције стекну и без одлуке скупштине, а на основу одлуке одбора директора, односно надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно:¹⁴ 1) у случају јавног акционарског друштва, ако је то неопходно да би се спречила већа и непосредна штета по друштво или 2) ако се стичу ради расподеле запосленима у друштву или повезаном друштву, или за награђивање чланова управе, али највише до 3% било које класе акција у току пословне године, под условом да је таква могућност предвиђена статутом и да су издвојене резерве за ове намене.¹⁵

11 Andreas Cahn, David C. Donald, *нав. дело*, стр. 242-243.

12 В. Радовић, *нав. дело*, стр. 329.

13 ЗПД, чл. 282 ст. 2.

14 Ово се означава као оригинарно (изворно) овлашћење управе, насупрот тзв. деривативном овлашћењу, када управа по овлашћењу скупштине спроводи њену одлуку о стицању сопствених акција. Видети: В. Радовић, *нав. дело*, стр. 331.

15 ЗПД, чл. 282 ст. 4.

Постоје и одређене ситуације у којима се стицање сопствених акција може вршити слободно, без ограничења постављених законом. То су ситуације када друштво стиче сопствене акције: 1) као последицу остваривања права несагласних акционара; 2) као последицу искључења акционара; 3) бестеретно; 4) као последицу статусне промене; 5) по основу одлуке суда и 6) ради спровођења поступка смањења капитала друштва.¹⁶

б) Отуђење сопствених акција

Ако је друштво стекло сопствене акције супротно законским одредбама, у обавези је да их отуђи или поништи у року од годину дана од дана стицања. У случају да су акције стечене ради спречавања штете за друштво, њима се располаже у складу са прописима који уређују тржиште капитала, док ако се стичу ради расподеле запосленима или награђивања управе, друштво је у обавези да их расподели лицима утврђеним у одлуци о стицању у року од годину дана од дана стицања. Ако су стечене акције чија је номинална вредност, односно рачуноводствена вредност код акција без номиналне вредности већа од 10% основног капитала, настаје обавеза да се у року од три године од дана стицања отуђе тако да укупна вредност тако стечених сопствених акција друштва не буде већа од 10% основног капитала.

Ако друштво не расподели, односно не отуђи сопствене акције у роковима предвиђеним законом, одбор директора, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно у обавези је да их, без посебне одлуке скупштине, одмах по истеку предвиђених рокова поништи и по том основу смањи основни капитал друштва.

в) Силајус сопствених акција

Сопствене акције не дају право гласа, право на дивиденду или друга примања, нити могу бити основ за плаћања акционарима осим у случају смањења капитала.¹⁷

3. Сопствене акције и право преузимања

Питање стицања (и каснијег евентуалног поништаја) сопствених акција не тиче се само компанијског права и правила о очувању

16 ЗПД, чл. 284. Два основна система стицања сопствених акција су континентални, који познаје ограничења у стицању сопствених акција и англосаксонски који иста не поставља. Овим правилима се наше право сврстава у ред правних система са мешовитим приступом у стицању сопствених акција. За више видети: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 300–301.

17 ЗПД, чл. 286.

интегритета капитала и заштите поверилаца. Наиме, операције са сопственим акцијама проширују своје дејство и у друге сфере права где могу имати значајне последице. Једна од таквих области је управо право преузимања.

Пре свега, још давно су у теорији и пракси препознате две ситуације у којима ова радња може да се појави као механизам одбране циљног друштва од нежељеног преузимања. Говоримо о класичном стицању сопствених акција које може имати одређене негативне ефекте на преузимање¹⁸ и његовој подврсти – принудној куповни сопствених акција (тзв. *greenmail*) која се због специфичних карактеристика развила у посебну меру.¹⁹

Остављајући по страни расправе колико је овакво поступање корисно или штетно, односно под којим условима се може спроводити, морамо указати на још једну последицу коју ова радња има у праву преузимања. Реч је о дилеми да ли за акционара настаје обавеза да објави понуду за преузимање у случају да дође до стицања или поништаја сопствених акција од стране привредног друштва чије акције он поседује. Наиме, ако компанија поништи акције, сваки преостали акционар ће имати нешто виши проценат акција, док ако стекне сопствене акције, сваки преостали акционар ће имати нешто виши проценат гласова, јер се право гласа акција које припада сопственим акцијама мора суспендовати.²⁰ Услед ових промена у капитал-учешћу и гласачким правима може се десити да акционар пређе прагове које законодавац поставља као граничне у погледу објављивања обавезне понуде за преузимање. Тада се рађа питање да ли у таквим околностима настаје обавеза објављивања понуде или има места примени изузетака.

Одговор на ово питање је значајан за акционара превасходно из једног разлога – у већини правних система није дозвољено да се учини делимична понуда, већ се захтева да понуда буде упућена под једнаким условима свим акционарима за све преостале акције које стицалац не поседује. Ова околност доводи потенцијалног преузимаоца у велике неприлике, јер ако постоји обавеза да објави понуду, он ће морати непланирано да ангажује значајна материјална средства да је спроведе, а да при томе до те обавезе долази не услед његове радње и воље, већ због активности „циљног“ друштва. Полази се од тога да ако неко лице пређе праг несвесно, или га пређе стицањем по сили закона или без намере

18 Више о овој мери видети: В. Радовић, *нав. дело*, стр. 326–333.

19 Више о овој мери видети: В. Радовић, *нав. дело*, стр. 392–401.

20 Petri Mäntysaari, *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law*, Vol. 3, 2010, стр. 339.

да овлада друштвом наметање обавезе истицања понуде за преузимање било претерано и економски неоправдано.²¹

III Одлуке Комисије за хартије од вредности

Питање утицаја стицања и поништаја сопствених акција на обавезу да се објави понуда за преузимање се до сада неколико пута поставило пред надлежним органима у области тржишта капитала. Како не постоји законска одредба која даје јасан одговор на постављено питање, Комисија за хартије од вредности (у даљем тексту: Комисија) је била принуђена да прибегне тумачењу прописа. Проблем је наступио када су у кратком временском периоду донете опречне одлуке које су ову тематику третирале на различите начине.

Питање се први пут поставило у октобру 2012. године када је акционар друштва које је поништило сопствене акције затражио мишљење да ли у том случају постоји обавеза објаве понуде за преузимање. Наиме, након поништаја сопствених акција и смањења капитала, број акција тог акционара је остао непромењен, али се проценат учешћа у власништву повећао. Акционар је сматрао да обавеза не постоји јер није стекао ни једну акцију издаваоца, нити је имао намеру стицања контролног пакета, већ је повећање његовог учешћа настало поништајем акција издаваоца у складу са компанијским законом. Комисија је заузела став да је акционар чије се капитал учешће у овом случају повећало у обавези да објави понуду за преузимање, правдајући га тиме да је поништај сопствених акција довео до повећаног учешћа у гласачким правима, односно до повећања контроле у циљном друштву.²² Овим резоним је исказан рестриктиван приступ према коме свако стицање контроле без обзира на основ води објављивању понуде за преузимање.

Иста проблематика је изнова разматрана у марту 2013. године.²³ Комисија се прво осврнула на потврдно становиште које је у истој ситуацији заузела у ранијем мишљењу, оправдавајући га потребом заштите мањинских акционара и спречавањем учесталих злоупотреба на тржишту до којих може довести ова радња. Ипак, Комисија се на крају определила за став да ће у случају поништаја сопствених акција стриктно тумачити закон „на начин да је понуда за преузимање обавезна само у случају непосредног или посредног стицања акција с правом гласа, у обиму предвиђеном Законом“.²⁴

21 Небојша Јовановић, „Преузимање акционарских друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 297.

22 Мишљење Комисије за хартије од вредности број: 2/0-03-580/2-12 од 22.10.2012.

23 Мишљење Комисије за хартије од вредности број: 2/0-03-580/4-12 од 14.3.2013.

24 Мишљење Комисије за хартије од вредности број: 2/0-03-580/4-12 од 14.3.2013.

У марту 2012. године Комисија је потврдно одговорила питање да ли је већински акционар у обавези да упути понуду за преузимање у случају да издавалац (потенцијално циљно друштво) стекне сопствене акције. Недуго потом уследиле су реакције учесника на тржишту које су Комисију приморале да преиспита свој став и донесе супротан закључак.²⁵ Упућени приговор се пре свега односио на то да се обавеза давања понуде за преузимање везује искључиво за стицање акција с правом гласа циљног друштва. Истакнуто је да стицањем сопствене акције престају да носе право гласа и да издавалац не може да врши гласачка права на скупштини акционара, те да „чињеница да су сопствене акције могле бити издате као обичне акције са правом гласа, ни у ком случају не може да утиче на њихов статус акција без права гласа“.²⁶

Како наше право још увек не нуди никакве јасне одговоре на наведене недоумице, потребно је у тражењу решења имати у виду основне принципе који се промовишу у праву преузимања, али истовремено и водити рачуна о потреби да се призна одређен круг изузетака како режим не би био превише строг за учеснике на тржишту. На тим принципима почива и Директива о понудама за преузимање коју наш закон имплементира у настојању да усагласи домаће законодавство са европским.²⁷

IV Директива о понудама за преузимање

Проблематика преузимања почела је да заокупља пажњу европске јавности још пре више деценија, али је Директива донета тек 2004. године после великих напора да се одговори на све примедбе држава чланица и органа Заједнице и да се изради текст који ће у довољној мери задовољити интересе свих страна.²⁸ У складу са својом природом овај акт не уређује детаљно питања везана за понуде за преузимање, већ поставља опште смернице које би државе требало да следе приликом доношења (или измене) прописа у овој области.

У преамбули Директиве могу се учити два принципа значајна за питања којима се бавимо – заштита мањинских акционара и потреба

25 Мишљење Комисије за хартије од вредности број: 2/0-03-117/2-12 од 7.5.2012.

26 Мишљење Комисије за хартије од вредности број: 2/0-03-117/2-12 од 7.5.2012.

27 Директива о понудама за преузимање из 2004 (Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, *Official Journal* No L 142; даље у тексту: Директива), стр. 12–23.

28 За детаљну историју Директиве видети: Vanessa Edwards, „The Directive on Takeover Bids – Not Worth the Paper It’s Written On?“, *European Company and Financial Law Review*, No. 4/2004, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1035921>, 30.1.2014, стр. 418–431.

да се зарад флексибилности одобре одређени изузеци од објављивања обавезне понуде за преузимање.

1. Заштита мањинских акционара – обавезна понуда за преузимање

а) Оправдање примене инстџиуџа

Један од основних захтева који је постављен пред државе чланице је да предузму неопходне кораке за заштиту мањинских ималаца вредносних папира друштва кроз обавезивање лица које је стекло контролу над тим друштвом да учини понуду свим имаоцима хартија од вредности тог друштва за све хартије по правичној цени. Директива ову обавезу везује за стицање хартија од вредности које дају одређени проценат гласачких права у скупштини привредног друштва.²⁹

Примена правила о обавезној понуди за преузимање са аспекта заштите мањинских акционара може се оправдати из три угла. На првом месту је тзв. „излазно оправдање“ (*exit rationale*) које полази од тога да ниједан акционар не може да оствари контролу над компанијом и корист за себе, а да није претходно понудио мањинским акционарима прилику да изађу из компаније по правичној цени. Друго, пружа се заштита мањинским акционарима од понуђача који жели да преузме контролу над компанијом, а да при том не понуди свим акционарима контролну премију (*control premium rationale*). На крају, обавезна понуда омогућава да акционари слободно донесу одлуку о продаји, а не да се осећају обавезним да продају акције по нижој цени него што би то иначе учинили због претње да ће остати мањински акционари у циљном друштву без могућности излаза (*undistorted choice rationale*).³⁰

Иако европско законодавство експлицитно прокламује принцип заштите мањинских акционара у поступку преузимања, неки аутори сматрају да се њиме може нанети много више штете интересима ових лица и да је боље користити алтернативна правна или ванправна средства за постизање овог циља.³¹ Наглашава се и да су мањински акциона-

29 Директива, чл. 5, ст. 1.

30 Peter Böckli, Paul L. Davies, Eilis Ferran, Guido A. Ferrarini, José M. Garrido Garcia, Klaus J. Hopt, Alain Pietrancosta, Katharina Pistor, Rolf Skog, Stanislaw Soltysinski, Jaap W. Winter, Eddy Wymeersch, „Response to the European Commission’s Report on the Application of the Takeover Bids Directive“, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, No. 5/2014, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2362192>, 9.1.2014, стр. 2–3.

31 Simone M. Sepe, „Private Sale of Corporate Control: Why the European Mandatory Bid Rule is Inefficient“, *Arizona Legal Studies*, Discussion Paper No. 10–29, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1086321>, 9.1.2014, стр. 47.

ри често професионални инвеститори који своје интересе могу заштити путем диверзификације свог портфолија у чему им правило о обавезној понуди само одмаже.³²

б) Контиролни прага(ови)

Обавеза објављивања понуде за преузимање настаје преласком одређених прагова за које се узима да ће стицаоцу дати контролу над привредним субјектом, тзв. владајуће учешће.³³ У погледу дефиниције контролног прага постоји висок степен флексибилности јер је ово питање остављено у надлежности држава чланица.³⁴ Из текста Директиве се може закључити да она говори само о преласку једног прага, али је у многим државама постављено по неколико граница које могу активирати обавезу објављивања понуде за преузимање.³⁵

Европски законодавац се, изгледа, определио за приступ у коме захтева од држава чланица да одреде контролни праг на нивоу који одражава проценат права гласа који је заиста неопходан да се стекне контрола над компанијом.³⁶ Не треба сметнути с ума чињеницу да за постојање контроле над друштвом није неопходно да постоји већинско учешће, већ да се и са мањим процентом капитал учешћа може остварити контролни утицај.³⁷

32 S. M. Sere, *нав. чланак*, стр. 49.

33 „Понуда за преузимање је понуда одређеног лица којом тражи стицање владајућег учешћа у циљном друштву било да је понуђени постојећи владалац, други акционари или само друштво.“ Н. Јовановић, „Преузимање акционарских друштава“, стр. 290.

34 У пракси највећи број држава чланица определио се за праг 30% или 33%. Видети: Marccus Partners and Centre for European Policy Studies, *The Takeover Bids Directive Assessment Report*, Brussels, 2012, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/study/study_en.pdf, 15.1.2014, стр. 126–131.

Овај приступ поједини аутори критикују, истичући да се тиме смањује ефекат хармонизације и да је „постојање различитих прагова у Унији је у нескладу са признатим циљем стварања једнаких услова за све“, V. Edwards, *нав. чланак*, стр. 434.

35 Овим се избегава да акционари покушају да повећају проценат капитал учешћа, а да не настане обавеза објављивања понуде за преузимање (тзв. *creep up*). Више о начину на који се ово може постићи видети: Marccus Partners, Centre for European Policy Studies, *The Takeover Bids Directive Assessment Report*, стр. 126–127.

36 Овај приступ се означава као *working control* приступ и захтева од држава чланица да поставе праг на релативно ниском нивоу који потенцијално обухвата све трансфере контроле. Други могући приступ (*bright line*) даје државама слободу у одређивању контролног прага у складу са њиховим потребама. Овај приступ би подрио логику обавезне понуде, али нуди много виши степен флексибилности. Видети: S. M. Sere, *нав. чланак*, стр. 51.

37 То су ситуације када постоји велики број малих акционара тако да нико нема већинско учешће, а „статутарна техника управљања друштвом омогућава одлу-

Наше право се сврстава у ред законодавстава која познају више контролних прагова, тако да обавеза објављивања понуде настаје: 1) када лице стекне акције с правом гласа циљног друштва, тако да заједно са акцијама које је већ стекло, пређе праг од 25% акција с правом гласа циљног друштва (контролни праг); 2) када лице које је на основу понуде за преузимање стекло мање од 75% акција с правом гласа, даље стиче акције истог циљног друштва; или 3) када лице које је на основу понуде за преузимање стекло 75% или више акција с правом гласа након понуде за преузимање стекне најмање додатних 5% акција с правом гласа циљног друштва или у току 18 узастопних месеци стекне најмање 3% додатних акција с правом гласа истог циљног друштва.³⁸

2. Изузеци од објављивања обавезне понуде за преузимање

а) Основ и њранице

Настојећи да Директива коначно буде прихваћена, њени творци су морали да допусте државама чланицама да поједина питања саме уреде. Међу њима се налази и могућност одређивања круга изузетака од обавезе објављивања понуде за преузимање. Постојање изузетака је одраз потребе да се путем могућности лаког прилагођавања новим околностима постигне ефикасност законодавних решења у области преузимања.

Основ за увођење изузетака може се пронаћи у параграфу 6 уводног дела Директиве, као и у чл. 4, ст. 5 који пружа могућност надзорним телима држава чланица да уведу одређена одступања од правила утврђених националним правом под условом да се поштују основна начела предвиђена Директивом.³⁹

б) Класификација изузетака⁴⁰

Државе чланице су искористиле дата овлашћења тако да постоји велики број изузетака који се значајно разликују од државе до државе. Ова пракса је толико узела маха да се помало шаливо каже да

чивање са малим кворумом и простом већином гласова на заседању скупштине“.
Небојша Јовановић, „Мањкавости српског правног режима преузимања акционарских друштава“, *Право и привреда*, бр. 9–12/2004, стр. 86.

38 ЗОП, чл. 6.

39 Основна начела су уређена у чл. 3 Директиве.

40 У европском праву изузеци се деле у две велике категорије – изузеци дискреционог карактера (где одобрење дају или акционари или надзорно тело) и прецизно дефинисани изузеци сврстани у неку од четири категорије: технички изузеци, заштита интереса понуђача или контролног акционара, заштита поверилаца и заштита других

је у случају Директиве „изузетак правило“.⁴¹ Ни наше право не заостаје за другим правним системима и познаје опсежну листу изузетака која није лимитативног карактера јер пружа могућност да се другим законским актима уведе још неко одступање.

V Место стицања сопствених акција међу изузетцима од обавезне понуде

Када је реч о трансакцијама у вези са сопственим акцијама, уобичајено је да се ови случајеви разврставају у групе изузетака који се односе на ситуације у којима долази до промене контроле без вољне радње или намере стицаоца.⁴² Можемо уочити да је неколико критеријума пресудно приликом процене да ли стицање и поништај сопствених акција имају статус изузетка од обавезе објављивања понуде за преузимање.

1. Основни критеријуми

a) Негосипајак активне радње на стирани акционара (пасиван ирелазак ираја)

Великим делом проблематика сопствених акција и права преузимања се прелама око чињенице да се контролни праг прелази услед радње „циљног“ друштва, а не његовог акционара. У овом случају потенцијални преузималац (акционар) је пасиван док је контрола коју добија нуспојава активног деловања неког другог лица. У смислу права преузимања треба узети да „реч „стицање“ имплицира добијање гласачких права кроз позитиван акт стицаоца у погледу прибављања контроле над гласачким правима.“⁴³ Следом овог тумачења, узима се да нема

stakeholder-а. Видети: Marccus Partners, Centre for European Policy Studies, The Takeover Bids Directive Assessment Report, стр. 139–155. Радовић све изузетке класификује у пет категорија. Тако се издвајају изузеци с обзиром на циљ стицања контроле, начин стицања контроле, немогућност остваривања контроле, ненамерно стицање контроле и сагласност акционара. Видети: Вук Радовић, „Обавезна јавна понуда за куповину акција циљне компаније“, *Правни живот*, бр. 11/2004, стр. 111–115.

41 P. Böckli, P. L. Davies, E. Ferran, G. A. Ferrarini, J. M. Garrido Garcia, K. J. Hopt, A. Pietrancosta, K. Pistor, R. Skog, S. Soltysinski, J. W. Winter, E. Wymeersch, *нав. чланак*, стр. 7. Ови аутори сматрају да се постојањем великог броја изузетака онемогућава да правило о обавезној понуди заштити мањинске акционаре.

42 Видети: Marccus Partners, Centre for European Policy Studies, The Takeover Bids Directive Assessment Report, стр. 144; В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 113–115.

43 Одлука индијског апелационог суда за вредноснице у Бомбају од 21.11.2011 (*Securities Appellate Tribunal Mumbai*), доступно на адреси: http://www.sebi.gov.in/cms/sebi_data/attachdocs/1321875176614.pdf, 25.12.2013, стр. 6.

услова за обавезну понуду када се процентуални пораст у гласачким правима акционара није догодио због неког њиховог акта већ је био случајан.⁴⁴ И норме европског законодавства дају основ за оправдање овог тумачења. Према одредбама Директиве, обавеза да се учини јавна понуда ће бити активирана само када лице држи вредноснице које му дају одређен проценат права гласа у компанији „као резултат сопственог стицања или стицања лица која заједнички делују са њим“. Ово свакако није случај када се праг досегне као резултат стицања или поништаја сопствених акција.⁴⁵ Јасно је да је елемент стицања контроле или намере да се стекне контрола кључан у контексту обавезне понуде. Оно што је мање јасно је да ли за такво стицање контроле које ће захтевати да се учини понуда за акције компаније треба да се захтева да дође до стварног стицања акција.⁴⁶ Није сасвим јасно где се повлачи граница пасивности „преузимаоца“ – да ли је просто довољно да он није купио акције друштва или је овај услов рестриктивније одређен.

б) Недоојатак воље или намере на страни акционара

Основна полазна претпоставка у примени прописа о преузимању је да је „наметање дужности истицања понуде за преузимање оправдано само кад одређено лице вољно и уз накнаду стекне учешће у циљном друштву преко утврђеног прага, под условом да има намеру да њиме овлада“.⁴⁷ Дилема коју тада треба разрешити је у којим то ситуацијама можемо сматрати да нема намере или воље на страни акционара да стекне учешће које ће му омогућити контролни утицај.⁴⁸ Питање је када

44 Одлука индијског апелационог суда за вредноснице у Бомбају од 21.11.2011, стр. 6.

45 P. Mäntysaari, *нав. дело*, стр. 339.

46 P. Böckli, P. L. Davies, E. Ferran, G. A. Ferrarini, J. M. Garrido Garcia, K. J. Hopt, A. Pietrancosta, K. Pistor, R. Skog, S. Soltysinski, J. W. Winter, E. Wymeersch, *нав. чланак*, стр. 3.

47 Н. Јовановић, „Преузимање акционарских друштава“, стр. 297.

48 Право Румуније претпоставља да се стицање позиције која доводи до објављивања понуде за преузимање сматра ненамерним, ако је спроведено као резултат одређених операција у које, између осталог, спада и смањење капитала кроз откуп сопствених акција, праћено њиховим поништајем. Видети: румунски Закон о тржишту капитала из 2004. године (*Legea nr. 297/2004 privind piața de capital*), чл. 205. Са друге стране, право Кипра не претпоставља постојање невољне или ненамерне радње, већ захтева да стицалац када тражи примену изузетака, поднесе доказе да није намеравао или знао да прелази прагове који условљавају обавезу да се учини понуда. На надлежном надзорном телу је да процени да ли су ти услови за примену изузетка испуњени. Видети: кипрански Закон о преузимању из 2007. године (Νόμων 41(Ι)/2007 και 47(Ι)/2009 που проνοοούν για τις Δημόσιες Прοτάσεις Εξαγοράς για την απόκτηση τίτλων εταιρίας και για συναφή θέματα), одељак 15(1).

(и да ли уопште) можемо сматрати да постоји ситуација у којој акционар није знао да друштво стиче сопствене акције, поготово ако је узео учешћа у раду скупштине друштва.⁴⁹ Ситуација је крајње јасна ако је акционар гласао за одлуку којом се одобрава стицање сопствених акција. Сходно томе, може се узети да нема воље на страни акционара ако је он приликом одлучивања о реорганизацији капитала гласао против предметне одлуке.⁵⁰

У суштини, оба критеријума су нераскидиво повезана и у одлучивању о судбини акционара „преузимаоца“ морају бити размотрена. Аустријска комисија за преузимање (нем. *Übernahmekommission*) је у случају Телеком Аустрија (ТКА) дала корисне смернице које треба узети у обзир приликом разматрања ове теме.⁵¹ Комисија је одлучила да у овом конкретном случају не може да се примени правило о „пасивном“ стицању акција, јер нису испуњени одговарајући услови који се захтевају за његову примену. Услови су да: (1) лице које је стекло контролни интерес није проузроковало догађај који је активирао обавезну понуду за преузимање предузимајући било какве радње непосредно пре понуде, а посебно стицањем акција, и да (2) у тренутку стицања акција акционар није очекивао стицање контролног интереса.⁵² Комисија је сматрала да генерално посматрано акционар увек мора да очекује стицање сопствених акција од стране друштва. Такође, значајни акционар је у овом случају гласао за одобрење програма стицања сопствених акција

49 Ситуација у којој акционар није знао да је друштво стекло сопствене акције догодила се у Великој Британији у новембру 2011. године. Тада је компанија *Invesco* купила акције компаније *Cherming Group* у исто време када је та компанија извршила откуп сопствених акција. То је довело до тога да удео *Invesco*-а порасте на 30.05% чиме је према енглеском праву настала обавеза да се објави обавезна понуда за преузимање. Како енглески *Takeover Panel* има могућност да одобри одступање од обавезе објављивања понуде за преузимање у случају грешке, дозвољено је компанији да буде изузета, а сама компанија је продала акције како би њено капитал учешће пало испод 30%.

50 Словеначки законодавац управо третира ову проблематику, предвиђајући да лице које је прешло праг за понуду неће морати да учини понуду ако је праг прешло као резултат смањења капитала компаније путем повлачења акција на основу одлуке скупштине у чијем усвајању није узео учешћа. Видети: словеначки Закон о преузимању из 2006. године (*Zakon o prevzetih*), чл. 22 ст. 2 тач. 1.

51 Аустријска комисија за преузимање разматрала је захтев компаније *ÖIAG* у погледу последица које би стицање сопствених акција могло имати на обавезу објављивања понуде за преузимање. Наиме, *ÖIAG* је у Телекому Аустрије (ТКА) био највећи појединачни акционар са капитал учешћем од 28,42%. У случају када би се одобрило стицање сопствених акција од стране ТКА, капитал учешће би прешло 30%, што би захтевало да се учини обавезна понуда за преузимање. Контролни акционар је захтевао да се примени изузетак везан за „пасивно стицање“ јер није куповао акције и у обавези је да учини јавну понуду због радњи друштва чији је акционар.

52 Аустријски Закон о преузимању из 1999. године (*Übernahmegesetz*), пар. 22б.

на скупштини, као и чланови надзорног одбора које је он предложио. Ово се квалификовало као радње предузете непосредно пре понуде.⁵³

VI Закључна разматрања

Питање стицања сопствених акција и значаја такве радње у домену преузимања није непознаница у овој области права. Међутим, ова тематика се углавном изучава са аспекта коришћења овог института као једног од средстава одбране од непријатељских преузимања. Овом питању се много мање приступало из једног другог угла који је такође врло значајан, јер он опредељује да ли ће уопште и бити потребе за применом прописа о преузимању. Реч је о ситуацијама када се трансакцијама у вези са сопственим акцијама пређе контролни праг за који се везује обавеза објављивања понуде за преузимање.

Узимајући у обзир све изнето можемо закључити да у тренутном режиму који важи у нашем праву стицање и(ли) поништај сопствених акција не могу да доведу до настанка обавезе објављивања понуде за преузимање. Ово стога што из текста закона произлази да се само ситуације у којима долази до стицања (што упућује на позитивну радњу) акција са правом гласа (што свакако нису сопствене акције), а које доводе до преласка одговарајућег контролног прага, изискују објављивање обавезне понуде за преузимање.

Како ће се убудуће приступити овом проблему, зависиће преважно од тога у ком правцу законодавац жели да се тржиште преузимања креће. Уколико је намера да се режим построжи, тј. да се прошири круг ситуација у којима настаје обавеза објављивања понуде за преузимање (што би довело до повећања броја преузимања) овом кругу ситуација се неће гарантовати статус изузетка. У одлучивању о кретању законодавне политике у овом правцу, не треба занемарити да преузимање има и негативне и позитивне ефекте и да је потребно наћи прави баланс у његовом регулисању.⁵⁴ Какво год решење се исходи на крају неопходно је да се на јасан начин одреде ове последице да би се смањиле евентуалне злоупотребе које владају увек када неко питање није на јасан и неспоран начин уређено.

53 Видети: Christian Herbst, „Treasury Shares – Austrian Takeover Law Aspects“, доступно на адреси: <http://documents.lexology.com/5ca47c38-5790-4b44-8128-dab7eaa2b8b8.pdf#page=1>, 25.12.2013, стр. 1–2.

54 Више о користима и штетама од преузимања видети: Н. Јовановић, „Мањкавости српског правног режима преузимања акционарских друштава“, стр. 86–87. Такође видети: Marccus Partners, Centre for European Policy Studies, The Takeover Bids Directive Assessment Report, стр. 29.

Aleksandra VIŠEKRUNA, M.A.

Research Assistant, Institute of Comparative Law

SHARE BUYBACK AND CANCELLATION OF OWN SHARES – MANDATORY BID RULE EXCEPTION?

Summary

Recent contradictory decisions of supervisory authority in capital market, gave rise to discussion about certain issues related to application of takeover law in case of reorganization of share capital. The focus is placed upon share buyback and cancellation of own shares by company. The question is whether in these situations justification for mandatory bid rule application existed or an exception can be granted. This article points out recent decisions of national Securities Commission and guiding principles used by it in making these decisions. The attention was drawn to circumstances that have to be considered when assessing if share repurchase and cancellation of own shares represent an exception from mandatory bid rule.

Key words: *takeover law, mandatory bid rule, share buyback and cancellation of own shares, exceptions of mandatory bid rule.*

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

др Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ДОКТРИНА СТРОГЕ САОБРАЗНОСТИ КОД ДОКУМЕНТАРНОГ АКРЕДИТИВА И МЕКЕ КЛАУЗУЛЕ

Резиме

Покушаје налојодаваца да ујоварањем њзв. клаузула о ублажавању онемојуће хонорисање јреварних акредитивних докумената јребало би схвајији као израз нејоверења у саму јрнроду и начин функционисања докуменатарној акредитива. Иако се чесјо наводи да докуменитарни акредитив једнако добро шјији и јнјересе обе ујоворне сјране из основној јосла, чињеница је да корисници моју најлајији цену из основној јосла и кад своје обавезе нису ујијије извршили или их нису извршили у складу са ујовором. То је мојуће када корисник сам изда факјуру и јреваром дође до остјалих докумената. Пошјо у складу са начелом јословања докуменјима а не робом, банка не може (и не мора) улазији у истјинијост садржаја јоднејих докумената може се десји да, и јоред доследне јримене доктјрине сјроје саобразности, јакви докуменји буду хонорисани. Као одјовор на јакве сјтуацјје, ујоварањем њзв. меких клаузула налојодавци од корисника јраже да јоднесу и докуменје које сами (налојодавци) издају на основу јрејходне јровере сјања исјоручене робе.

У јом случају се као основно, јосјавља јеорјско јијнање да ли се на јјај начин сјвара нова врста докуменитарној акредитива и да ли се на јјај начин заисја избејава њејова злоујојреба. Анализа је јоказала да се ујоварањем јоменујих докумената само мејају услови за усклађену

презентацију, а да се не дира у саму природу акредитива. Са друге стране, налогодавци заборављају да управо својом непажњом оиварају простор корисницима за разне врсте злоупотребе. Најчешће то чине тако што или не уговоре поуздани начин контроле испоручене робе и пратеће документе, као документе који чине усклађену презентацију. Налогодавцима је остављена постојећа слобода да и без изв. меке клаузуле уговоре цертифицирају о контроли од познате и кредибилне контролне куће, не само приликом испоруке него и приликом пријема чиме би издавање изразних докумената било јошово немогуће. Зато се чини да одговор не би требало тражити у новим правилима, већ у бољем разумевању и доследној примени постојећих правила, па и доктрине строје саобразности.

Кључне речи: документарни акредитив, усклађена презентација, хонорисање, налогодавац, корисник, меке клаузуле, доктрина строје саобразности.

I Постављање проблема

Документарни акредитив представља посебан банкарски посао који продавцу омогућава да му уместо непоузданог купца цену плати поуздана банка, а купцу пружа сигурност да цена неће бити исплаћена пре него што му продавац испоручи уговорену робу.¹ То је омогућено признањем два основна начела: пословања документима а не робом и независности. Све док се сви учесници у послу документарног акредитива придржавају ових начела, њихови интереси су у потпуности заштићени, а документарни акредитив обавља улогу поузданог средства плаћања и средства обезбеђења извршења преузетих обавеза.

Међутим, увођење поменутих начела којима је обезбеђено брзо и једноставно функционисање документарног акредитива носи опасност да иста начела буду злоупотребљена од учесника у акредитивном послу. Тако продавац, као корисник може покушати да од банке наплати цену из основног посла на основу докумената чија садржина не одговара стварном стању испоручене робе (или друге извршене обавезе). Са друге стране, и купац, као налогодавац може неосновано покушати да спречи акредитивну или другу номиновану банку да хонорисе усклађену презентацију, као што то може учинити и сама банка.

Из тих разлога се већ од настанка модерног акредитива² воде расправе како, са једне стране, омогућити брзо, једноставно и делотворно

1 Вид. Ronald J. Mann, Clayton P. Gillette, „The Role of Letters of Credit in Payment Transactions“, *Michigan Law Review*, Vol. 98, Issue 8, 2000.

2 О историјату документарног акредитива вид. Е. Р. Ellinger, *Documentary Letters of Credit*, Singapore, 1970, стр. 27; В. Kozolchuk, „Legal Aspects of Letters of Credit and

коришћење документарног акредитива, што му даје предност у односу на друга средства, али и са друге стране, како максимално заштити све учеснике у акредитивном послу, посебно од превара.³ Досадашње искуство показује да су у том погледу коришћени различити приступи или методи што је образлагано на различите начине.

У погледу приступа решењу овом питању, коришћени методи се могу груписати у превентивне или *ex ante* и *ex post* методе. Сврха првих је била да се стране спрече или онемогуће да несавесно користе или да злоупотребљавају права и овлашћења из документарног акредитива. У том циљу су периодично вршене измене и допуне Једнообразних правила и обичаја за документарне акредитиве као основних аутономних извора (у даљем тексту ЈП) или су судови и арбитраже усмеравани на шире тумачење појединих института. У том циљу су вршене релативно честе промене ЈП: 1951, 1962, 1974, 1983, 1993. и 2007.⁴ Иако су у свим ревизијама начело пословања документима, а не робом и начело независности акредитива, остала у готово непромењеном облику, другим одредбама је практично усмеравано њихово тумачење, на пример увођењем стандарда разумне пажње (ЈП бр. 500), или упућивањем на Међународну стандардну банкарску праксу (ЈП бр. 600).

Сврха другог метода је била да се посебним санкцијама због повреде акредитивне обавезе или злоупотребе права из акредитива несавесне стране одврате од такве праксе.

И код навођења теоријских разлога, којима су оправдани поменути методи, могу се разликовати два приступа. Према првом приступу, документарни акредитив би требало у основи посматрати као грађанско правни посао асигнације⁵ који је прилагођен потребама пословне праксе, али се у прилагођавању савременим потребама не сме удаљити и раздвојити од свог претка и корена. То практично значи и од општих правила грађанског и облигационог права, као што су начело савесности и поштења, забране злоупотребе права, аутономије воље, или правила о тумачењу уговора, правила *de minimis*, и других.

Related Secured Transactions“, *Lawyer of the Americas*, Vol, 11, бр. 1/1979, стр. 265, R. J. Trimble, „The Law of Merchant and the Letter of Credit“, *Harvard Law Review*, бр. 61/1948, стр. 984–5.

3 В. Kozolchuk, „U.C.C. Article 5 Symposium Strict Compliance and the Reasonable Document Checker“, *Brooklyn Law Review*, Spring 1990, доступно на <http://www.natlaw.com/strictcompl.pdf>.

4 Вид. R. Bergami, „UCP 600: Letter of Credit Rules Revised“, School of Applied Economics, Institute for Community Engagement and Policy Alternatives, Victoria University, доступно на: http://www.melbournecentre.com.au/Finsia_MCFS/2007/Roberto_Bergami_final.pdf.

5 Р. Вукадиновић, *Правни односи из међународној документарној акредитива*, Београд, 1991, стр. 27–31.

Други приступ полази од тезе да документарни акредитив, без обзира на своје асигнацијско порекло, представља *sui generis* појаву и једну врсту једностраног правног посла заснованог на апстрактном обећању дуга.⁶ Стога се на све елементе документарног акредитива који изражавају ове особености не могу примењивати класична правила грађанског права, већ посебна: садржана, пре свега, у ЈП као збирци правила и обичаја који су широко прихваћени у пословној пракси. Као посебна правила, важе и поменута начела: начело пословања документима а не робом и начело независности акредитива, која се морају тумачити у складу са посебним правилима. Један од метода тумачења начела пословања документима, а не робом је и метод или доктрина строге саобразности.

Предмет овог рада је посвећен анализи ове доктрине јер се кроз њено схватање најбоље преламају и различити приступи и схватања. Одабрана питања су анализирана у четири тачке, које су насловљене као: појам документарног акредитива, начин функционисања документарног акредитива, начело пословања документима а не робом, начин утврђивања саобразности поднетих докумената и тзв. меке клаузуле.

II Појам документарног акредитива

Документарни акредитив се као врста условног акредитива може одредити као сложени правни посао у коме се нека банка – акредитивна банка, на захтев и по инструкцијама свог налогодавца обавезује према трећем лицу – кориснику акредитива, да му исплати одређени износ новца ако до одређеног времена поднесе одговарајуће саобразне документе којима доказује да је испунио услове наведене у акредитиву.

Према одредбама члана 2 Једнообразних правила, израз „акредитив“ значи сваки споразум, без обзира на назив или опис, који је неопозив и којим се конституише дефинитивна обавеза акредитивне банке да хонорише усклађену презентацију. *Усклађена презентација* је дефинисана као презентација која је у складу са одредбама и условима акредитива, примењивим одредбама Једнообразних правила и међународном стандардном банкарском праксом. Иако су се састављачи ЈП трудили да нова ревизија и у језичком смислу буде прецизнија у односу на претходну, у наведеној формулацији то нису успели. Ово због тога што из наведене формулације следи да се хонорише „радња презентације“, а не презентовани или поднети документи. Подношење или презентација докумената је само *средство* којим се корисник служи да би доказао да је испунио услове из отвореног акредитива, па није логично да банка

6 Вид. *исто*, стр. 105-108 и тамо наведене ауторе.

хонорише саму радњу, већ документе. Стога је било логичније обавезати банку да хонорише усклађене или саобразне документе, као што је то било формулисано у ранијим ревизијама ЈП. Под *хонорисањем* се подразумева:

- 1) плаћање по виђењу, ако је акредитив расположив са плаћањем по виђењу,
- 2) преузимање обавезе за одложено плаћање и плаћање на дан доспећа, ако је акредитив расположив са одложеним плаћањем, или
- 3) акцептирање менице (трате) вучене од стране корисника и плаћање на дан доспећа, ако је акредитив расположив уз акцепт.

Хонорисање докумената може извршити или акредитивна банка или друга банка која се означава као номинована банка код које је акредитив расположив.

III Начин функционисања

Документарни акредитив остварује улогу плаћања и обезбеђења извршења уговорних обавеза тако што даје право повериоцу новчаног потраживања из основног посла као кориснику акредитива да своје потраживање наплати од банке уместо од оригиналног дужника, а дужнику да преузме робу након што је банка исплатила акредитивни износ. Предности и недостаци документарног акредитива се темеље на два начела или принципа на којима функционише: начелу аутономије и начелу пословања документима а не робом.⁷

Складно функционисање ових начела обезбеђује странама у акредитивном послу две погодности. Право, да на брз и једноставан начин, без захтевања посебних знања и вештина, могу да плате цену из било ког двострано обавезујућег правног посла у коме се уговорене престације не извршавају истовремено. Друго, подједнако добро штити интересе обе уговорне стране. Другачије речено, документарни акредитив омогућава продавцу да ризик наплате пребаци са дужника из основног посла, чију солвентност тешко може да провери, на поуздану и њему познату банку, док купац може бити сигуран да продавац неће моћи да добије цену пре него што је доказао да је испоручио уговорену робу.

Пословање по документарном акредитиву се заснива на два начела: начелу аутономије или независности и начелу пословања документима, а не робом.

⁷ Више о овим начелима вид. Р. Вукадиновић, *Међународно њословно ѡправо*, Крагујевац, 2012, стр. 800–802.

IV Начело пословања документима, а не робом

Према одредбама члана 5 Једнообразних правила, банке послују документима, а не робом, услугама или чинидбама на које се документи могу односити. Из овакве лапидарне констатације у теорији и пракси је изведено начело пословања документима, а не робом, према коме су банке које су овлашћене на хонорисање докумената, обавезне да одлуку о хонорисању донесу искључиво и само на основу докумената. У ширем смислу, начело се може тумачити и тако и да сви учесници у послу документарног акредитива извршаваће својих обавеза доказују само документима.⁸ Тако корисници на основу саобразних докумената добијају акредитивни износ, а номиноване банке од акредитивне банке рамбурс, као што и акредитивна банка своје право на рамбурс према налогодавцу темељи на хонорисаним документима који су у складу са условима и одредбама акредитива, без обзира на стање основног посла, тј. да ли је и како је продавац испунио своју обавезу испоруке робе. Испитивање саобразности докумената номиноване банке врше након што им корисници поднесу или презентирају акредитивне документе. Под презентацијом се разуме или уручење докумената по акредитиву акредитивној банци или номинованој банци, или тако уручени документи.

У Једнообразним правилима се реализација акредитива означава као *хонорисање* (без навођења чега, субјекта), док се у ранијим верзијама Једнообразних правила појам хонорисања односио на документе. Но без обзира на ове термилошке недоречености, хонорисање представља радњу којом се означава посебан начин реализације права из акредитива. Сама реализација се састоји из подношења докумената на преглед номинованој банци, оцене њихове усклађености са условима акредитива и одлуке о хонорисању. Једнообразним правилима је предвиђено да се хонорисање може састојати у плаћању по виђењу, одложеном плаћању, акцептирању менице (акцептирање) и откупу меница од стране номиноване банке (негоцирање).

V Начин утврђивања саобразности поднетих докумената – *доктрина строје саобразности*

Да би корисник могао да наплати акредитив потребно је да у року важности акредитива *поднесе* банци документе који морају у свему одговарати условима акредитива. Овакви документи, према формулацији

8 Вид. Е. Р. Ellinger, *нав. дело*, стр. 277; J. Stoufflet, *Le Credit Documentaire*, Paris, 1957, стр. 212, 314.

из Једнообразних правила, чине „саобразну презентацију“ (*complying presentation*). Под овим се подразумева презентација која је у складу са одредбама и условима акредитива, примењивим одредбама ЈП и међународном стандардном банкарском праксом. Чини се да су редактори Правила „саобразну презентацију“ без разлога учинили нејасном додавањем услова да поднети документи морају бити у складу *и са* стандардом међународне праксе или међународном стандардном праксом. Реч је о пракси која је објављена у истоименој брошури МТК број 681 у којој су садржана ранија мишљења и одлуке Банкарске комисије, чиме се овај водич или упутство ставља у исти ранг са Једнообразним правилима.

Поднете документе банка је дужна да испита у складу са доктринам строго саобразности. *Доктрина сџроје саобразности* (енгл. *doctrine of strict compliance*, нем. *Dokumentenstrenge*), означава правни принцип који овлашћује банку да одбије документе који у свему нису строго саобразни условима акредитива.⁹ Осим тога, доктрином строго саобразности се одређује и начин на који банка врши оцену саобразности испитиваних докумената.

С обзиром да се поступак оцене поднетих документа врши према строгим и формалним правилима, додатни услов се може тумачити врло широко и различито и може дати основ банкама да одбију хонорисање докумената и када су у складу са одредбама и условима отвореног акредитива, али не одговарају стандардима међународне пословне праксе. Проблем је у томе што таква стандардизована пракса не би требало да постоји изван оних правила која су садржана у Једнообразним правилима. Сврха нове Ревизије је била управо у томе да у своја решења угради праксу и обичаје који се могу сматрати прихватљивим. Стога није јасно како ће то боље учинити банке у поступку оцене поднетих докумената ако своје идеје нису изнеле код усвајања Ревизије. Чини се да би овај услов требало тумачити тако да би сама оцена усклађености или саобразности са условима акредитива требало вршити према стандардима међународне праксе. У том случају Међународни стандарди банкарске праксе служе само као средство тумачења, а не као модел према коме се врши оцена усклађености. То се могло једноставније рећи да се *оцена* усклађености врши према критеријумима или у складу са међународном стандардном праксом. У сваком случају, документи морају бити у складу са одредбама и условима акредитива. Под овим се подразумева да су документи поднети у року важења акредитива и *да су саобразни* условима акредитива.

9 Schmitthoff's Export Trade, *The Law & Practice of International Trade*, 2000, стр. 172, мап. бр. 11-007; E. Arban, „The Doctrine of Strict Compliance in the Italian Legal System“, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 23, No. 1, 2005.

Документи морају бити јединствени у року важења акредитива. Једнообразним правилима је прописано да сваки акредитив мора да садржи рок важности на који је отворен и крајњи рок за презентацију. Као крајњи рок за презентацију сматраће се рок који је назначен за хонорисање или негоцирање. Са друге стране, прописано је и да се презентација од стране корисника или у његово име мора извршити пре или на сам дан истека рока важности акредитива. Када су рок важности акредитива и презентације одређени оквирним изразима, као што су „од“, „до“, „после“, „прва половина“, почетак, средина или крај месеца, друга половина месеца и слично, у Правилима су дата одговарајућа тумачења у складу са Међународном стандардном праксом, док израз „банкарски дан“ значи дан на који је банка редовно отворена у месту у коме ће се извршити радња која потпада под Једнообразна правила.

Рок за презентацију транспортних докумената. За подношење транспортних докумената, као што су: транспортни документи који се односе на два или више превоза, коносмани, непреносиви поморски товарни листови, чартер парти коносмани, ваздушни транспортни документ, транспортни документ о превозу друмом, железницом или унутрашњим путевима и признанице курира, поштанске признанице или потврде о отпреми поштом, важе посебна правила. Наведене документе корисник мора поднети не касније од 21 календарског дана после датума отпреме, а у сваком случају у оквиру важење акредитива, како би у случају хонорисања омогућио купцу да благовремено прими приспелу робу од превозиоца. У супротном, ако се поднесу након овог рока такви документи ће се сматрати бајатим.

Документи морају по својој изгледу бити саобразни условима акредитива. Документарни акредитив функционише на претпоставци да садржина докумената одговара стварном стању робе и ако су документи по својој изгледу саобразни условима акредитива, тј. ако чине усклађену презентацију, сви учесници у акредитивном послу морају испунити преузете обавезе на основу таквих докумената. Акредитивна банка мора кориснику хонорисати такве документе, а налогодавац мора одобрити такво хонорисање и надокнадити банци исплаћени акредитивни износ. Претпоставка да стање робе одговара садржини докумената је *обориве природе*, па је лицима у акредитивном послу дозвољено да је оспоравају, али не у циљу реализације акредитива, него у редовном поступку који се односи на основни посао. Ако је, пак, акредитивна или друга банка која је била овлашћена на хонорисање докумената у поступку утврђивања њихове саобразности повредила стандарде разумне пажње у примени доктрине строге саобразности, налогодавац је овлашћен да покрене поступак против банке, али тек након реализације

акредитива. Ово због тога што у акредитиву важи правило „*илайи ња се жали*“, које је прихваћено да би се омогућило брзо и једноставно коришћења документарног акредитива као средства плаћања. Овакав значај који је дат усклађеној презентацији намеће банци обавезу да са посебном пажњом приступи оцену усклађености поднетих докумената. У ЈП није, међутим, одређен конкретан степен пажње,¹⁰ већ је дефинисан стандард за испитивање докумената.¹¹ Садржину стандарда за преглед докумената чини доктрина строге саобразности и своди се на обавезу банке да утврди да ли поднети документи по свом изгледу „чине усклађену презентацију“ и да ли су подаци у документима усклађени, односно да нису међусобно противречни.

Поднети документи су *по својој намени* (*on their face*) у складу са условима и одредбама акредитива ако на лицу немају додатних дописивања, прецртавања или фалсификата. Ако је, пак, било измена, све измене морају бити верификоване на начин прописан Једнообразним правилима.

Међусобна усклађеност докумената се процењује према садржини докумената, посебно о оним елементима који се као заједнички јављају у више врста.

Тако је прописано да *ојис робе* у документима мора одговарати опису из акредитива. Под овим елементом саобразности се подразумева не само да је роба или друга чинидба у документима описана или наведена на начин како је то одређено у акредитиву, већ и да постоји потпуно слагање у погледу количине. Свако, макар и минимално, одступање даје право банци да такве документе одбије као несаобразне, односно међусобно неусклађене. Тако је, на пример, банка као несаобразан одбила коносман у коме је било назначено да је испоручено 4.997 врећа шећера, а не 5.000, како је захтевано у акредитиву.¹² Слично као и у погледу одступања у врсти докумената, и овде није прихваћено правило *de minimis non curat lex*. У новијој пракси су, међутим, присутни извесни елементи ублажавања овако строгог тумачења,¹³ што је нашло одраза и у

10 У правној теорији на ово отворено питање указује и Р. Ellinger, *нав. дело*, стр. 217–218, наводећи у овом смислу малобројну судску праксу.

11 Члан 14 ЈП је насловљен као „Standard for Examination of Documents“ који би требало превести као стандард за испитивање, а не преглед докумената. Појам прегледа ни у језичком ни у правном смислу не одговара суштини обавезе која је овим чланом наметнута банци. Појам испитивања је шири јер се поред прегледа односи и на утврђивање међусобне усклађености.

12 Вид. *Moralice (London) Ltd v ED FD and F Mann*, [1954] 2 Lloyd-s Rep 526, или *JH Rayner and Co Ltd v Hambros Bank Ltd*, [1943] 1 KB 37, стр. 40–41.

13 Вид. Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 67–68; Р. Todd, „Discrepancies between Bills of Lading and Letters of Credit“, *Letter of Credit Update*, 1999, стр. 14–19, и у: *Cases and*

ЈП, како у погледу описа робе у осталим документима *осим у трговачкој фактури*, тако и у погледу строгости самог испитивања саобразности. Тако је одредбама члана 14 ЈП, дозвољено да, изузев у трговачкој фактури, у осталим документима опис робе, услуге или чинидбе може бити општим изразима *који нису иротивречни* са описом у акредитиву.

Корисник мора иоднећи све докуменће који су наведени у акредитиву: по *врћи* и у оном *броју* примерака како је наведено у акредитиву. Неподношење било ког документа или неподношење означеног броја примерака даје право банци да одбије такву презентацију као несообразну, јер доктрина строге саобразности не „оставља било какав простор за исте или готово исте документе“.¹⁴

Што се тиче оригинала и копија, прописана је обавеза корисника да поднесе бар један оригинал сваког документа предвиђеног у акредитиву, али ако се захтева подношење копије, дозвољена је презентација или оригинала или копија.

Врће докуменћа. У Једнообразним правилима су документи који се користе у акредитиву груписани на: отпремне или транспортне документе, документе о осигурању, трговачке фактуре и остале документе.

Оћиремни докуменћи. Овим документима корисник доказује да је у циљу испуњења обавезе испоруке, предао робу на превоз. Врста отпремних докумената зависи од уговореног начина превоза, а Једнообразна правила их деле на поморске коносмани, поштанске рецепсе или потврде о отпреми поштом и друге документе. Под другим документима се подразумевају коносмани комбинованог превоза, *FIATA* комбиновани превозни коносмани, ваздушни, железнички, друмски и речни товарни листови, складишнице и сви други документи који показују да је роба предата превозиоцу на превоз. Банка ће ове документе, осим докумената о испоруци робе поштом, прихватити као одговарајуће, ако испуњавају одређене опште услове.

Прво, сви документи морају, осим ако у акредитиву није друкчије назначено, да:

- 1) по свом изгледу показују да су *издаћи од назначеној превозиоца* или његовог агента,
- 2) *иоказују оћирему или иреузимање* робе за отпрему или утовар на брод, зависно од случаја,

Materials on International Trade Law, London, 2003, стр. 472–489, I. Carr, *International Trade Law*, Cavendish, 2005, стр. 482–485.

14 Вид. Lord Sumner u *Equitable Trust Co of New York v Dawson Partners Ltd*, (1927) 27 LIL Rep. 49.

- 3) *садрже њун сеи ориинала* који гласе на пошиљаоца, уколико су издати у више од једног оригинала, и
- 4) испуњавају остале услове акредитива.

Према друом услову, који се тиче плаћање возарине и осталих транспортних трошкова, банка ће прихватити транспортне документе који показују да возарину или транспортне трошкове треба наплатити, осим кад је акредитивом одређено да возарину треба платити унапред.

Према ирећем ойишем услову, сви отпремни документи *морају бити „чисти“*. Под чистим документима се подразумевају они документи који не садрже сувишне клаузуле или примедбе које изричито потврђују мањкаво стање робе или паковања, или и једно и друго. Осим тога, кад је датум отпреме робе одређен у акредитиву, отпремни документи морају носити датум који није каснији од тако одређеног крајњег датума. Ако у акредитиву није предвиђен крајњи датум отпреме, онда се истек рока важења акредитива сматра крајњим датумом за отпрему. У акредитиву по коме се тражи транспортни документ потребно је, такође, означити одређени временски период после датума издавања транспортног документа унутар кога се морају поднети документи за плаћање.

Документи о осигурању. Под овим документима Једнообразна правила подразумевају полисе о осигурању, али не и потврде о покрићу које издају брокери, осим ако ове потврде нису изричито дозвољене акредитивом. Поред полисе о осигурању, као прихватљиви акредитивни документ може се користити и сертификат о осигурању, у случајевима када продавац има генералну полису са осигурачем тако да за сваку испоруку уместо полисе добија сертификат. Документи о осигурању морају бити онакви какви су прописани акредитивом и издати и потписани од стране осигуравајућих друштава или осигуратеља или њихових агената. Осим тога, у њима мора бити назначено да покриће (осигурање) ступа на снагу најкасније на дан утовара или отпреме или преузимања робе за отпрему. Што се тиче износа осигурања, Једнообразним правилима се као минимални износ одређује *CIF* вредност робе или *CIP* вредност плус 10%. Међутим, ако банке не могу да утврде *CIF* или *CIP* вредност, као минимални износ прихватиће и износ акредитива или износ трговачке фактуре, зависно од тога који износ је већи. У акредитиву треба назначити и врсту осигурања које се тражи и, ако их има, допунске ризике који треба да се покрију. Непрецизне изразе као што су „убичајени ризици“ не би требало употребљавати. Ако су употребљени, банке ће прихватити документе, онакви какви су поднети, без одговорности за било који ризик који није покривен.

Комерцијална фактура или трговачки рачун представља писмени обрачун, који издаје продавац за продату робу или извођач радова за извршене услуге. Према Једнообразним правилима, фактура мора гласити на налогодавца, садржати прецизан опис робе који одговара опису из акредитива и означавати износ који је мањи или једнак износу акредитива. Ако је износ на фактури већи од акредитивног износа, а у акредитиву нису коришћене клаузуле толеранције („*circa*“, „око“ и слично), банке су овлашћене да по својој процени прихвате или одбију такве фактуре.

Остали документи. Под осталим документима се подразумевају: стоваришни рецеписи, налози за испоруке, сертификати о пореклу, тежини, квалитету и другој анализи робе и слични документи. Њих банке примају без посебног проверавања, онакви какви су поднети, осим ако уговорне стране изричито не одреде њихову садржину, и за њихове недостатке не сносе било какву одговорност.

VI Клаузуле ублажавања

Један од начина који се у пракси користи да би се онемогућило несавесним корисницима да злоупотребе своје право из документарног акредитива је уговарање тзв. клаузула о ублажавању или омекшавању, тзв. *soft clauses*. Клаузуле о ублажавању не помињу ни ЈП, нити о њима постоји опште прихваћена дефиниција у правној теорији. Ове клаузуле се у различитим облицима јављају у пракси у појединим акредитивима, а карактеристичне су за праксу са налогодавцима и корисницима из Хонгконга и Кине.¹⁵

Општи циљ клаузуле ублажавања је да спрече кориснике да злоупотребе своје право и наплате преварне и „празне“ документе. Сматра се да је овај циљ могуће остварити на два начина: уговарањем нових докумената који чине усклађену презентацију и условљавањем „ступања на снагу“ отвореног акредитива посебним условима.

У првом случају у акредитиву се од корисника захтева да поднесе нове документе које издаје налогодавац, или њихово постојање или садржина зависе од налогодавца или од његовог представника. То може бити купчева потврда да је примио робу или потврда или изјава да је прегледао робу.

У другом случају уговорене клаузуле имају за циљ да спрече наставак документарног акредитива или, одложе његово „ступање на снагу“, тако што се прописују услови за његову „оперативност“. Уобичајени или

15 Y. Zhang, „Can Soft Clauses in Letter of Credit Transactions Be Considered Letter of Credit Fraud in China?“, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2001, стр. 1.

„нормални“ документарни акредитив настаје кад корисник акредитива добије писано саопштење од акредитивне банке да је у његову корист отворен акредитив. Од тог момента се такво саопштење (акредитив) сматра оперативним и почињу да теку рокови. Међутим, код акредитива са клаузулама о ублажавању, „ступање на снагу“ тј. пуноважност се условљава испуњавањем посебних услова који су под контролом и надзором налогодавца или трећег лица које је под контролом налогодавца. Тако се оперативност акредитива може условити добијањем дозвола надлежних девизних власти купчеве (увознике) државе да је плаћање могуће извршити документарним акредитивом, или добијањем посебног уверења које издаје налогодавчева држава, да је увоз предметне робе дозвољен. У литератури се наводи и клаузула према којој ће акредитив постати ефективан (оперативан) тек након што га потврди налогодавац.¹⁶ У пракси се често оперативност већ отвореног акредитива условљава налогом или обавештењем налогодавца у коме банка обавештава корисника о изменама отвореног акредитива. Тако је у једном акредитиву отвореном у корист продавца из Кине, уговорено да продавац може приступити испоруци робе тек након што од акредитивне банке буде обавештен (преко измена акредитива) о имену брода на који треба утоварити робу и о датуму испоруке. Ове податке (измене акредитива) акредитивна банка може учинити само ако и након што их добије од налогодавца (купца из САД). У конкретном случају, продавац је допремио робу у назначену луку у којој је чекао даље инструкције. Представник купца је дошао у луку али је одбио да сачини обавештење (белешку) о датуму отпреме и имену брода. Даљи посао није могао бити настављен, а продавац се није могао ослонити на акредитив иако је представнику купца платио трошкове квалитативног прегледа робе.

У теоријском смислу, уговарање наведених клаузула отвара питање да ли њихово постојање угрожава саму суштину акредитива кога карактерише чврста, дефинитивна и неопозива обавеза акредитивне банке, или само утичу на услове његовог коришћења.

VII Утицај клаузула о ублажавању на природу акредитива и акредитивне обавезе

Све до последње ревизије ЈП, од 2007. године, документарни акредитив је био дефинисан као чврста, дефинитивна и неопозива обавеза акредитивне банке да хонорише саобразне документе, односно усклађену презентацију. За разлику од обавеза преузетих осталим по-

16 Wu Cuihua, „Risk and Prevention of letter of credit Soft Clauses, *Economic Forum*, No. 12, 2005, стр. 32. Нав. према Y. Zhang, *нав. дело*, стр. 8.

словима грађанског и облигационог права, обавезу акредитивне банке код неопозивог документарног акредитива карактерише чврстина и коначност, од момента издавања или отварања акредитива. Као момент отварања у теорији и судској пракси је, без обзира на разлике у схватању правне природе, прихваћено време када је саопштење о отвореном акредитиву доспело у руке корисника. Од тог момента обавеза банке код неопозивог документарног акредитива се не може мењати ни опозивати. На такво значење упућује у одредбе члана 76 ЈП број 600, које прописују да је акредитивна банка у неопозивој обавези да хонорирше од момента издавања акредитива.

У једном делу теорије постоји схватање да уговарање клаузуле о ублажавању омогућава да се неопозива обавеза акредитивне банке практично учини опозивом тако што налогодавац неће издати документ који се од њега очекује, а који чине усклађену презентацију, или ће инструкцијама о имену брода и датуму испоруке практично изменити услове акредитива и довести у питање чврстину и неопозивост акредитивне обавезе.

Сматрамо да се такав став не може прихватити и да све врсте клаузула о ублажавању треба третирати само као додавање новог документа, тј. новог услова за постојање усклађене презентације. Ако корисник прибави и нове документе, банка ће их испитати на исти начин као и остале (у складу са доктрином строге саобразности) и хонорисати их као усклађену презентацију, или ће их одбити према правилима која важе за оцену усклађене презентације. Стога је тешко видети у чему је промењена правна природа таквог акредитива.

Клаузула о ублажавању је пре свега, уговорна клаузула која чини део тзв. акредитивне клаузуле у основном послу. Будући да представља врсту споразума, уговорне стране су у складу са начелом аутономије воље потпуно слободне да одреде њену садржину. Но то не утиче чињеница што се уговарањем акредитивне клаузуле практично одређује и садржина будућег акредитива. Слобода уговарања се протеже и на слободу одређивања садржине документарног акредитива, па се купац и продавац могу договорити да један од услова за усклађену презентацију буду и поменути документи које издаје купац или који зависе од њега. Ово право купца се не може оспорити посебно ако се има у виду злоупотребно и преварно понашање несавесних корисника, али и чињеница да неке од докумената који чине усклађену презентацију, као што су фактура у превозни документи издаје сам продавац или утиче на њихову садржину. Очување равнотеже интереса уговорних страна као и начело савесности и поштења дају основа купцу да уговарањем клаузула о ублажавању покуша да умањи ризик коме је изложен од стране несавесних продаваца – корисника акредитива. Тако посматра-

не, клаузуле о ублажавању су дозвољене као саставни део акредитивне клаузуле у основном послу са становишта општих правила грађанског и облигационог права. Међутим, с обзиром да акредитивне клаузуле и у њима садржана клаузула о ублажавању представља ембрион будућег документарног акредитива¹⁷ и с обзиром на особености документарног акредитива као апстрактног правног посла, може се поставити питање да ли дејство клаузула о ублажавању доводи у питање функционисање основних правила која важе за документарни акредитив.

Што се тиче утицаја клаузула о ублажавању на основна начела на којима почива функционисање документарног акредитива, већ је констатовано да оне на утичу на ова начела, нити им је то био циљ. Ове клаузуле не могу утицати ни на настанак самог акредитива и његову правну природу. Стога би као неопозиве требало сматрати и оне код којих по инструкцијама налогодавца акредитивна банка саопштава кориснику кроз измене отвореног акредитива, нове услове, односно документе који чине усклађену презентацију. таква акредитив и даље остаје неопозиви такве измене би требало третирали као измене неопозивог документарног акредитива. Наиме, и неопозиви документарни акредитиви се могу мењати сагласношћу свих страна у послу акредитива. На постојање такве сагласности упућује клаузула о ублажавању. Међутим, због деловања начела аутономије акредитива, није довољно да клаузула о ублажавању буде уговорена само у основном послу и у налогу о отвореном акредитиву, већ и у самом саопштењу о отвореном акредитиву.

Са друге стране, клаузулама о ублажавању се не мења ни стандард или доктрина строге саобразности, у смислу да се ублажава степен пажње који се од номиноване банке очекује код испитивања поднетих докумената. Клаузулама се једноставно уговарају нови документи издасти од налогодавца који чине усклађену презентацију.

VIII Оправданост уговарања клаузуле ублажавања

Као основни разлог за уговарање клаузула о ублажавању се наводи жеља да се налогодавци заштите од несавесних корисника који злоупотребљавају апстрактни карактер акредитивне обавезе и начело аутономије и пословања документима а не робом. Пошто су правна средства која у тим случајевима стоје на располагању налогодавцима одређена националним прописима¹⁸ и практично ограничена само на

17 Р. Вукадиновић, *Правни односи из међународној документарној акредитива*, Београд, 1991, стр. 69.

18 Вид. В. Wheble (1987), *Opinions of the ICC Banking Commission – On Queries relating to Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 1984–1986*, ICC Publishing

предлоге за издавање привремених мера и, евентуално, на право банке да у случају тзв. доказане преваре такву презентацију одбије као неусклађену, налогодавци су заштиту својих права „узели у своје руке“ и почели да уговарају клаузуле о ублажавању. Крајњи циљ њиховог уговарања је био врло прагматичан: условити подношење докумената претходним прегледом робе од стране налогодавца који ће о томе издати документ који чини део усклађене презентације.

Тиме, међутим, није отклоњена могућност злоупотребе нити је она смањена. Напротив, уместо што је постојала на једној страни (на страни корисника), уговарањем подношења налогодавчевих докумената, отворена је могућност злоупотребе и на другој страни (на страни налогодавца). Своју позицију налогодавци могу да злоупотребе једноставним одбијањем да издају такве документе чиме ће онемогућити савесним корисницима да остваре своја права из документарног акредитива. На тај начин се и документарни акредитив као банкарски посао у потпуности компромитују као поуздано средство плаћања и средство заштите интереса обе уговорне стране. Тако је уместо једног зла, отворен пут и за друго, па се чини да клаузула ублажавања не само што не доприноси ублажавању постојећих проблема, већ води уништавању угледа који је до сада имао документарни акредитив.

Стога се чини да би проблеме који настају због злоупотребног и преварног понашања корисника требало решавати строжим санкцијама према таквим корисницима, који би у каснијем судском поступку одговарали не само за повраћај неосновано наплаћеног износа и накнаду штете, већ и по основу посебног кривичног дела злоупотребе документарног акредитива.

IX Закључак

Покушаје налогодавца да уговарањем тзв. клаузула о ублажавању онемогуће хонорисање преварних акредитивних докумената требало би схватити као израз неповерења у саму природу и начин функционисања документарног акредитива. Иако се често наводи да документарни акредитив једнако добро штити интересе обе уговорне стране из основног посла, чињеница је да корисници могу наплатити цену из основног посла и кад своје обавезе нису уопште извршили или их нису извршили у складу са уговором. То је могуће када корисник сам изда фактуру и преваром дође до осталих докумената. Пошто у складу са начелом

S.A., ICC Publication No. 434, p. 23; M. Kurkela, *Letters of Credit Under International Trade Law: UCC, UCP and Law Merchant*, New York, London & Rome: Oceana Publications. Inc., 1985, стр. 31-32.

пословања документима а не робом, банка не може (и не мора) улазити у истинитост садржаја поднетих докумената може се десити да, и поред доследне примене доктрине строге саобразности, такви документи буду хонорисани. Као одговор на такве ситуације, уговарањем тзв. меких клаузула налогодавци од корисника траже да поднесу и документе које сами (налогодавци) издају на основу претходне провере стања испоручене робе.

У том случају се као основно, поставља теоријско питање да ли се на тај начин ствара нова врста документарног акредитива и да ли се на тај начин заиста избегава његова злоупотреба. Анализа је показала да се уговарањем поменутих докумената само мењају услови за усклађену презентацију, а да се не дира у саму природу акредитива. Са друге стране, налогодавци заборављају да управо својом непажњом отварају простор корисницима за разне врсте злоупотребе. Најчешће то чине тако што или не уговоре поуздани начин контроле испоручене робе и пратеће документе, као документе који чине усклађену презентацију. Налогодавцима је остављена потпуна слобода да и без тзв. меке клаузуле уговоре сертификат о контроли од познате и кредибилне контролне куће, не само приликом испоруке него и приликом пријема чиме би издавање празних докумената било готово немогуће. Зато се чини да одговор не би требало тражити у новим правилима, већ у бољем разумевању и доследној примени постојећих правила, па и доктрине строге саобразности.

Radovan D. VUKADINOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

THE DOCTRINE OF STRICT COMPLIANCE AND SOFT CLAUSES IN LETTERS OF CREDIT

Summary

Attempts of applicants of letters of credit to prevent honoring of fraudulent documents by contracting so called "soft clauses" should be understood as an expression of no confidence in the nature and functioning of documentary letters of credit. Although documentary letter of credit often referred to as a good tool for protecting interests of both parties in underlying transaction, the fact is that beneficiary can take the price from the underlying transaction even when his duties were not performed or not performed in accordance with the

contract. This is possible when the beneficiary issues the invoice and uses deception to provide for other documents. Since in accordance with the principle that banks deal with documents and not with goods, the bank cannot (and should not) go into the truthfulness of the documents presented, it may be that, despite the consistent application of the doctrine of strict conformity, such documents will be honored. In response to this situation, by contracting the so-called soft clauses it is required from beneficiaries to submit that the documents are issued by applicants on the basis of previous test of the condition of the goods supplied.

In this case, a key theoretical question is whether in this way a new kind of documentary letters of credit is created and does contracting of soft clauses actually avoid misuse of letter of credit rights. The analysis has shown that contracting of mentioned documents only means the new conditions for complying presentation, and does not interfere with the nature of the letter of credit. On the other hand, applicants just forget that they inadvertently open up space for various types of abuse. This is usually done by omitting to contract reliable control of the delivered goods and related documents, as the documents of complying presentation. The applicants enjoy full freedom to contract, without soft clauses, certificate of control of the well-known and credible control house, not only on delivery but also on receiving of contracting goods, which means that issue of blank documents will be almost impossible. Therefore, it seems that the answer should be sought not in the new rules, but in better understanding and consistent application of the existing rules, including the doctrine of strict compliance.

Key words: *documentary credit, complying presentations, honoring, the principal, beneficiary, soft clauses, the doctrine of strict conformity.*

др Александар ЂИРИЋ
редовни професор на Правном факултету Универзитета у Нишу

СПОРАЗУМ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ О ТРГОВИНСКИМ ОЛАКШИЦАМА*

Резиме

Аутор је у раду посветио пажњу перспективним правцима развоја трговинских уговорора у оквиру Светске трговинске организације (СТО), који добијају нову физиономију након њене девете Министарске конференције, одржане од 3. до 7. децембра 2013. године на Балију (Индонезија), и усвајања Споразума СТО о трговинским олакшицама у међународним трговинским односима. Трговинске олакшице подразумевају јоједностављење увозних и извозних докумената, ефикасније и убрзане трансграничне процедуре, аутоматизацију трговинских и царинских процедура, убрзање једноставног приступа информацијама од значаја за трговину, мање формалности у транзитну, обезбеђење сарадње трансграничних царинских органа, и чини низ других мера. Аутор, најпре, указује на значај уговора о трговинским олакшицама под окриљем СТО и Девете Министарске конференције, док централни део рада посвећује Споразуму о трговинским олакшицама СТО, анализирајући његове циљеве, садржину, структуру, стање, имплементацију, као и чини низ конкретних мера, које Споразум предвиђа као механизме јоједностављења трговинског промета робом на глобалном светском тржишту.

* Рад је резултат истраживања на Пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, бр. 179046, који финансира Министарство образовања и науке Републике Србије.

Кључне речи: *Споразум о трговинским олакшицама СТО, Девеџа Министарска конференција СТО, Бали пакети, трансарени-ности и трговинским информацијама, трговински царинења робе, посебни трговински у вези са увозом, извозом и трансареницијом, „Јединствени шалтер“.*

I Уместо увода

Међународне организације су, данас, носиоци нормативне делатности и „законодавци“ *sui generis*.¹ Поштујући врховни интерес међународног промета, ефикасну, брзу и јефтину размену робе, услуга и новца, оне доприносе хармонизацији и унификацији нормативне основе међународних трговинских односа.² Свакако да се најважнија промена и реформа у овој материји везује за појаву Светске трговинске организације (СТО).³ Процена је да учешће земаља чланица СТО, уз примену њених правила, у укупној светској трговини робе и услуга достиже чак 98% целокупног светског трговинског промета. СТО је институционални оквир мултилатералног трговинског система, а извори права, који настају под њеним окриљем, представљају правно-регулаторни оквир светске трговине.

СТО је персонификација процеса преласка држава са двостраног на мултилатерални вид регулисања међународне трговине (мултилатерализација међународних трговинских односа – МТО). За правни механизам СТО се може рећи да представља инструмент универзализације права спољнотрговинског пословања и унификације правних система унутрашњег права њених чланица.

У ставу 1, члана 1 Споразума о оснивању Светске трговинске организације се истиче да „СТО обезбеђује заједнички институционални оквир трговинских односа међу својим чланицама у вези са питањима која се односе на споразуме и повезане правне инструменте, који су садржани у Анексима овог Споразума.“⁴ Споразум о трговинским

1 Број међународних организација данас је импозантан. Указује се на појаву пролиферације и дуплирања њихових надлежности. Предлаже се увођење посебног међународног тела (*international clearing house*), ради успостављања реда у њиховом делокругу рада. Вид. Јелена Вилус, Славко Царић, Славко Шогоров, Душанка Ђурђев, Драго Дивљак, *Међународно трговинско право*, Нови Сад, 2008, стр. 75.

2 S. H. Burman, „Building on the CISG: International Commercial Law Developments and Trends for the 2000’s“, *Journal of Law and Commerce*, бр. 17/1998, стр. 355–364.

3 Радомир Ђуровић, Александар Ђирић, *Међународно трговинско право – Описи и гео*, Ниш 2005, стр. 112.

4 „The WTO shall provide the common institutional framework for the conduct of trade relations among its Members in matters related to the agreements and associated legal instruments included in the Annexes to this Agreement“, СТО, чл. 1. ст. 1.

олакшицама свакако припада том кругу правних инструмената, који ће након свог ступања на снагу, постати саставни део „правног поретка“ СТО. Самим тим, његово дејство условљава обавезу прилагођавања одговарајућих националних извора права чланица СТО, као и земаља које су у фази пријема у чланство, попут Србије.

II Преговори о трговинским олакшицама под окриљем СТО и Девета Министарска конференција

Пакет правних докумената СТО, од самог почетка његовог настанка, није био имун од недостатака и сопствене недоречености које су, пре свега, рефлексивна дисбаланса у односима клуба богатих и клуба сиромашних чланица. На Министарској конференцији СТО у Сингапур у одржаној 1996. године, министри трговине чланица СТО су наложили Савету за трговину робом да спроведе аналитичко истраживање у вези са питањима поједностављења процедура у међународној трговини. Задатак иновирања тзв. „покривених споразума“ („covered agreements“), који чине правни систем СТО, је постављен убрзо након њиховог усвајања. Тако је 2001. године започела прва рунда трговинских преговора после оснивања СТО, а девета након *GATT*-а 1947, позната под називом Доха рунда.⁵ Поприште је тешких трговинских преговора, који су дуго времена остали без неког значајнијег резултата. У агенду ове Рунде је укључено око 20 области о којима се воде напорни преговори. Поред читавог низа тема, наметнуло се, по свом значају, питање трговинских олакшица и поједностављења трговинских поступака, које је у оквиру Рунде добило карактер сталности.

Агендом Доха рунде преговора је опредељена посебна тачка, на основу које је Савет за трговину робом задужен да „остварује надзор, тумачење и дораду члана V (Слобода транзита), затим члана VIII (Таксе и специјалне процедуре, у вези са увозом и извозом), као и члана X (Публикација и администрирање правила трговине) *GATT*-а, у редакцији 1994. године. Наведена три члана *GATT*-а управо уређују мере поједностављења царинске процедуре и њихову хијерархију у поступку примене, укључујући како развијене, тако неразвијене и земље у развоју“.⁶

5 Доха-рунда (*Doha Round*) је синоним за текуће трговинске преговоре, који је као прва рунда после оснивања СТО, добила назив „Рунда развоја“. Преговори су почели у новембру 2001. године. Функционални циљ им је снижавање трговинских ограничења, који би омогућиле чланицама увећање међусобног обима трговине.

6 Поједностављење царинских процедура је уређено Међународном конвенцијом за олакшање и хармонизацију царинских процедура (Кјотска конвенција), која је ступила на снагу 1974, после чега је она претрпела измене и допуне, од којих

Међу чланицама СТО није било спорно да је један од основних циљева преговора усмерен на усавршавање и допуњу одговарајућих норми чланова V, VIII и X *GATT-a 1994*. Наведене одредбе *GATT-a* су постале основа даљих преговора о новим трговинским олакшицама, јер су оне оцењене недовољним правним оквиром за лакши и једноставнији промет у трансграничном промету робе на светском тржишту.

Конкретни преговори са циљем усвајања Споразума о трговинским олакшицама су започели 2004. године. Мандат за почетак преговора о олакшавању трговине садржан је у Анексу Д Одлуке коју је усвојио Генерални Савет СТО, јула месеца 2004. године у Хонг Конгу.⁷ Већ 2008. године су биле опредељене основе будућег Споразума, да би 2010. године биле настављене активности на изради текста Споразума, који би био прихватљив за све његове учеснице.

Преговори о трговинским олакшицама у трговини робом су се разликовали од преговора за смањење тарифних и укидање нетарифних препрека. Њихов циљ је фокусиран на припрему општих, обавезујућих правила за олакшање и поједностављење поступака за промет робом у трансграничном робном промету чланица СТО.

Током преговора је констатовано да поједностављење поступка царинске контроле треба да постане класичан узајамно користан начин поступања како за развијене, тако и за неразвијене државе, где нико не може бити губитник.⁸

Коначно, чланице СТО су постигле консензус. Преговори који су се одвијали у оквиру Доха рунде, резултирали су на Деветој Министарској конференцији одржаној на Балију (Индонезија)⁹ доношењем Споразума о трговинским олакшицама. Иначе, ова Конференција се сматра историјским догађајем и значајним успехом читаве Организације.¹⁰ Она

је најзначајнија извршена 1999. године. Вид. www.wcoomd.org/Kyoto_New/Content/content.html.

7 Вид. *Decision Adopted by the General Council on 1 August 2004, WT/L/579*, доступно на адреси: http://wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.

8 Оцењује се да би највећу корист од Споразума о поједностављењу трговинске процедуре требало да имају управо пословни субјекти из земаља у развоју. Паралелно са тим, неке земље су испољиле забринутост у погледу трошкова имплементације обавеза, које проистичу из Споразума, и позивају развијене земље и финансијске организације да их финансијски подрже у циљу увођења нових мера.

9 *At the Ninth Ministerial Conference, held in Bali, Indonesia, from 3 to 7 December 2013, ministers adopted the „Bali Package“, a series of decisions aimed at streamlining trade, allowing developing countries more options for providing food security, boosting least-developed countries' trade and helping development more generally. They also adopted a number of more routine decisions and accepted Yemen as a new member of the WTO.* Више података оступно на адреси: <https://mc9.wto.org/>.

10 Поред Генералног савета, Секретаријата и директора, Министарска конференција је орган СТО, као њено врховно тело, које чине представници свих чланица. Од-

је уследila после дванаестогодишњих тешких мултилатералних преговора у оквиру Доха рунде. Министри чланица СТО су потписали пакет споразума („*Bali Package*“),¹¹ који обухвата материју поједностављења процедуре трговинског промета, затим област пољопривреде, трговину памуком,¹² као и питања преференцијалног третмана земаља у развоју у међународним трговинским односима.¹³ Успело се да, након других преговора у овој области, дође до усаглашених ставова чланица СТО. Оцењено је да је усвајање Споразума о трговинским олакшицама најважнији резултат Девете Министарске конференције, који је обележио повратак СТО на светло мултилатералних трговинских акција и успеха.

III Споразум СТО о трговинским олакшицама (*WTO Trade Facilitation Agreement – TFA*)

Након више од десет израђених нацрта Споразума, на Министарској конференцији СТО одржаној децембра 2013. године, усвојен је Споразум о трговинским олакшицама. Том документу се придаје изузетан значај и он се свртава у најважније изворе права СТО од времена

ржава се најмање једанпут у 2 године. Од оснивања је одржано укупно девет састанака. Конференција је овлашћена да доноси одлуке о сваком питању из делокруга рада СТО и у вези са функционисањем мултилатералних трговинских споразума, који чине право Организације. Вид. Александар Ђирић, *Међународно трговинско право, Ојшћић гео*, Ниш, 2012, стр. 120.

- 11 „*Bali Package*“ обухвата следећа документа: *Agreement on Trade Facilitation, Ministerial Decision, WT/MIN(13)/36 or WT/L/911, Agriculture – General Services, Ministerial Decision, WT/MIN(13)/37 or WT/L/912; Public Stockholding for Food Security Purposes, Ministerial Decision, WT/MIN(13)/38 or WT/L/913; Understanding on Tariff Rate Quota Administration Provisions of Agricultural Products; Agreement on Agriculture, Ministerial Decision, WT/MIN(13)/39 or WT/L/914; Export Competition – Ministerial Declaration, WT/MIN(13)/40 or WT/L/915; Cotton-Cotton, Ministerial Decision, WT/MIN(13)/41 or WT/L/916; Development and LDC issues Preferential Rules of Origin for Least-Developed Countries – Ministerial Decision, WT/MIN(13)/42 or WT/L/917; Operationalization of the Waiver Concerning Preferential Treatment to Services and Service Suppliers of Least-Developed Countries, Ministerial Decision, WT/MIN(13)/43 or WT/L/918; Duty-Free and Quota-Free Market Access for Least-Developed Countries, Ministerial Decision, WT/MIN(13)/44 or WT/L/919; Monitoring Mechanism on Special and Differential Treatment, Ministerial Decision, WT/MIN(13)/45 or WT/L/920*, Видети: *9TH WTO MINISTERIAL CONFERENCE, BALI, 2013, Bali Ministerial Declaration and decisions*, више података доступно на адреси: wto.org/english/thewto_e/minist_e/m.
- 12 Кина и друге водеће земље по произвођњи памука – Бенин, Буркина-Фасо, Мали и Чад, су 3. децембра 2013. објавили заједнички информациони Коминике, у коме су најавиле своју намеру о јачању сарадње у памучној индустрији у оквиру СТО.
- 13 О преференцијалном третману неразвијених земаља и земаља у развоју више видети: А. Ђирић, *нав. дело*, стр. 52.

након окончања Уругвајске рунде трговинских преговора, пре двадесет година. Споразум има за циљ да поједностави процедуре царинења робе широм света применом нових мултилатералних правила о трговинским олакшицама у свим земљама чланицама.

Важност Споразума произлази из његовог утицаја на поједностављење и олакшање трговинске процедуре, што у коначном ефекту смањује трошкове у вези са реализацијом трговинских уговора, посебно оних који прате царинења у поступцима увоза, транзита и извоза робе.¹⁴ Одредбе Споразума обавезиваће трговинске партнере из 160 чланица,¹⁵ примењиваће се на свим граничним и царинским прелазима, а повреда његових норми ће бити санкционисана у поступку решавања спорова предвиђеном правним механизмом СТО.¹⁶

1. Циљеви Споразума

Основни циљеви Споразума су: олакшање трансграничне трговине (*Trade facilitation*), које укључује скраћење бирократске процедуре у поступку са робом на царинским границама у увозу и извозу робе; убрзање промета робе; остварење брзог и ефикасног поступка царинења; унапређење сарадње између царинских органа чланица СТО; унапређење техничке помоћи и сарадње, као и изградња капацитета за примену Споразума, посебно у земљама у развоју. Поједностављење поступка у међународним трговинским односима је сложен процес, чије успешно спровођење може обезбедити значајне уштеде како пословним субјектима, тако и буџетима чланица СТО. Према подацима *OECD*, трошкови у царинским процедурама у међународној трговини просечно учествују у калкулативним елементима цене са 10 до 15% вредности робе у промету.¹⁷

14 Јединственог опредељења израза „поједностављена процедура трговине“ нема. Трговински представник САД *Robert Zellik* је описао мере поједностављења трговинске процедуре као „фактичко, проширење процедуре, које обезбеђује излаз на тржиште уз смањење трошкова у вези обављања трговинских операција и гаранција благовремених транзитних испорука“. Вид. *WTO Trade Facilitation Agreement: A Business Guide for Developing Countries, International Trade Centre (ITC), Geneva: ITC, 2013, Doc. No. BTP-13-239.E*.

15 Последња 160. чланица СТО је Јемен, који је примљен у чланство децембра месеца 2013. године.

16 О механизму СТО за решавање спорова видети: *Aleksandar Ćirić*, „The dispute settlement procedure before the World Trade Organization“, *Yearbook on International Arbitration*, Antwerp, Berlin, Copenhagen, Vienna, Graz, Volume I, 2010, стр. 57–75.

17 *Organization for Economic Cooperation and Development, OECD Observer. The Costs and Benefits of Trade Facilitation. October 2005*. Више података доступно на адреси: http://www.policyinnovations.org/ideas/policy_library/data/01201.

На основу оцене Конференције УН за трговину и развој (*United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*), просечна царинска трансакција укључује различит и непотребан број учесника, а дешава се да трошкови царинења у многим случајевима надмашују трошкове дажбина који се плаћају у царинским поступцима.

Организација за економску сарадњу и развој (*Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD*), процењује да ће применом Споразума СТО о трговинским олакшицама остварити циљано смањење укупних трошкова од 10 % у развијеним земљама и до 13–15,5% у земљама у развоју.¹⁸ Према проценама ове Организације, уколико би дошло до смањења глобалних трговинских трошкова за 1 %, остварио би се циљ пораста прихода на светском тржишту за више од 40 милијарди долара годишње, при чему би се тај позитиван ефекат у већој мери одразио на земље у развоју. Споразум би истовремено олакшао заинтересованим учесницима међународних трговинских односа приступ глобалном тржишту.¹⁹

Наводи се и поређење из кога произлази да је у земаља чланицама *OECD* за увоз робе по контејнеру потребно, у просеку, 10 дана уз трошкове од око 950 САД \$, док је за исту врсту трансакције у афричким земљама, потребно у просеку 35 дана (за извоз) и 44 дана (за увоз), по цени по контејнеру између 1,660 \$ за извоз, и 1.986 \$ за увоз робе.²⁰

На основу процена Међународне трговинске коморе (*International Chamber of Commerce – ICC*), успешна имплементација Споразума о трговинским олакшицама СТО, посматрана кроз визуру функционалне реализације постављених циљева, могла би омогућити 21 милион нових радних места широм света, од чега би земље у развоју добиле више од

18 OECD, *Trade facilitation agreement would add billions to global economy, says OECD* (Mar. 5, 2013). Доступно на адреси: <http://www.oecd.org/trade/trade-facilitation-agreement-would-add-billions-to-global-economy-says-oecd.htm>. „The potential cost reduction of comprehensive trade facilitation reform is almost 14.5% for low income countries, 15.5% for lower middle income countries, 13.2% for upper middle income countries and 10% for OECD countries“. OECD, *OECD Trade Facilitation Indicators Transforming border bottlenecks into global gateways*; доступно на адреси: http://www.oecd.org/tad/facilitation/OECD_Trade_Facilitation_Indicators_updated-flyer_May_2013.pdf.

19 Вид. OECD, *Trade facilitation agreement would add billions to global economy, says OECD* (Mar. 5, 2013), доступно на адреси: <http://www.oecd.org/trade/trade-facilitation-agreement-would-add-billions-to-global-economy-says-oecd.htm>.

20 Terence P. Stewart and Patrick J. McDonough, *Is a Trade Facilitation Agreement Likely at the WTO Ministerial in December?*, 2013, доступно на адреси: <http://www.stewart-law.com/Article/ViewArticle/961>. Видети *World Economic Forum, The Global Enabling Trade Report 2008*, стр. 36; доступно на адреси: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalEnablingTrade_Report_2008.pdf.

18 милиона, а привредно развијене државе би могле да рачунају на три милиона нових радних места.²¹

2. Садржина и структура Споразума

Садржински посматрано, текст Споразума²² се одликује дводелном структуром, која је употпуњена Завршним напоменама и Прилогом бр. 1, који садржи обавештење о пружању помоћи земљама у развоју. Прилог бр. 1 је настао као решење на испољену бојазан од стране привредно неразвијених чланица СТО, које су упозориле да оне не би биле у могућности да испуне високе захтеве у вези са применом Споразума у пракси, што би довело до појаве бројних спорова услед нарушавања његових норми. То је условило договор међу чланицама СТО да се земљама у развоју пружи подршка техничке и финансијске природе, као и повољнији режим за имплементацију Споразума о трговинским олакшицама.²³

Први део Споразума је посвећен мерама и обавезама чланица СТО у циљу поједностављења царинских поступака. Има 12 чланова.²⁴ Други део садржи 10 чланова. Односи се на механизме примене Споразума. Управо је у њему предвиђен посебно диференциран режим за земље у развоју и најмање привредно развијене чланице СТО. Овај део садржи веома детаљне услове примене Споразума о олакшању трговинских поступака у односу на ту групу држава, утврђује њихову обавезу у вези са имплементацијом, али и рокове повољности, који су предвиђени у њиховом интересу и у контексту олакшане примене Споразума у пракси.

21 Hogan Lovells, Lewis E. Leibowitz, Craig A. Lewis, Chandri Navarro, Jonathan T. Stoel and Samantha Clark Sewall, *Landmark WTO Trade Facilitation Agreement promises to streamline customs clearance procedures around the world*, доступно на адреси: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx>.

22 Вид. WTO, *Ministerial Conference, Ninth Session, Bali, 3–6 December 2013, Agreement on trade facilitation, MINISTERIAL DECISION OF 7 DECEMBER 2013*, доступно на адреси: http://www.wto.org/english/tratop_e/tradfa_e/tradfa_e.htm, 30.3.2014.

23 Више података доступно на адреси: <http://ictsd.org/i/news/bridgesrussian185126>.

24 Чл. 1: Публикација и приступ информацијама; чл. 2: Претходно публиковање и консултације; чл. 3: Претходне одлуке; чл. 4: Процедуре по жалбама или преиспитивање одлука; чл. 5: Друге мере, усмерене на обезбеђење непристрасности, отклањање дискриминације и увећање транспарентности; чл. 6: Мере регулисања у области импортно-експортних дажбина и такси; чл. 7: Царињење робе; чл. 8: Координирање делатности пограничних управа; чл. 9: Кретање увозне робе под царинским надзором; чл. 10: Специјалне процедуре, у вези са увозом, возом и транзитом; чл. 11: Слобода транзита; чл. 12: Сарадња царинских органа.

3. Транспарентност и приступ информацијама

Први блок одредби Споразума од члана 1 до члана 5 је посвећен питањима транспарентности и приступу информацијама. Проблемски се поклапа са нормама чл. X *GATT-a*, а односи се на питања: публикавања информација; информација, које су доступне преко Интернета; информативних центара и пружања обавештења од значаја за олакшање трговинског промета.

Свака држава учесница се обавезује да, без одлагања, публикује подробну информацију о поступку увоза, извоза и транзита робе, формама докумената, царинским стопама и таксама, правилима о утврђивању порекла робе,²⁵ правилима тарифних квота, правилима класификације и критеријума утврђивања вредности робе, као царинске основице, затим информације о споразумима са другим државама, који се односе на увоз, извоз и транзит, као и правилима у вези са жалбеним поступком на донете одлуке у царинском поступку. Препоручује се да се информације публикују на националном језику, као и на једном од службених језика СТО.²⁶ Информације треба да буду доступне и преко Интернета. Дакле, основна обавеза чланица СТО се огледа у њиховој дужности да „благовремено“ публикују широки спектар информација и услова у вези са поступцима царинења робе. Очигледно је да ће спровођење члана 1 Споразума условити потребу за унапређењем ефикасности националних информационих служби у вези са транспарентношћу података из наведених области. То конкретно значи и потребу за обезбеђењем финансијских средстава, припрему и обуку одговарајућих кадрова.

Чланом 2 Споразума чланице СТО се обавезују, да омогуће прелиминарно упознавање са актима из области регулисања трговине, пре њиховог ступања на снагу, као и да обаве консултације са учесницима међународних трговинских односа и са другим заинтересованим странама. Поред тога, чланице су дужне да организују обуку и саветовања пограничних органа и других заинтересованих страна на територији своје државе.

25 О правилима о пореклу робе више вид. Александар Ђирић, „Значај правила о пореклу робе у међународним трговинским односима“, *Присјуй и правосуђу – инструментии за имплементацију европских стандарда у иравни систем Републике Србије*, Тематски зборник радова, Књига 5, Ниш, 2010. стр. 435–458; Александар Ђирић, „Методи утврђивања порекла робе у спољнотрговинском промету“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2011, стр. 718–731.

26 Енглески, француски и шпански језик су службени језици СТО. Вид. <http://www.wto.org>.

4. Доношење претходних одлука као мера олакшања прекограничног промета робе

Чланом 3 Споразума установљена су нова правила СТО, која омогућавају поједностављење поступака код царинења робе у међународном промету. Наиме, увозници и извозници робе се суочавају са одлукама о класификацији и пореклу робе, чија суштина често зависи, на пример, од поступања царинске службе, или чак и од ротације запослених службеника у царинској администрацији, која врши процену вредности увозно-извозне робе. Таква пракса доводи до неизвесности у вези са стварним ефектима читаве трговинске операције, будући да неуједначено поступање у истим или сличним ситуацијама доводи до различитог оптерећења робе царинским дажбинама, што утиче на коначну цену робе, али и на развој међународних трговинских односа у целини.

Погрешна процена, неодговарајућа класификација, или неадекватна примена правила о пореклу робе представљају вид нетарифних ограничења и начин заобилажења важећег тарифног система. Томе ваља придодати проблем корупције царинских службеника у циљу примене повољнијег режима у царинском третману робе.

Члан 3 Споразума, коме се придаје значај важне норме, обавезује чланице СТО да преко својих овлашћених националних органа издају претходне одлуке на основу поднетог захтева за царинење робе учесника спољнотрговинског промета.

Претходном одлуком се, између осталог, унапред, односно пре спровођења поступка непосредног царинења робе, одређује њена тарифна класификација, затим применљива стопа царинске дажбине, царинска вредност робе, као и утврђивање земље њеног порекла. Ова одредба Споразума би требало да допринесе убрзању поступка царинења робе, као и отклањању евентуалних грешака и непотребних спорова. Њена реализација у пракси ће захтевати значајно стручно усавршавање сарадника царинских служби и царинских органа у земљама чланицама СТО. „Претходне одлуке“ се доносе на основу важећих правних норми, чиме се привредницима обезбеђује гаранција и извесност поступања царинског органа при доношењу коначне одлуке. Дакле, доношење претходних одлука омогућава да се поступак царинења робе спроведе ефикасније и брже, без сумњи у компетентност царинске службе, и уз предупређење појаве системске корупције.²⁷

27 Више података доступно на: <http://www.wcoomd.org>.

5. Жалба на решење царинских органа

Уколико пословни субјект, који остварује међународни трговински промет, сматра да је директно оштећен одлуком, или радњом пропуштања царинског органа, према одредбама чл. 4 Споразума, орган је дужан да, на основу захтева странке, односно декларанта, објасни разлоге свог поступања. Незадовољан учесник у поступку царинења робе има право апелације пред надлежним државним органом. Преиспитивање одлука од стране апелационих органа треба да омогуће јединствену примену закона и нормативно-правних аката Светске царинске организације. Процењује се да би примена оваквог система апелације могла бити разлог оснивања специјализованих „царинских судова“.

6. Мере усмерене на обезбеђење непристрасности, отклањање дискриминације и повећање нивоа транспарентности

Чланом 5 Споразума о олакшању трговине су предвиђене нове обавезе, које се стављају у задатак чланицама, у вези са пограничном царинском контролом и прегледом прехранбених производа, пића и хране за животиње. Уколико чланица СТО, у циљу повећања ефикасности контроле, изда обавештења или инструкције, одредбе овог члана је обавезују да, у поступку такве контроле, узима у обзир степен и ниво ризика, као и да потребне мере примењује на једнообразан начин. Увозник, или његов овлашћени агент, дужан је да влада информацијама о свим случајевима задржавања робе, и ако прва инспекцијска анализа покаже негативан резултат, чланица је, на основу захтева странке, дужна да понови проверу стања на роби.

При анализи ризика за здравље, потребно је ослањати се на научне доказе, које прате независни, објективни и транспарентни закључци. Полазећи од губитака, који би пословни субјекти могли да претрпе услед процењеног ризика у вези са стањем на роби, која је предмет царинског поступка, Споразум им признаје право да затраже анализу и мишљење независне контролне организације.

7. Регулаторне мере у материји увозно-извозних дажбина

Посебан блок одредаба Споразума у делу текста од 6 до 12 члана, обухвата питања царинских тарифа, такси и посебних поступака, у вези са увозом, извозом и транзитом робе. Чланом 6 се утврђује износ такси

и накнада, у вези са увозом и извозом робе, осим царинских дажбина и пореза, који треба да одговарају реалној вредности пружених услуга.²⁸

Овај члан садржи критеријуме за јасније опредељење шта је потребно укључити у вредност пружених услуга. То питање ће се појавити пред царинским органима појединих држава, као и органима царинских унија и слободних царинских зона.

8. Поступак царинења робе

Чланом 7 Споразума, који се тиче поступка царинења, препоручује се учесницима спољне трговине да подносе документа у електронској форми пре доласка робе на царину, како би се убрзао процес преласка робе преко царинске границе. Предлаже се раздвајање поступка преласка робе и обавеза уплате царинских дажбина, пореза и такси у поступку царинења робе. Установљава се могућност издавања робе до утврђивања и уплате царинских дажбина, пореза и такси.

Наведени члан Споразума предвиђа низ конкретних обавеза, које се, пре свега, односе на: а) претходну обраду документације; б) електронско плаћање; в) разграничење фазе издавања робе и коначног обрачуна царинских дажбина; г) управљање ризицима; д) проверу после обављеног царинења; ђ) просечно време задржавања робе на граници; е) овлашћене привредне оператере; ж) убрзани превоз; з) брзо кварљиву робу и др.

а) У погледу претходне обраде документације, чланице СТО су, сагласно Споразуму, дужне примењивати процедуре обраде штампаних (папирних) и електронских докумената и спроводити остале посебне поступке до приспећа увозне робе, како би убрзали њено царинење и царинско ослобођење.

б) Када је реч о електронском плаћању, Споразум предвиђа да уколико могућности допуштају, чланице СТО се обавезују да пословним субјектима обезбеде плаћање царине, дажбина и такси електронским путем.

в) Поступак раздвајања функције царинења робе и коначног обрачуна царинских дажбина, подразумева обавезу чланица да примењују

28 Ово питање је било предмет спора у оквиру ГАТТ-а, који се тичао опредељења царинских надокнада од стране Владе САД, на основу примене *ad valorem* стопе увозне робе. Трибунал, је препоручио влади САД да утврди фиксне износе такси опредељујући њихову висину према реалној вредности за њихову наплату. Влада САД је испунила препоруку, међутим после тога је у оквиру СТО било више спорова, услед чињенице да је обрачун такси те врсте у низу земаља прелазило реални износ вредности пружених услуга. И. И. Дјумулен, „Упрощение процедур в международной торговле – перспективное направление торговых переговоров в рамках ВТО в 2012 году“, *Мировая экономика*, N° 4/2012.

процедуре, које омогућавају ослобођење робе од царинског надзора до коначног обрачуна царинских дажбина, уколико се за то испуне све потребне нормативно-правне претпоставке. У таквим ситуацијама се могу захтевати гаранције или друга средства обезбеђења плаћања, при чему сума обезбеђења плаћања не би требало да прелази износ, који треба да буде наплаћен, уз неодложни повраћај средства обезбеђења плаћања, након што престане потреба за њим.

г) У вези са управљањем ризицима, свака чланица СТО се обавезује да, по могућности, примењује одговарајући систем управљања ризицима, што треба да омогући да се акценат царинске контроле стави на транспорт робе са највећим ризиком, што би омогућило да се терети са најмањим степеном ризика пропуштају брже. Сагласно реченом, допушта се селективна царинска контрола свих терета, уз примену најефикаснијих метода царинског поступка, који се заснивају на управљању ризицима.²⁹

д) Споразум предвиђа да поступак провере, после извршеног царинења, обавезује земље чланице да спроводе систем провере на основу захтева странака.

ђ) Споразум препоручује чланицама СТО да публикују средње време царинења робе, што би требало да буде потврда странкама да нема прекомерних задржавања робе на границама. Препоручује се коришћење методе истраживања времена пропуштања робе на границама које постоји на нивоу Светске царинске организације. У теорији постоји схватање да се, у циљу повећања ефикасности рада одговарајућих служби у оквиру реализације мера царинских органа усмерених на оптимизацију процедуре на границама, а такође и обезбеђења ефективне примене мера за олакшање поступака у трговинском промету, може користити институт, који је познат као „истраживање времена потребног за прелаз робе преко границе“. Он се описује као уникатно средство за анализу ефикасности пограничних и, делом, царинских поступака, будући да су са њим директно повезане мере за олакшање процедуре трговине на границама.³⁰

29 Према основним одредбама Царинског закона Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 18/2010 и 111/2012), управљање ризиком је дефинисано као „систематско утврђивање ризика и примена свих неопходних мера за умањење ризика и обухвата радње као што су прикупљање података о ризику, анализу и процену ризика, прописивање мера, редован надзор над њиховом применом и разматрање резултата мера предузетих на основу извора и стратегија царинске службе и других надлежних служби у Републици, као и на основу међународних извора и стратегија“.

30 Shingo Matsuda, „The Time Release Study as a performance measurement tool for a supply chain and an international corridor“, *World Customs Journal*, Volume 6, Number 1, Brussels, 2012, доступно на адреси: <http://www.worldcustomsjournal.org/media/wcj/2012/1/Matsuda.pdf>.

е) Споразум СТО посебну пажњу удељује категорији тзв. „овлашћених оператора“ (*Authorised operators*), којима се признаје право на додатне трговинске олакшице. Оне за њих значе преимућство, јер им омогућавају убрзани промет робе, право на подношење упрошћене документације и скраћење поступка прегледа товара.³¹ Ова олакшица се може довести у везу са могућношћу коришћења услуга царинских агената, у односу на које Споразум забрањује чланицама да уводе императивну обавезу коришћења њихових услуга, будући да таква мера може бити основ сувишних царинских трошкова.

ж) Приликом прегледа и преласка робе преко царинске линије држава, земље чланице СТО су дужне да примењују *процедуру убрзаног промета*. То се посебно односи на операторе који се баве експресним достављањем, превозом робе ваздушним транспортом, чија се делатност заснива на гаранцији брзе испоруке. Такав третман на границама омогућава брзу испоруку робе комерцијалним предузећима. Тиме се повећава њихова конкурентска способност и смањују трошкови импута, уз избегавање непотребног складиштења репроматеријала у виду сувишних резерви за производњу.

з) Споразумом СТО о трговинским олакшицама је договорено да чланице примењују поступак прегледа лако кварљиве робе на граници на начин који ће омогућити најбржи и даљи несметан транспорт, дајући таквој роби приоритет за прекоредни преглед, уз обезбеђење услова за њено чување, уколико то захтева увозник.³²

9. Координисање делатности пограничних управа

Споразум установљава обавезу за земље чланице да обезбеде узајамну сарадњу и координацију делатности својих царинских управа, служби и органа, одговорних за пограничну контролу и процедуре увоза, извоза и транзита робе, у циљу поједностављења и олакшања међународне трговине. У том смислу могу се предузимати и мере, које су наведене у Споразуму, а тичу се узајамног усаглашавања: радног времена и радних дана; процедуре и специфичних захтева царинских служби; питања заједничког коришћења објеката на граничним прелазима

31 Критеријуми примене мера ове врсте су детаљно предвиђени у Споразуму СТО. Они су садржани и у документу Светске царинске организације из 2005. са изменама и допунама из 2012. године, под називом „Оквирни стандарди безбедности и поједностављења процедуре међународне трговине“ (*SAFE Framework of Standards to Secure and Facilitate Global Trade – the SAFE Framework of Standards*). *International Trade Centre (ITC), WTO Trade Facilitation Agreement: A Business Guide for Developing Countries, Geneva: ITC, 2013. (Technical paper), Doc. No. BTP-13-239.E, стр. 14.*

32 Пример фризо контејнера са смрзнутим прехрамбеним артиклима.

и заједничко оснивање потребних служби и установа; заједничке процедуре контроле робе; устројства комплексних пограничних пунктова и др.

10. Кретање увозне робе под царинским надзором

Земље чланице се чл. 9 Споразума обавезују, када је то могуће, да омогуће транспорт увозне робе под царинским надзором од улазног пункта у земљу до места њеног коначног царинења.

Таква мера је предвиђена у циљу убрзања преласка терета на границама и његовог царинења на унутрашњим царинским пунктовима.

11. Посебни поступци у вези са увозом, извозом и транзитом

Члан 10 Споразума је посвећен минимизацији терета и сложености посебних увозних процедура, извоза и транзита, а такође смањењу обима документације. У том смислу предвиђају се посебни поступци прибављања потребне документације.

Ступањем Споразума на снагу, чланице ће бити дужне да прилагоде своје процедуре у вези са обезбеђењем документације за увоз, извоз и транзит терета, на начин, који би омогућавао брзо и ефикасно царинење робе, што би резултирало уштеду у времену и средствима. Препоручује се чланицама СТО да у поступку царинења робе користе како папирнате, тако и копије у електронској форми, које прате одговарајућу документацију. Државни органи се обавезују да признају копије докумената издатих од стране других држава, што се не односи на документацију пословних субјеката.

12. „*Single window*“ („Јединствени шалтер“)

Мера којој се придаје посебан значај у процесу установљавања нових трговинских олакшица је обавеза чланица СТО да одреде и опреме посебне пунктове, који ће имати функцију пријема документације за увоз, извоз и транзит робе по принципу „*Single window*“. Реч је о напредном инструменту за постизање трговинских олакшица, који се сусреће и под називом „јединствени шалтер“, који се дефинише као систем који омогућава свим учесницима у трансграничној трговини да поднесу информације и доказе које захтева регулаторни орган за увоз, извоз и транзит робе, само на једном месту и у једном стандардизованом облику. Сагласно стандарду „*Single window*“, учесници међународног трговинског промета достављају податке и документацију о увозној или

извозној роби, само једанпут. Пуни ефекат таквог система је могућ уколико га примењују сви одговарајући погранични национални царински органи.

У функцији поједностављења поступка царињења робе, информација, достављена преко система „*Single window*“ не би могла да се поново тражи од стране других царинских органа, који су иначе укључени у исти национални пункт „*Single window*“. Такође, препоручује се да такви пунктови користе електронску размену података.

У каталог трговинских олакшица, Споразум сврстава и предопремне провере за оцену царинске вредности робе, затим опште пограничне процедуре и униформне захтеве у погледу документације, која прати робу. Посебна пажња посвећена је и мерама у вези са слободом транзита и међусобне сарадње националних царинских органа.

Чланице СТО су дужне да формирају националне комитете за олакшање трговинског поступка, или да у вези са тим установе друге одговарајуће механизме за реализацију мера из Споразума о трговинским олакшицама.

13. Ступање на снагу и имплементација Споразума

Ступање на снагу Споразума подразумева веома сложену процедуру, чија анализа превазилази оквире и предмет овога рада. Укратко, ступање на снагу Споразума најпре пролази фазу у којој Генерални савет СТО, у року до 31. јула 2014, треба да усвоји „Протокол о изменама и допунама“. Након наведеног рока, чланице СТО могу започети поступак приступања Споразуму прихватањем Протокола. Рок за приступање је 31. јул 2015. Споразум ће се спроводити од дана његовог ступања на снагу, након чега ће он бити обавезујући за све чланице СТО. Међутим, предвиђен је повољнији и флексибилнији режим прихватања и изградње капацитета за примену Споразума за земље у развоју и за најмање развијене чланице.³³

Како би се у реализацији и примени Споразума помогло земљама у развоју и привредно најсиромашнијим чланицама СТО, Споразум предвиђа његову примену по фазама и у продуженим роковима. Такве мере су оправдане и темеље се на оцени неопходних трошкова и потребног времена за имплементацију у односу на сваку поједину чланицу.

Без обзира на обавезни карактер, који Споразум има у односу на све чланице, признаје се и респектује чињеница, да је неким земљама потребна техничка помоћ за испуњење свих или појединих преузетих оба-

33 Вид. *Section II of the Agreement on trade facilitation, Special and differential treatment provisions for developing country members and least developed country members.*

веза. У том смислу су се све чланице договориле да ће земље у развоју и привредно најсиромашније чланице СТО, своје обавезе испуњавати сагласно реалним могућностима, чиме је самим Споразумом установљена велика гипкост у његовој имплементацији, што је пропраћено и новом терминологијом – „*йосебно диференцирани односи*“.

Ти односи почивају на праву сваке земље у развоју да опредељује рокове ступања на снагу конкретних обавеза из Споразума, које су разврстане у три категорије:

- а) Категорија А обухвата обавезе, које чланице намеравају да испуне одмах после ступања Споразума на снагу;
- б) У категорију В су сврстане обавезе, које ће чланице почети да испуњавају у одређено време после прелазног периода;
- в) Категорији С припадају обавезе, које чланице намеравају да почну да испуњавају у времену после прелазног периода и примљене помоћи на име техничке подршке за достизање потребног капацитета.

У вези са наведеним, биће састављен „списак изузећа“, којим ће свака чланица обавестити СТО о успостављању категорија В и С, што ће значити да све остале обавезе подлежу категорији А.

Све чланице СТО, у односу на категорију С, имају могућности да затраже од дозорских установа техничку подршку и/или помоћ у циљу стимулесања неопходног потенцијала, о чему се закључује посебан споразум. После постигнутог договора, свака страна је дужна да обавести СТО о датуму испуњења обавеза. За случај, када се у тој или другој земљи појаве тешкоће у вези са пружањем неопходне подршке, или са испуњењем обавезе без техничке помоћи, као и уколико је потребно преместити одређене обавезе из категорије В у категорију С, Споразум нормира детаљну процедуру благовременог обавештавања Комитета за трговинске олакшице. Такође је предвиђено да се индивидуалне шеме изузећа и услова њиховог испуњења за поједине чланице објављују на одговарајући начин, који омогућава пословној заједници доступност таквим информацијама.

IV Уместо закључка

Споразуму о трговинским олакшицама се придаје изузетан значај, и он се с правом сврстава у најважније изворе права СТО од окончања Уругвајске рунде трговинских преговора пре двадесет година. Споразум треба да омогући брзо и ефикасно царинење робе на границама широм света применом нових мултилатералних правила о царинским процеду-

рама у свим земљама чланицама. Тиме ће се смањити време и трошкови преласка робе преко царинских граница, што доприноси реализацији функционалног циља примене трговинских олакшица предвиђених Споразумом.

Потреба за поједностављењем поступака у међународном трговинском промету је резултат спознаје да је прекогранична размена робом условљена бројним, често и непотребним формалностима. У многим случајевима је поступак царинења робе неефикасан и непотребно дуготрајан, што произлази из недостатка транспарентности националних прописа о спољнотрговинском промету. Томе доприноси неефикасна сарадња националних царинских администрација, непотребно дуплирање докумената и нагомилавање других формалности.

Трговинске олакшице предвиђене Споразумом имају за циљ смањење или елиминацију процедуралних и административних препрека, које ограничавају ефикаснију спољнотрговинску размену робе међу чланицама СТО. Оне укључују усклађивање и поједностављивање увозних и извозних докумената, ефикасније и упрошћене граничне процедуре, аутоматизацију трговинских и царинских поступака, уз пружање једноставног приступа информацијама од значаја за трговину, поједностављивање формалности транзита, као и обезбеђење сарадње трансграничних царинских органа.

Са своје стране, технолошки развој стално диктира нужност унификације процедуре и њену компјутеризацију практично у свим фазама припреме и реализације пословних уговорних односа. Поједностављење трговинских поступака подразумева не само упрошћавање документације, која прати робу у поступку њеног царинења, већ и олакшице у поступању и предузимању мера техничког карактера од стране царинских органа националних пограничних контрола.

Може се закључити да Споразум о трговинским олакшицама СТО представља универзалну мултилатерализовану правну основу и механизам за реализацију очекиваних циљева и ефеката, пре свега економског карактера, на глобализованом светском тржишту.

Aleksandar ĆIRIĆ, PhD
Professor at Faculty of Law University of Niš

WORLD TRADE ORGANIZATION AGREEMENT ON TRADE FACILITATION*

Summary

In this paper the author has devoted attention to up-and-coming directions in trade negotiations' development within the World Trade Organization (WTO), which take on a new physiognomy after WTO's Ninth Ministerial Conference held in Bali (Indonesia), in December 2013, and the adoption of the WTO Agreement on Trade Facilitation in international trade relations. Trade facilitation measures include the simplification of import and export documents, more efficient and simplified cross-border procedures, automatization of trade and customs procedures, providing easy access to information relevant to trade, less formality in the transit of goods, provision of cross-border cooperation between customs authorities, and other measures. At first the author points to the importance of negotiations on trade facilitation measures under the WTO, while in the central part of the paper he analyses the WTO Agreement on Trade Facilitation, his status, implementation, objectives, content and structure. Subjects of particular analyses in this paper are the whole series of concrete measures, which the agreement provides as mechanisms of streamlining trade of goods on the global world's market.

Key words: World Trade Organization (WTO), Ninth Ministerial Conference, Bali Package, Single window, Trade Facilitation Agreement – TFA.

* The paper is the result of the Project, No. 179046, implemented by the Faculty of Law, University of Nis, and funded by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

др Душанка ЂУРЂЕВ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

др Симиша ДОМАЗЕТ
доцент на Универзитету Едуконс, Сремска Каменица
спољни сарадник на Институту Економских наука, Београд

ДРЖАВНА ПОМОЋ ЗА ЖЕЛЕЗНИЧКИ ПРЕВОЗ КАО ДОПРИНОС РАЗВОЈУ ОДРЖИВОГ ТРАНСПОРТА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ*

Резиме

Државна помоћ за железнички транспорт подстиче прелазак на еколошки чистије видове превоза путника и робе. Анализа процена ЕУ показује да се државна помоћ за железнички транспорт може доделити за финансирања железничких предузећа уз помоћ инфраструктурног финансирања, за кувовину и обнову возног парка, оштривање дугова од стране држава чланица у циљу финансијског ревитализирања железничких предузећа, за реструктурирање железничких предузећа, за потребе координације транспорта, као и за државне гаранције за железничка предузећа. Ипак, одредбе о државној помоћи ишхође се сировести у дело на територији Републике Србије, нарочито кад је реч о правима помоћи представљеним у Смерницама. Решење представља регионална државна помоћ, јер се Република Србија, имајући у виду степен привред-

* Овај рад је део истраживачких пројеката под шифрама 47009 (Европске интеграције и друштвено-економске промене привреде Србије на путу ка ЕУ), 176019 (Петрогенеза и минерални ресурси Карпато – балканида и њихов значај у заштити животне средине) и 179079 (Биомедицина, заштита животне средине и право), финансираних од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије за период од 2011–2014. године.

не развијености може у целини сврстати под стайстички регион А. На тај начин, неће доћи до кришења одредаба Уније о државној помоћи.

Кључне речи: право, заштитна животиње средине, државна помоћ, одрживи развој, железнички транспорт.

I Увод

У новије време се појам одрживи развој (енгл. *sustainable development*) користи као најшири појам који се везује за различите делатности у пружању услуге или производњи, па и у начину живота, а означава висок квалитет, еколошку прихватљивост, економску оправданост и безбедност такве активности.¹ Као одржив саобраћај се дефинише онај који је безбедан, квалитетан, приступачан свима, еколошки прихватљив, економски оправдан и који позитивно доприноси локалном, националном и међународном развоју.² Свест о потреби развоја уравнотеженог саобраћаја у Европи, као и подстицање еколошки прихватљивијих, а уз то и јефтинијих видова транспорта је присутна не само у стручним и привредним круговима, него и међу корисницима транспортних услуга. Доминација друмског саобраћаја као кључног у копненом превозу, показала је низ слабости, пре свега због загађивања ваздуха и буке коју производи, као и загушења која ствара у градовима. У поређењу са друмским превозом, железнички превоз, као и превоз унутрашњим пловним путевима има низ предности, јер је јефтинији, безбеднији и чистији за животну средину. Ваздушни саобраћај, који користи специфичну енергију, значајно загађује ваздух, док је поморски превоз ризичан због загађења изливањем нафте или другог погонског горива. Посебна опасност за животну средину постоји када се превозе тзв. опасне материје (нафта, хемикалије, радиоактивни материјали, као и друге

1 У Извештају УН „Наша заједничка будућност“, који је на позив УН сачинила Светска комисија за животну средину и развој 1987. године, предвиђено је да одрживи развој представља развој који задовољава потребе садашњице, а да не доводи у питање способност будућих генерација да задовоље сопствене потребе. Вид. UN Documents, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, A/CONF. 199/20, стр. 1–5.

2 Вид. Transport for Sustainable Development in the ECE region Economic Commission for Europe, Commission on Sustainable Development, 2010, стр. 2–4; Todd Litman, *Sustainable Transportation and TDM*, Online TDM Encyclopedia, Victoria Transport Policy Institute, доступно на адреси: <http://www.vtpi.org/tdm>, стр. 2–32; Preston Schiller, Erick Bruun, Jeffrey Kenworthy, *Introduction to Sustainable Transportation: Policy, Planning and Implementation*, London, 2010, стр. 12; Elizabeth Deakin, *Sustainable Development and Sustainable Transportation: Strategies for Economic Prosperity, Environmental, Quality and Equity*, Working paper 2001–2003, University of California at Berkeley, стр. 7–20.

штетне материје), јер у случају да дође до акцидената, настају штете несагледивих последица по животну средину.

Очито је да сваки вид саобраћаја производи ризике загађењем ваздуха, земљишта или воде, али су ти ризици различити. Отуда, међународна заједница кроз своје институције, инсистира на равномернијем развоју свих видова саобраћаја и предност даје железничком саобраћају и саобраћају унутрашњим пловним путевима.

Тако се о значају саобраћаја говори још у Белој књизи о будућем развоју заједничке саобраћајне политике из 1991, која представља прекретницу у саобраћајној политици Заједнице (сада Уније), јер транспортни систем постаје делатност која се развија и регулише на комунитарном нивоу.³ Један од циљева је и превазилажење доминације друмског саобраћаја и стварање могућности развоја транспортног система у духу одрживог развоја.

Европска комисија (у даљем тексту: Комисија) је прихватила измену Беле књиге из 2001. године, названу Европска саобраћајна политика за 2010. годину – време за одлучивање.⁴ У овом документу се недвосмислено уочавају кључни проблеми европског саобраћаја, а то су неуравнотеженост појединих саобраћајних грана, доминација друмског саобраћаја на копну, потреба повезивања саобраћајних грана, уклањање уских грла у превозу. Предвиђено је шездесет мера за њихово постепено решавање до 2010. године. Као приоритети су предвиђени развој железничког и саобраћаја унутрашњим пловним путевима.

Комисија је 2011. године донела и Европску стратегију за транспорт, изнесу у Белој књизи 2011 – Бела књига – Нацрт за јединствени европски прометни простор – На путу конкурентног и економски ефикаснијег саобраћајног система.⁵ У овом документу предвиђено је четрдесет конкретних мера, ради стварања конкурентног транспортног система. Основни циљ је смањење употребе класичног горива које емитује штетне гасове. Зато се инсистира на модернизацији саобраћаја производњом нових возила која ће користити биогориво и друге мање штетне изворе енергије, као и модернизацијом инфраструктурних објеката.

Посебан део у најновијој Белој књизи назван је Визија за конкурентнији и трајнији саобраћајни систем, у коме се истиче потреба коришћења чистије енергије, модернизација инфраструктуре и дирек-

3 Вид. White Paper on Common transport Policy, 1991, COM (92) 494.

4 Вид. European-Transport Policy for 2010 – time to decide, COM (92001) 370.

5 White Paper 2011 – Roadmap to a Single European Transport Area – Towards a competitive and resource efficient transport system, COM/2011/144.

тно смањивање негативног утицаја саобраћаја на животну средину, воду, ваздух, земљиште и екосистем. Предлажу се мере за унапређење железничког превоза, интегрисање железничког европског простора, подстицање унутрашње пловидбе, уклањање ограничења у каботажима, подстицање превоза на мору на кратким релацијама, као и развој мултимодалног саобраћаја.

У најновијим међународним документима се инсистира на одрживом саобраћају или саобраћају у функцији одрживог развоја (енгл. *transport for sustainable development*). Зато су значајни међународни прописи којима се регулишу разни аспекти саобраћаја (еколошки, безбедносни, организациони). Донет је низ прописа у ЕУ којима се регулише саобраћајна политика Уније и посебни облици транспорта, који заслужују пажњу.

Разуме се, развој железничког превоза, односно потреба за обезбеђењем одрживог транспорта, изискује значајна финансијска средства за инфраструктурно финансирање, куповину и обнову возног парка, отказивање дугова у циљу финансијског реактивирања железничких предузећа, реструктурирање железничких предузећа и слично. С обзиром на бројне проблеме са којима се суочава железнички транспорт у многим државама чланицама Уније (као што су застарелост возног парка, лоша инфраструктура, недостатак обртног капитала), државна помоћ представља адекватан начин за превазилажење проблема у овом сектору. Сврха рада је да се ближе дефинишу услови под којима је додела државне помоћи допуштена са аспекта одредаба о слободној конкуренцији, садржаних у Уговору о функционисању ЕУ (у даљем тексту: УФЕУ), као и у актима такозваног секундарног законодавства ЕУ. На тај начин, пружиће се својеврстан оријентир за поступање надлежних органа Републике Србије у овој области.

II Мере ЕУ о државној помоћи за железнички транспорт

Иако у Уговору о функционисању Европске уније није дата експлицитна дефиниција државне помоћи, истакнута је генерална забрана њене доделе. Тако, према члану 107(1) УФЕУ, уколико Уговорима није супротно предвиђено, било која помоћ дата од стране државе чланице или кроз државне изворе у било којој форми уопште, која нарушава или прети да наруши (енгл. *distort*) конкуренцију фаворизовањем неких предузећа или производње неких роба, биће инкомпатибилна са унутрашњим тржиштем, уколико утиче на трговину између држава чланица. Језичким тумачењем изводи се закључак да наведена одредба

оставља могућност да се у појединим случајевима може одступити од поменуте забране.⁶

Такав случај је са чланом 93 УФЕУ, који се односи на транспорт, па самим тим и на железнички транспорт. У складу са овим чланом, помоћи ће бити компатибилне са Уговорима уколико испуњавају потребе координације транспорта или ако представљају накнаду за испуњавање одређених обавеза својствених концепту јавне услуге. Дакле, државна помоћ за железнички транспорт може бити изузета од примене члана 107(1) УФЕУ, с обзиром да је то у интересу Уније као целине. Дакле, члан 93 УФЕУ представља својеврсни *lex specialis* у односу на општи режим државне помоћи, који се и даље примењује на област транспорта. На основу овог члана донета је Уредба 1370/2007 Европског парламента и Савета о услугама јавног железничког и друмског превоза путника и стављању ван снаге Уредаба Савета (ЕЕЗ) 1191/69 и 1107/70 (у даљем тексту: Уредба)⁷, која је праћена одговарајућим Смерницама о државној помоћи за железничка предузећа из 2008. године (у даљем тексту: Смернице).⁸

Кад је реч о Смерницама, оне се односе на примену чланова 93 и 107 УФЕУ⁹, као и на имплементацију у погледу јавног финансирања железничких предузећа. Оне обухватају: а) јавно финансирање железничких предузећа уз помоћ инфраструктурног финансирања; б) државну помоћ за куповину и обнову возног парка; в) отказивање дугова од стране држава чланица у циљу финансијског реактивирања железничких предузећа; г) помоћ за реструктурирање железничких предузећа; д) помоћ за потребе координације транспорта, као и њ) државне гаранције за железничка предузећа.¹⁰

У погледу помоћи за *финансирање железничке инфраструктуре*, одредбе садржане у Смерницама се односе само на ефекте јавног финансирања инфраструктуре. У том погледу, јавно финансирање железничке инфраструктуре може изазвати поремећаје у функционисању

6 То се односи на помоћ која не нарушава конкуренцију на унутрашњем тржишту (члан 107(2) УФЕУ), као и помоћ која може да не нарушава конкуренцију на унутрашњем тржишту (члан 107(3) УФЕУ).

7 Енгл. Council Regulation 1370/2007 on public passenger transport services by rail and road [2007] 315/1, repealing Council Regulation 1191/69 on action by Member States concerning the obligations inherent in the concept of a public service in transport by rail, road and inland waterway [1969], *OJ* L156/1 (except in respect of freight transport services until December 2012) and Regulation 1107/70 on the granting of aids for transport by rail, road and inland waterways [1970], *OJ* L130/1.

8 Вид. Communication from the Commission, Community Guidelines on State aid for railway undertakings [2008], *OJ* C184/07.

9 Раније чланови 73, односно 81 Уговора о ЕЗ. У раду ће бити коришћена нова нумерација.

10 Смернице, тач. 21.

конкурентског процеса, с обзиром да се на тај начин омогућава предност одређеним предузећима у односу на конкуренте. Такав став је потврђен у случају *Netherlands v. Commission*, где је Суд заузео став да се мора извршити процена да ли предметна мера финансирања инфраструктуре олакшава терет плаћања која обично оптерећују буџете железничких предузећа.¹¹ Другим речима, да би се радило о државној помоћи, потребно је да постоји селективан приступ у погледу погодности омогућених само појединим железничким предузећима. С друге стране, у случају *United Kingdom v. Commission*¹² заузет је став да се неће радити о државној помоћи уколико је приступ железничкој инфраструктури омогућен свим потенцијалним корисницима на праведан и недискриминаторски начин, по ценама у складу са прописима Уније.¹³ Ако се, пак, утврди да јавно финансирање железничке инфраструктуре представља државну помоћ, она може бити одобрена на основу члана 93 УФЕУ. Услов за то је да инфраструктура задовољава потребе транспортне координације.¹⁴

У Смерницама је пажња посвећена и *државној помоћи за куповину и обнову возног парка*. У том погледу, истичу се негативни показатељи, као што су застарелост возног парка (како вагона, тако и локомотива), мале инвестиције у његову обнову, као и одсуство подстицаја за озбиљније активности на том пољу. Такав став не треба да чуди, будући да инвестиције у возни парк могу ојачати конкурентски положај предузећа, омогућити већи степен безбедности у железничком саобраћају, али и допринети већој интероперабилности између националних железничких мрежа. Не треба занемарити ни позитивне ефекте по животну средину, као што је смањење нивоа буке која настаје приликом вршења железничког превоза.¹⁵

Приликом процене компатибилности овог облика државне помоћи, Комисија ће применити неколицину критеријума садржаних у Смерницама, или другим сличним актима Уније, којима се уређује регионална државна помоћ,¹⁶ државна помоћ за реструктурирање,¹⁷ државна

11 Вид. Case C-382/99, *Netherlands v. Commission* [2002], ECR-I-5163.

12 Вид. Case *United Kingdom-Freight Facilities Grant* [2002], OJ C45.

13 Смернице, тач. 24–25.

14 Смернице, тач. 26.

15 Смернице, тач. 28.

16 Вид. Guidelines on national regional aid [2006], OJ C54/13. Прве смернице о регионалној државној помоћи примењују се још од 1972. године. О томе вид. Frank Rawlison, *The Commission's Policy Frameworks: The Role of Policy Frameworks, Codes and Guidelines in the Control of State Aid*, стр. 54; Ian Harden et. al. *State Aid: Community Law and Policy*, стр. 37–46.

17 Вид. Community Guidelines on State aid for Rescuing and Restructuring Firms in Difficulty [2004], OJ C244/2.

помоћ за мала и средња предузећа,¹⁸ државна помоћ за заштиту животне средине¹⁹ и слично.

У погледу регионалне државне помоћи за инвестиције у возни парк важи специфичан правни режим, који се односи на железнички превоз путника. Иако Смернице о регионалној државној помоћи садрже негативан став у погледу државне помоћи за ове намене, Комисија је направила изузетак и у Смерницама предвидела решење по којем је наведени облик помоћи допуштен, уз кумулативно испуњење неколико услова. Прво, возни парк мора бити искључиво намењен за вршење градских, приградских или регионалних услуга превоза путника у одређеном региону, или за одређену линију која опслужује неколико различитих региона. Друго, возни парк мора остати искључиво намењен за одређени регион или одређену линију која пролази кроз неколико различитих региона за које је примљена помоћ за последњих десет година. Треће, замена возног парка мора задовољавати највише стандарде интероперабилности, безбедности, као и заштите животне средине.²⁰ Четврто, држава чланица мора доказати да пројекат доприноси кохерентној стратегији регионалног развоја.²¹ Јасно, жеља је да се постигне одговарајућа кохезија унутар Уније.²²

Комисија ће настојати да избегне неоправдано нарушавање конкуренције. Притом, узмеће у обзир додатне приходе који могу проистећи из замењеног возног парка, на пример приходе од њихове продаје трећим лицима, или коришћењем на другим тржиштима. Додела помоћи може бити условљена претходном обавезом примаоца помоћи да, под нормалним тржишним условима, прода у целини или делимично возни парк који више не користи. Циљ је омогућити конкурентима да користе предметни возни парк. С друге стране, Комисија неће благонаклоно гледати на неодговарајуће коришћење државне помоћи. У погледу

18 Вид. Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises, *OJ L 124*, 20.5.2003, стр. 36–41; Commission communication – Model declaration on the information relating to the qualification of an enterprise as an SME, *OJ C 118*, 20.5.2003, стр. 5–15; Corrigendum to the Commission Communication – Model Declaration on the information relating to the qualification of an enterprise as an SME, *OJ C156*, 4.7.2003, стр. 14.

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

20 Оља Мунитлак Ивановић, Сениша Домазет, „Државна помоћ за прилагођавање стандардима Европске уније за заштиту животне средине у време економске кризе“, *Пословна економија*, бр. 2/2011, стр. 271–289.

21 Смернице, тач. 34, 36.

22 Jasin Batista, „Latest Developments in Regional and Horizontal State Aid“, *European State Aid Law Quarterly*, бр. 4/2005, стр. 407–413; Andy Pike, Andres Rodriguez-Pose, John Tomaney, „What Kind of Local and Regional Development and for Whom?“, *Regional Studies*, Vol. 41, бр. 9/2007, стр. 1253–1269.

дозвољених прагова интензитета помоћи, кумулацији помоћи, као и регионалним мапама државне помоћи, примењиваће се одредбе Смерница о регионалној државној помоћи.²³ У случају да је прималац помоћи овлашћен да пружа услуге од општег економског интереса које захтевају куповину или обнову возног парка и уколико већ прима компензацију по том основу, поменута компензација ће бити узета у обзир приликом одређивања износа регионалне помоћи која би могла бити додељена датом предузећу. Циљ је да се избегне превисок износ компензације, што би било у супротности са одредбама о државној помоћи.²⁴

Кад је реч о *државној помоћи у облику ојказивања дугова*, она ће бити оцењена на основу Смерница о државној помоћи за спасавање и реструктурирање предузећа у тешкоћама из 2008. године (у даљем тексту: Смернице о спасавању),²⁵ или на основу члана 93 УФЕУ, ако се отказивање дугова односи искључиво на координацију транспорта, или компензацију по основу вршења услуга од општег економског интереса.²⁶ Овај вид државне помоћи може бити проглашен компатибилним са унутрашњим тржиштем, уколико олакшава прелазак на отворено железничко тржиште и уз кумулативно испуњење више услова.

Прво, помоћ мора служити превазилажењу дугова који су настали пре 15. марта 2001, односно пре ступања на снагу Директиве 2001/12/ЕС, сем у случају када се ради о државама чланицама које су приступиле Унији после тог датума. Тада ће релевантан датум бити дан приступања Унији. Друго, дугови морају бити директно повезани са активностима железничког транспорта или активностима управљања, изградње или коришћења железничке инфраструктуре. Овај услов неће бити испуњен ако се помоћ односи на инвестиције које нису повезане са железничком инфраструктуром. Треће, отказивање дугова мора бити у корист предузећа која се суочавају са превеликим нивоом презадужености. У том погледу, државна помоћ мора бити усмерена ка решавању финансијских проблема, нарочито уколико развој конкуренције неће омогућити предузећима да поравнају дугове у предвидљивој будућности. Притом, анализа испуњености наведеног услова укључиће и унапређења продуктивности која предузеће може разумно очекивати. Четврто, помоћ не сме бити претерана, односно мора бити нужна за задовољење сврхе њене доделе. То значи да она не сме ставити предузеће у ситуацију

23 Смернице, тач. 37–38.

24 Смернице, тач. 40.

25 Вид. Community Guidelines on State aid for Rescuing and Restructuring Firms in Difficulty [2004], OJ C244/2; Commission Communication concerning the prolongation of the Community Guidelines on State aid for Rescuing and Restructuring Firms in Difficulty [2009], OJ C156/2.

26 Смернице, тач. 52–53.

повољнију од оне у којој се налази просечно предузеће сличног профила активности, којим се добро управља. Најзад, пето, отказивање дугова не сме омогућити предузећу конкурентску предност тако да се спречи развој ефективне конкуренције на тржишту. То посебно важи у случају када би помоћ одвратила конкуренте од уласка на тржиште. Осим тога, помоћ не сме бити финансирана на основу накнада наметнутих другим железничким оператерима.²⁷

Компатибилност помоћи за реструктурирање железничких предузећа ће, такође, бити оцењена на основу Смерница о спашавању. Поменуте Смернице су требале да важе до краја 2009. године, па им је важност накнадно продужена до октобра 2012. године, да би потом Комисија издала Обавештење којим је важење наведеног акта продужено до доношења нових правила о државној помоћи за спашавање и реструктурирање предузећа у тешкоћама.²⁸

Треба нагласити да је у Смерницама регулисана помоћ за реструктурирање раздвојеног теретног сектора железничких предузећа, имајући у виду све јачу конкуренцију. У том погледу, Комисија ће пре доделе помоћи затражити правно раздвајање теретног сектора од сектора превоза путника, уз његову трансформацију у комерцијално предузеће. На овај начин, искључило би се укрштено субвенционисање између реструктурираног сектора и остатка предузећа и обезбедило да сви финансијски односи између ове две активности буду спровођени на одржив начин и на комерцијалним основама.²⁹

Државна помоћ за спашавање и реструктурирање предузећа се може доделити само предузећима која се налазе у „тешкоћама“, при чему дефиниција таквих предузећа није дата у УФЕУ, већ у Смерницама о спашавању. Комисија ће сматрати да се ради о предузећу у тешкоћама уколико је оно неспособно да, било уз помоћ властитих ресурса, или уз помоћ средстава које може да прибави од стране његових сопственика/акционара или поверилаца, спречи губитке који ће га, без спољне интервенције од стране јавних власти, скоро сигурно осудити на престанак пословања у кратком или средњем временском року.³⁰ Предузеће у тешкоћама не може да испуњава своје обавезе према повериоцима, чак и уколико је пословна активност коју врши веома профитабилна.³¹ Дакле, могуће је да предузеће западне у тешкоће финансијске природе, али

27 Смернице, тач. 55-60.

28 Commission communication concerning the prolongation of the application of the Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty of 1 October 2004, [2012], OJ C296/3.

29 Смернице, тач. 72.

30 Смернице о спашавању, тач. 9.

31 *Ibidem*.

не и у економске тешкоће. У том смислу, емпиријске студије су показале да су финансијске турбуленције много чешће од економских.³²

Кад је реч о железничком транспорту, Смернице предвиђају одређене специфичности. У том погледу, мора се укључити и случај када теретни сектор представља кохерентну економску целину, која ће бити правно одвојена од остатка железничког предузећа, кроз процес реструктурирања пре доделе помоћи, и која се суочава са тешкоћама које би је окарактерисале као предузеће у тешкоћама, у смислу Смерница о спашавању. Како би теретни сектор железничког предузећа био претворен у одрживу економску целину, он мора обухватити све активности превоза терета (индустријске, комерцијалне, рачуноводствене или финансијске). Комисија ће, приликом процене да ли се сектор превоза терета налази у тешкоћама, посебно узети у обзир способност остатка железничког предузећа да осигура опоравак сектора који ће бити реструктуриран.³³

Још једна специфичност у односу на Смернице о спашавању присутна је у погледу новооснованих предузећа. Наиме, према Смерницама о спашавању, новоосновано предузеће не може добити помоћ за спашавање или реструктурирање. Међутим, помоћ за реструктурирање може бити додељена предузећу насталом по основу правног издвајања од остатка железничког предузећа. Жеља Комисије је да се омогући његово пословање у одрживим условима. Услов за доделу помоћи је да предузеће које ће настати по основу правног издвајања укључује целокупни сектор теретног транспорта (укључујући и имовину, одговорности, капитал, као и радну снагу). Уколико се наведени услов испуни, Комисија неће дати привредни субјект окарактерисати као новоосновано предузеће, у смислу Смерница о спашавању.³⁴

Даље, Смернице о спашавању истичу потребу за обезбеђењем дугорочне одрживости предузећа. То ће се обезбедити уз помоћ одговарајућег плана реструктурирања. План реструктурирања садржи анализу тржишта и описује околности због којих се предузеће нашло у економским тешкоћама, како би се могло проценити да ли ће мере, предложене у њему, заиста да доведу до унапређења економске одрживости. Притом, неће се узимати у разматрање неки спољашњи чиниоци, изузев ако се ради о општепризнатим тржишним претпоставкама, већ само интерне мере. У плану мора бити дата пројекција понуде и потражње на тржишту, праћена различитим сценаријима – од најбољег

32 Gregor Andrade, Steven Kaplan, „How costly is financial (not economic) distress? Evidence from highly leveraged transactions that became distressed“, *Journal of Finance*, бр. 53/1998, стр. 1143.

33 Смернице, тач. 74, 76–77.

34 Смернице, тач. 78–79.

па до најлошијег. Дакле, циљ плана за реструктурирање мора бити у томе да се предузећу омогући заокрет који ће му омогућити да, након реструктурирања, покрије све своје трошкове, укључујући пад вредности и финансијске трошкове.³⁵ Реструктурирање може да се изврши на различите начине, при чему се продаја имовине истиче као посебно погодан начин за избегавање банкротства.³⁶

Поред наведених правила садржаних у Смерницама о спашавању, Смернице прописују и додатна правила за железничка предузећа. У том погледу, реструктурирање мора обезбедити да се делатност превоза терета трансформише из заштићене активности која ужива искључива права у активност која је конкурентна на отвореном тржишту. Притом, реструктурирање ће се односити на све аспекте превоза терета (индустријске, комерцијалне или финансијске). Осим тога, план реструктурирања мора омогућити стандарде квалитета, поузданости и услуга који задовољавају захтеве потрошача.³⁷

Комисија мора осигурати да штетни ефекти на трговинске услове буду сведени на најмању могућу меру, односно да не премашују позитивне ефекте. У том погледу, морају се предузети компензацијске мере, које се могу манифестовати кроз отуђење имовине, смањивање капацитета или тржишне присутности, као и смањивања тржишних препрека на дотичним тржиштима. Мере морају бити сразмерне ограничавајућем ефекту државне помоћи, посебно величини и релативној важности предузећа на његовом тржишту или тржиштима.³⁸ Поред обавеза које проистичу из Смерница о спашавању, Комисија мора водити рачуна и о разлици између економских модела за железницу и друге облике превоза, циљу Уније о постављању равнотеже између облика превоза, као и о конкурентској ситуацији на тржишту у време реструктурирања.³⁹

Посебно је важно истаћи да помоћ намењена железничким превозницима мора бити сведена на минимум трошкова реструктурирања који су потребни да се реструктурирање може предузети у оквиру постојећих финансијских ресурса предузећа, њихових акционара или

35 Смернице о спашавању, тач. 33–37.

36 Вид. Paul Asquith, Robert Gertner, David Scharfstein, *Anatomy of Financial Distress: An Examination of Junk Bond Issuers*, NBER Working Paper Series, 1991. Поједини аутори сматрају да је могућност за спровођење вансудског реструктурирања већа за предузећа која имају већи удео непокретне имовине, вид. Stuart Gilson, Kose John, Larry Lang, „Troubled Debt Restructurings: An Empirical Study of Private Reorganisations of Firms in Default“, *Journal of Financial Economics*, бр. 27/1990, стр. 315–335.

37 Смернице, тач. 80.

38 Смернице о спашавању, тач. 39–40.

39 Смернице, тач. 81.

пословне групе којој припада. Притом, узео се у обзир државна помоћ за спашавање која је раније додељена, али и допринос самог корисника државне помоћи. Такав став је на месту, јер и сам корисник помоћи мора из властитих средстава да финансира властито реструктурирање. Његов допринос мора бити конкретан и што виши. Кад је реч о висини доприноса, Комисија је пошла од претпоставки да ће примерен допринос за реструктурирање износити 25% за мала, барем 40% за средња и барем 50% за велика предузећа.⁴⁰

За железничка предузећа посебно је значајан став по коме износ доприноса за реструктурирање може бити и нижи, уколико се ради о изузетним случајевима и случајевима које карактеришу нарочите тешкоће. Комисија је пошла од става да такав случај важи за сектор теретног железничког превоза у Унији, сматрајући да допринос теретног сектора треба да буде што је могуће виши, без угрожавања одрживости операције.⁴¹

Као и у Смерницама о спашавању, тако је и овде прихваћен принцип да се помоћ за спашавање може доделити само једном – принцип „једанпут – последњи пут“ („*one time – last time*“, превод аутора). Он се односи на правно издвојено предузеће, узимајући у обзир помоћ за реструктурирање нотификовану као иницијалну помоћ за реструктурирање примљену од стране предузећа. Ипак, помоћ за реструктурирање која је одобрена под условима из Смерница не утиче на примену принципа „једанпут – последњи пут“, у вези са остатком железничког предузећа. То значи да уколико је железничко предузеће примило помоћ за реструктурирање док је представљало једну целину, тада помоћ за реструктурирање предвиђена у Смерницама неће моћи да се додели одвојеном, теретном сектору железничког предузећа.⁴²

У Смерницама је регулисана и *помоћ за координацију железничког транспорта и уједињеника*. Компатибилност овог облика државне помоћи може да се процени на основу члана 93 УФЕУ. Оправдање за јавну интервенцију у овом правцу треба тражити у неколико негативних елемената на тржишту. Прво, транспортни сектор често прате негативне екстерналије (на пример, загађење животне средине). Друго, транспортни сектор може бити суочен са тешкоћама координације, у првом реду у виду проблема са обезбеђењем општег стандарда интероперабилности за железницу, или повезивање различитих транспортних мрежа. Треће, железничка предузећа често не могу да уберу све плодове властитих истраживачких, развојних и иновативних прегнућа.⁴³

40 Смернице о спашавању, тач. 43–44.

41 Смернице, тач. 82.

42 Смернице, тач. 83–84.

43 Смернице, тач. 87, 91–93.

У Смерницама се полази од генералног става да државна помоћ која задовољава потребе координације транспорта мора бити сматрана компатибилном са унутрашњим тржиштем. Ипак, да би се сматрало да дата мера државне помоћи служи за координацију транспорта, она мора бити нужна и сразмерна намераваном циљу, док нарушавање конкуренције које се везује уз меру помоћи не сме угрозити опште интересе Уније. У том погледу, свака помоћ која је нотификована Комисији мора бити ограничена на максимално пет година.⁴⁴

Помоћ за координацију железничког транспорта може да се јави у више облика: а) помоћ за коришћење инфраструктуре; б) помоћ за смањење екстерних трошкова; в) помоћ за промовисање интероперабилности, односно за промовисање веће безбедности, отклањање техничких препрека и смањење загађења од буке у сектору железничког транспорта; г) помоћ за истраживање и развој, као одговор на потребу координације транспорта.⁴⁵

Оправдани трошкови у погледу државне помоћи за коришћење инфраструктуре представљају додатне трошкове за коришћење железничке инфраструктуре плаћени од железничког транспорта, али не од више загађујућег конкурентског облика транспорта. Кад је реч о помоћи за смањење екстерних трошкова, оправдани трошкови представљају део екстерних трошкова које железнички транспорт омогућава да се избегну, у поређењу са конкурентским облицима транспорта. У оба случаја, државе чланице морају обезбедити транспарентну, образложену и квантификовану компаративну анализу трошкова између железничког транспорта и алтернативних опција, заснованих на другим облицима транспорта. Коришћена методологија и извршени прорачуни морају бити јавно доступни. Најзад, уколико се ради о државној помоћи за промовисање интероперабилности, оправдани трошкови обухватају све инвестиције које се односе на инсталацију безбедносних система и интероперабилност, смањење буке како у железничкој инфраструктури, тако и у возном парку, инвестиције повезане са постављањем система *ERTMS*,⁴⁶ као и сваку сличну меру која може помоћи уклањању техничких баријера на европском тржишту железничких услуга.⁴⁷

Комисија је заузела став да постоји презумпција нужности и сразмерности помоћи, уколико се интензитети помоћи крећу испод одређених вредности. Кад је реч о помоћи за коришћење инфраструктуре, дозвољени лимит износи 30% укупних трошкова железничког

44 Смернице, тач. 95–97.

45 Смернице, тач. 98.

46 Европски систем управљања железничким саобраћајем.

47 Смернице, тач. 102–103, 105–106.

транспорта, до 100% оправданих трошкова. За помоћ у циљу смањења екстерних трошкова, лимит је идентичан, али до 50% оправданих трошкова. На крају, у погледу државне помоћи за интероперабилност важи праг од 50% оправданих трошкова. Уколико помоћ прелази наведене прагове, државе чланице морају да докажу нужност и сразмерност мера у питању.⁴⁸

Помоћ за коришћење инфраструктуре и смањење екстерних трошкова мора бити строго ограничена на компензацију за опортунитетне трошкове повезане са коришћењем железничког транспорта, а не са коришћењем више загађујућих облика транспорта. Уколико постоји неколико конкурентних опција које проузрокују више нивое загађења него железнички транспорт, одабрани лимит одговара највишој трошкованој разлици међу различитим опцијама. У сваком случају, уколико је прималац државне помоћи железничко предузеће, мора се доказати да помоћ заиста има ефекат охрабрења модалног преласка на шине. То значи да помоћ мора бити рефлектована у цени потраживаној од путника или отпремника, јер су они ти који праве избор између железнице и више загађујућих облика транспорта, као што је друмски превоз. Најзад, кад је реч о државној помоћи за коришћење инфраструктуре и помоћи за смањење екстерних трошкова, морају постојати реални изгледи очувања саобраћаја пренетог на железницу, тако да помоћ доводи до значајног преноса саобраћаја.⁴⁹

Помоћ за коришћење инфраструктуре, помоћ за смањење екстерних трошкова, као и помоћ за интероперабилност која је нужна и сразмерна и не нарушава конкуренцију супротно општем интересу, мора бити окарактерисана као компатибилна, у складу са чланом 93 УФЕУ.⁵⁰

Кад је реч о државној помоћи за истраживање и развој, ту се примењују члан 9(2)(б) Уредбе, као и чланови 93 и 107 УФЕУ.

У складу са чланом 9(2)(б) Уредбе, помоћ за промовисање истраживања и развоја система железничког транспорта путника и технологија које су економичније за Унију мора бити третирана као она која испуњава потребе координације транспорта. Услов за то је да је предметна помоћ строго ограничена на фазу истраживања и развоја, као и да не покрива комерцијалну експлоатацију датих транспортних система и технологија. Јасно, ова одредба представља својеврсни *lex specialis* у односу на члан 107(3)(ц) УФЕУ. То значи да ће државна помоћ за истраживање, развој и иновације у области железничког транспорта путника бити оцењена на основу члана 107(3)(ц) УФЕУ, уколико није покривена одредбом 9(2)(б) Уредбе.

48 Смернице, тач. 107–108.

49 Смернице, тач. 109–111.

50 Смернице, тач. 112.

У вези са применом члана 107(3)(ц) УФЕУ, Комисија је изда-
ла одговарајући *Оквир за државну помоћ за истраживања, развој и
иновације* (у даљем тексту: Оквир).⁵¹ Оквир се примењује на све облике
помоћи за истраживања, развој и иновације. Аналогно томе, примениће
се и на државну помоћ у области железничког транспорта, изузев уко-
лико то није уређено специјалним одредбама о државној помоћи, као
што је члан 9(2)(б) Уредбе.

Као што је поменуто, компатибилност државне помоћи за
истраживања и развој може бити оцењена и на основу члана 93 УФЕУ,
уколико је усмерена ка испуњавању потребе координације транспорта.
Услов за то је да су испуњени услови у погледу нужности и сразмерности
помоћи, као и да помоћ не угрожава опште интересе Уније. Комисија је
заузела став да ће се, приликом анализе, примењивати и општи принци-
пи постављени у Оквиру.⁵²

Државне гаранције као облик помоћи за железничка предузећа уре-
ђене су Обавештењем Комисије о примени чланова 87 и 88 Уговора о ЕЗ
на државну помоћ у облику гаранција (у даљем тексту: Обавештење).⁵³
Обавештење се примењује на све економске секторе, дакле и желез-
нички транспорт, без обзира на специфична правила која се односе на
гаранције у датом сектору.⁵⁴

Комисија је заузела став да државна помоћ у облику неограни-
чених гаранција није компатибилна са унутрашњим тржиштем. Она
не може бити оправдана ни уз помоћ аргумента да се ради о задатку
од општег интереса, с обзиром да се не може проверити да ли износ
помоћи премашује нето трошкове пружања јавне услуге.⁵⁵ Уколико су
гаранције дате предузећима која су присутна како на конкурентним,
тако и неконкурентним тржиштима, тада ће Комисија захтевати ком-
плетно уклањање неограничених гаранција датих предузећу као цели-
ни. Наведена правила не важе за неограничене гаранције које генерал-
но представљају наслеђе специјалних случајева историјских монопола

51 Community Framework for State aid for research, development and innovation [2006], OJ C323/1.

52 Смернице, тач. 114–118.

53 Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to State aid in the form of guarantees [2008], OJ C155/10. Овим Обавештењем је замењен ранији акт из 2000. године. О томе вид. Luca Prete, „State Aid Reform: Some Reflections on the Need to Revise the Notice on Guarantees“, *World Competition*, бр. 29/2006, стр. 421–439; Mark Friend, „State Guarantees as State Aid: some practical difficulties“, у: Andrea Biondi (ed.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004. С обзиром на Уговор о функционисању ЕУ, користиће се нова нумерација, односно чланови 107–108.

54 Обавештење, тач. 1.3.

55 Смернице, тач. 120.

постављених за железничка предузећа пре него што је Уговор ступио на снагу, или пре него што је тржиште услуга железничког транспорта било отворено за конкуренцију. Стога, ове гаранције ће представљати такозвану постојећу помоћ (енгл. *existing aid*), а државе чланице треба да информишу Комисију о условима за примену шема постојеће помоћи, као и мера предвиђених за њихово уклањање.⁵⁶

III Процесно-правна контрола државне помоћи и пракса институција Уније

Државе чланице имају обавезу да помоћ за железнички транспорт нотификују Комисији, што је уређено чланом 108 УФЕУ. Поменути члан предвиђа две процедуре: а) прелиминарно испитивање дате мере државне помоћи, као и б) формалну истрагу. Између ова два поступка постоје битне разлике. Прелиминарно испитивање (које се одвија искључиво између Комисије и државе чланице) има за циљ да Комисија стекне *увид* (*prima facie*) и формира мишљење о компатибилности мере државне помоћи са унутрашњим тржиштем, док је формална истрага усмерена ка стицању потпуног увида у чињенице целокупног случаја, како би се на крају донела коначна одлука.

Након што детаљно испита нотификовани план за доделу помоћи, Комисија може да заузме неколицину различитих ставова. Прво, чињенице могу указивати да се у датом случају *не ради о државној помоћи* за железнички транспорт, па ће бити донета одлука у том погледу. То значи да држава чланица може слободно спровести свој план за доделу помоћи, будући да то не потпада под релевантне одредбе УФЕУ. Ипак, држава чланица мора водити рачуна о томе да ли је њена одлука у складу са другим одредбама садржаним у нормативним актима ЕУ. Друго, Комисија може донети одлуку да је нотификована мера помоћи компатибилна са унутрашњим тржиштем (енгл. *decision not to raise objections*), наводећи притом на којем изузетку у УФЕУ је заснована предметна одлука. Напокон, прелиминарна фаза поступка може се окончати и тако што Комисија изражава сумње у погледу компатибилности нотификоване мере помоћи за железнички транспорт са унутрашњим тржиштем, што ће аутоматски иницирати покретање друге фазе поступка.

Формална истрага се окончава тако што Комисија доноси одговарајућу одлуку, која може бити у различитој форми. Пре свега, Комисија може закључити да нотификована мера не представља државну помоћ, с обзиром да не испуњава услове предвиђене чланом 107(1) УФЕУ. Даље, Комисија може донети позитивну одлуку, односно заузе-

56 Смернице, тач. 121–123.

ти став да су отклоњене недоумице у вези са нотификованом мером помоћи. Треће, позитивна одлука може бити условљена испуњавањем одређених чинида или неких других обавеза од стране државе чланице (такозвана „условна одлука“). Услови ће бити постављени кумулативно, што значи да ће држава чланица морати све да их испуни, јер у противном државна помоћ за железнички транспорт неће моћи бити додељена. На крају, Комисија може донети и негативну одлуку о државној помоћи, односно одлуку о инкомпатибилности помоћи са унутрашњим тржиштем.

Уколико се анализира *ипрактично испуњавање институција Уније*, приметно је да је овај вид помоћи нотификован од више држава чланица. На пример, мађарска влада је желела да ојача конкуренцију између различитих видова транспорта, али и да промовише коришћење еколошки чистијих видова транспорта (енгл. *environmental friendlier transport modes*). Шема помоћи је обухватала период од 10 година, са трајањем до 2017. године. Корисници помоћи су били сви оператори који пружају услуге превоза терета железницом, односно превоз путника и терета унутрашњим воденим путевима у Мађарској. Комисија је закључила да се у предметном случају ради о државној помоћи, с обзиром да су предвиђене мере обезбеђивале финансијску предност кроз ниже пореске рачуне него иначе, јер су се мере финансирале из државних извора, због тога што су биле селективне (односиле су се само на одређене видове транспорта), као и због тога што су имале потенцијал да угрозе конкуренцију и трговину међу државама чланицама. Комисија је заузела став да нотификовану меру помоћи треба испитати са ослонцем на члан 93 УФЕУ (који допушта државну помоћ уколико она доприноси координацији транспорта), чија су правила за примену садржана у Одељку 6 Смерница.⁵⁷ Након спроведеног поступка, Комисија је закључила да прихватљиви трошкови шеме могу бити део екстерних трошкова који могу бити избегнути захваљујући железничком транспорту, у поређењу са друмским транспортом.⁵⁸ Даље, утврђено је и да је мера помоћи нужна, пропорционална, као и да нема претеране компензације за помоћ за смањење екстерних трошкова, с обзиром да интензитет помоћи није прелазео 30% укупног трошка за чистији облик транспорта, односно 50% прихватљивог трошка. Такође, установљено је и да је шема помоћи дата под недискриминаторским условима, транспарентна, временски ограничена и да не нарушава конкуренцију на унутрашњем тржишту, нити угрожава трговину међу државама чланицама.⁵⁹ Узевши

57 Case NN 29/2008 – Hungary – Excise duty exemptions and refunds for energy products used as fuel for railway transportation and navigation on inland waterways, C(2009) 10493 final.

58 *Ibidem*, тач. 22–29.

59 *Ibidem*, тач. 30–44.

у обзир све утврђене чињенице, Комисија је извукла коначан закључак да је предметна помоћ компатибилна са унутрашњим тржиштем.

Даље, Комисија је разматрала и помоћ британске владе у облику изузећа од накнаде за климатске промене за електричну енергију коришћену у железничком транспорту на електрифицираним пругама. Предложена мера представљала је наставак укупног изузећа од накнаде за климатске промене за електричну енергију коришћену од стране два типа пружалаца услуга железничког транспорта: оператора чије услуге нису обухваћене уговорима о пружању јавних услуга, као и оператора за теретне услуге. Помоћ је била намењена свим операторима који пружају услуге превоза путника на електрифицираним пругама отвореног приступа, као и операторима који пружају услугу електрифицираног превоза терета у Уједињеном Краљевству. Након спроведене процедуре, Комисија је заузела позитиван став о компатибилности помоћи са унутрашњим тржиштем.⁶⁰ Поред наведених случајева, позитивна одлука донета је и у погледу помоћи аустријске владе у облику меких кредита, додељиваних преко такозваног *ERP* фонда који је контролисан од аустријског министарства финансија,⁶¹ помоћи немачке савезне владе за монтирање у железничке вагоне нових, мање бучних, композитних кочионих блокова, у циљу смањења буке за грађане који живе у близини пруга,⁶² помоћи аустријске владе за изградњу и проширење система за претовар за комбиновани транспорт, односно за модални прелазак са друмског на железнички транспорт, у циљу даљег развоја железничког саобраћаја и слично.⁶³

IV Закључак

На основу реченог, може се закључити да државна помоћ за железнички транспорт има за циљ да подстакне прелазак на еколошки чистије видове превоза путника и робе. На такве кораке Комисију су подстакле реалне опасности које могу проистећи од других видова транспорта, нарочито друмског. Анализа одредаба УФЕУ, као и аката секундарног

60 Case State aid cases No SA.31348 (2011/N) and SA.32614 (2011/N) – United Kingdom Exemption from the climate change levy for electrified rail, C(2011) 2613 final.

61 Case State aid SA.33669 (2011/N) – Austria – Third Prolongation of the ERP Transport Programme, C(2012) 5052 final.

62 Case State aid SA.34156 (2012/N) – Germany – The Funding Guidelines for noise reduction measures on freight wagons, C (2012) 9467 final.

63 Case State aid SA.34985 – Austria Programme for supporting the development of connecting railways and transfer terminals 2013 – 2017, ex N 196/2006: „Intermodal Transfer Guidelines“, N 707/2006: „Guidelines on the development of private connecting railways“, C (2012) 6350 final.

законодавства ЕУ показује да се државна помоћ за железнички транспорт може доделити за финансирања железничких предузећа уз помоћ инфраструктурног финансирања, за куповину и обнову возног парка, отказивање дугова од стране држава чланица у циљу финансијског реактивирања железничких предузећа, за реструктурирање железничких предузећа, за потребе координације транспорта, као и за државне гаранције за железничка предузећа. Поменута „листа“ није свеобухватног карактера, што значи да се под Смернице могу подвести и нови облици помоћи који би се евентуално појавили у пракси. Практично поступање Комисије указује да су се државе чланице придржавале услова постављених у Смерницама, као и прагова у вези са висином прихватљивих трошкова.

Уколико би се искуства ЕУ применила на територији Републике Србије (имајући у виду предстојећи почетак преговора о приступању), стиче се утисак да ће се поменуте одредбе о државној помоћи тешко спровести у дело, нарочито кад је реч о праговима помоћи постављеним у Смерницама. Разлози за овакав, помало песимистичан приступ, леже у чињеници да је железнички транспорт у нашој земљи у прилично лошем стању. То важи не само за локомотиве и вагоне, већ и за целокупну железничку инфраструктуру. Због тога ће у будућем периоду бити неопходне корените промене у овом сектору, укључујући и велике инфраструктурне пројекте усмерене ка осавремењавању пруга у Србији, као и обнављање застарелог возног парка. Из овога се извлачи закључак да ће бити неопходна државна помоћ у значајном обиму, па се јавља оправдана бојазан да ће прагови постављени у Смерницама бити прекорачени. Стога, постоји ризик да ће Комисија одбити државну помоћ коју нотификују надлежни органи Републике Србије. Можда би једно од решења била регионална државна помоћ, имајући у виду чињеницу да би се Република Србија, имајући у виду степен привредне развијености, могла у целини сврстати под статистички регион А. На тај начин, обезбедила би се значајна средства за развој овог важног сектора, не долазећи притом у опасност од доношења одлуке о инкомпатибилности државне помоћи.

Duřanka ĐURĐEV, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

Siniřa DOMAZET, PhD

Assistant Professor at Educons University, Sremska Kamenica

Associate Member at Institute of Economic Sciences

STATE AID FOR RAIL TRANSPORT AS CONTRIBUTION TO THE DEVELOPMENT OF SUSTAINABLE TRANSPORT IN THE EUROPEAN UNION

Summary

State aid for railway transport encourages the shift to environmentally cleaner modes of transport of passengers and goods. Analysis of EU regulations show that state aid for railway transport can be assigned to finance railway companies to help finance infrastructure, for the purchase and renewal of rolling stock, the cancellation of debts by the Member States in order to finance the reactivation of railway companies, the restructuring of railway companies for the purpose of coordination of transport, as well as government guarantees for railroad companies. However, the provisions on state aid may be difficult to make it work in the territory of the Republic of Serbia, especially when it comes to the thresholds set out in the Guidelines. The solution is a regional state aid, because the Republic of Serbia, bearing in mind the level of economic development as a whole can be classified under statistical region "A". In this way there will be no violations of EU state aid provisions.

Key words: *law, environment, state aid, sustainable development, rail transport.*

др Јелена ПЕРОВИЋ
професор Економског факултета Универзитета у Београду

ИСКЉУЧЕЊЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗБОГ НЕМОГУЋНОСТИ ИСПУЊЕЊА УГОВОРНЕ ОБАВЕЗЕ*

Резиме

Издања у овом раду посвећена су анализи најзначајнијих питања која се у пракси међународној пословној трговини представљају у контексту искључења уговорне одговорности због немогућности испуњења. У раду су анализирана правила која се односе на немогућности испуњења са становишта униформних правила и националних правних система, при чему је посебна пажња посвећена релевантним правилима српског Закона о облигационим односима. Појед на одговарајућа ујореднојравна решења даје месиа закључку да разлике у критеријумима највише долазе до изражаја у односу између класичних теорија немогућности испуњења земаља евројско-континенталне правне традиције и енглеске теорије осујећења уговора.

Кључне речи: *уговор, обавеза, немогућности, искључење, одговорности.*

I Увод

У упоредном праву широко је прихваћен принцип према коме се дужник ослобођа одговорности у случају кад је испуњење обавезе по-

* У књизи Аутора „Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима“, Београд, 2012, питање искључења одговорности због немогућности испуњења у међународним привредним уговорима је анализирано у ширем контексту.

стало немогуће из разлога за које дужник не одговара односно услед сметње која је била изван његове контроле.¹ У оквирима овог општег принципа, правни системи усвајају различите приступе у погледу услова и начина ослобођења од одговорности.² Излагања у овом раду посвећена су анализи правила о искључењу уговорне одговорности због немогућности испуњења у светлу одговарајућих решења националних правних система, извора униформног уговорног права, као и релевантних правила српског права.

II Немогућност испуњења у националним правним системима

1. Европско-континентално право

Правни системи европско-континенталне правне традиције усвајају класичне теорије немогућности испуњења које, у најопштијем

- 1 Вид. Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-performance in International Arbitration*, The Hague, 2009, стр. 75, где се овај концепт ослобођења од одговорности означава као опште правно начело.
- 2 Разлике у том погледу огледају се пре свега у одређењу немогућности која се прихвата као релевантна за ослобођење од одговорности. У доктрини облигационог права, немогућност испуњења обавезе најчешће је одређена према врсти, начину процене, времену настанка, обиму и времену трајања. Према врсти, немогућност испуњења може бити фактичка и правна. Фактичка немогућност постоји онда кад се уговорна обавеза фактички не може извршити (на пример, уништено је уникатно уметничко дело које је предмет продаје). Правна немогућност односи се на случајеве у којима је испуњење обавезе онемогућено позитивним прописима (на пример, забрана увоза или извоза робе која је предмет продаје). Према начину на који се процењује, немогућност испуњења може бити субјективна и објективна. Субјективна немогућност се оцењује према личности уговорника, тј. узимају се у обзир његова лична својства, способност и квалитети. Она постоји у случају кад сам дужник није у могућности да испуни обавезу („ја не могу испунити обавезу“). Насупрот томе, објективна немогућност оцењује се на основу објективних критеријума, независно од личних својстава уговорника у питању, најчешће применом одговарајућих стандарда (разумно лице истих својстава у истим околностима, добар стручњак, добар привредник, и сл.). До објективне немогућности долази онда кад ни дужник ни било које друго лице не могу испунити обавезу („обавеза не може бити испуњена“). Према времену настанка, немогућност испуњења може бити првобитна (иницијална) ако постоји у време закључења уговора и накнадна (субсеквентна) ако је напустила након закључења уговора, током његовог испуњења. Према обиму, класификација немогућности учињена је у зависности од тога да ли је испуњење обавезе онемогућено у потпуности (потпуна немогућност) или делимично (делимична немогућност). Најзад, у зависности од времена трајања, немогућност може бити трајна и привремена. Решења упоредног права одликују се значајним разликама у погледу питања које од поменутих врста немогућности представљају основ ослобођења од одговорности и под којим условима до тог ослобођења може доћи.

смислу, полазе од ослобођења дужника од одговорности ако је до немогућности дошло из разлога који се не могу уписати у кривицу дужника и ако је немогућност наступила након закључења уговора. И поред разлика које у оквиру овог општег принципа постоје између конкретних решења националних правних система,³ могу се констатовати извесна обележја која се чине заједничким за земље *civil law* система. Она су изражена кроз захтев да је реч о немогућности која искључује одговорност за неиспуњење обавезе, што значи: а) да је немогућност испуњења последица *сиољноі* догађаја који је изван утицаја и контроле уговорне стране и који се није могао предвидети, избећи или савладати; б) да је у питању *накнадна* немогућност с обзиром да немогућност која постоји у тренутку закључења уговора по правилу спречава пуноважан настанак уговора (*impossibilium nulla obligatio*);⁴ в) да је у питању *објективна* немогућност испуњења, што значи да није довољно да сам уговорник не може испунити обавезу, већ се мора радити о обавези коју је објективно немогуће испунити;⁵ г) да је немогућност наступила у оквиру рока за испуњење уговорне обавезе тј. пре пада у доцњу стране погођене немогућношћу. У супротном, уколико немогућност наступи пошто страна падне у доцњу, она одговара за штету другој страни и ако ту немогућност није скривила.

Немогућност која испуњава наведене захтеве, а која је трајна и по обиму таква да у потпуности спречава испуњење обавезе (потпуна

3 Вид. на пример швајцарски Законик о облигацијама (чл. 97 и 119), Грађанске законике Француске, Белгије и Луксембурга (чл. 1147 и 1148) и Грађански законик Шпаније (чл. 1105). Вид. такође Грађанске законике Италије (чл. 1218 и 1256), Португала (чл. 790) и Аустрије (чл. 1447). Вид. специфично решење Грађанског законика Немачке (чл. 275) после реформи 2002. године. Компаративно-правни преглед решења, Ole Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law*, The Hague, 2000, коментар уз члан 8.108, стр. 383-384.

4 Ипак, у модерним изворима уговорног права, традиционална подела немогућности на првобитну и накнадну све више губи на значају. В. у том смислу Бечку конвенцију о међународној продаји (чл. 79), UNIDROIT Принципе (в. чл. 3.1.3) и Принципе европског уговорног права (в. чл. 4:102). У немачком праву, након реформи Грађанског законика 2002. године, првобитни члан 306 који је предвиђао ништавост уговора у случају иницијалне немогућности, замењен је чланом 311а (1) који предвиђа да се првобитна и накнадна немогућност третирају на једнак начин.

5 Немачко право одликује се одређеним специфичностима у погледу овог захтева. У начелу, оно прихвата и субјективну и објективну немогућност, при чему је од значаја питање да ли је дужник одговоран за њено наступање. Више о томе, G. H. Jones, P. Schlechtriem, „Breach of Contract (Deficiencies in a Party's Performance)“, у: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII (Contracts in General), Tübingen, 1999, стр. 99 и даље; И. Јанковец, коментар уз члан 263. Закона о облигационим односима, у: Слободан Перовић (главни редактор), *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига, Београд, 1995, стр. 589-600.

немогућност),⁶ доводи до ослобођења дужника од одговорности, при чему се, по правилу, гаси и обавеза друге уговорне стране.⁷ Међутим, ако је предмет дуговане престације генерична ствар, уговорна обавеза се не гаси, већ се поставља питање ко сноси ризик за случајну пропаст ствари. Према општем правилу, ризик случајне пропасти ствари сноси њен власник (*res perit domino*). Ипак, правила националних закона се разликују по питању момента прелаза ризика, због чега се ово питање најчешће уређује одговарајућом уговорном клаузулом.⁸

2. Англо-саксонско право

Решења *common law* система о одговорности дужника у случају немогућности испуњења обавезе значајно се разликују од изложене класичне теорије земаља европско-континенталне правне традиције. У енглеском праву, све до 1863. године важило је опште правило да је уговорна страна апсолутно везана уговором и да мора испунити сваку обавезу коју је уговором преузела, чак и онда кад је испуњење обавезе у потпуности онемогућено.⁹ Према овом правилу, сама чињеница да је испуњење обавезе накнадно постало немогуће не представља основ ослобођења од одговорности; ако уговорна страна жели да у одређеним околностима буде ослобођена од испуњења обавезе, она то мора изричито уговором предвидети.¹⁰

Ипак, током времена, енглески судови развили су тзв. доктрину фрустрације (*doctrine of frustration*), која подразумева извесна одступања од поменутог правила. Доктрина фрустрације утемељена је одлуком у случају *Taylor v. Coldwell* из 1863. године,¹¹ у коме је тужени издао му-

6 Насупрот томе, правне последице делимичне немогућности зависе у првом реду од питања да ли делимично испуњење одговара потребама друге уговорне стране, те у том смислу уговор може бити раскинут или пак, остати на снази уз испуњење потребних услова.

7 Одређени национални закони изричито предвиђају да се у таквом случају аутоматски гаси и обавеза друге уговорне стране, док у оним правним системима који не садрже посебно правило о томе, оно произилази из општих правила која се односе на двострано обавезне уговоре. Више о томе G. H. Jones, P. Schlechtriem, *нав. дело*, стр. 107.

8 Компаративноправни приказ решења националних права о моменту преноса права својине, Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 374 и даље.

9 Детаљно о овом правилу енглеског права, A. G. Gyst (ed.), *Anson's Law of Contract*, 25th (Century) Edition, Clarendon Press Oxford, 1979, стр. 494 и даље.

10 Случај *Paradine v. Jane* (1647) Алеуп, нав. према A. G. Gyst (ed.), *нав. дело*, стр. 494–495.

11 Одлуку је донео *Court of Queen's Bench* у случају *Taylor v. Coldwell* (1863), 3B. & S. 826, нав. према A. G. Gyst (ed.), *нав. дело*, стр. 496.

зичку салу у закуп тужиоцу. У периоду након закључења уговора, а пре одржавања првог концерта, дошло је до пожара који је у целини уништио музичку салу, због чега су концерти отказани, а тужилац претрпео материјалну штету. Уговор није садржао изричиту одредбу о ослобођењу од испуњења уговорне обавезе у случају наступања оваквих догађаја, те је између уговорних страна дошло до спора, у коме је тужени истакао да није одговоран за уништење музичке сале. Решавајући у овом спору, Суд је нашао да се предметним уговором не гарантује испуњење обавезе, већ да је уговор закључен под прећутним условом (*implied condition*) да музичка сала постоји док траје испуњење уговорних обавеза.¹²

Доктрина фрустрације првобитно је полазила од тога да се уговори код којих испуњење обавезе зависи од постојања одређеног лица или одређене ствари закључују под прећутним условом да ће то лице, односно ствар постојати у време доспелости обавезе. Прећутни услов биће остварен у случају наступања догађаја који није скривила ниједна уговорна страна, а који је довео до престанка постојања лица или ствари на које се односила уговорна обавеза. Примена ове доктрине накнадно је проширена на ситуације у којима је дошло до „осујећења заједничког подухвата“ предвиђеног уговором (*frustration of the common venture*).¹³

Фиктивна природа концепције о прећутном услову била је критикована од стране енглеских судија у случају *Davis Constructors Ltd v. Fareham UDC* из 1956. године као нелогична и неприменљива на уговорне односе.¹⁴ Из тих разлога, уместо прећутног услова, у доктрину фрустрације уведен је критеријум „суштинске измене у обавезама“ (*radical change in obligations*), према коме је суд дужан да тумачи уговор у светлу његове природе и околности које су постојале у време закључења уговора.¹⁵ Ако се на основу тумачења покаже да се првобитно уговорене обавезе не могу извршити у околностима које су накнадно наступиле, уговор престаје услед „суштинске измене у обавезама“.¹⁶ До примене

12 Преглед одговарајуће судске праксе у Енглеској, Н. Beale, А. Hartkamp, Н. Kötz, D. Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oregon, 2002, стр. 607–626.

13 Случај *Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd.*, (1874) L.R. 10 C.P. 125, нав. према А. G. Gyeat (ed.), нав. дело, стр. 497. Више, Evan McKendrick, *Chitty on Contracts, The Law of Contracts, Vol. I, General Principles, Chapter 24, Discharge by Frustration*, London, 1999.

14 Вид. Paul Richards, *Law of Contract*, Fourth edition, 1999, стр. 286.

15 Више о томе, *Anson's Law of Contract*, стр. 511 и даље; Р. Richards, нав. дело, стр. 287; Р. D. В. Marsh, *Comparative Contract Law England, France, Germany*, Gower, 1994, стр. 317 и даље.

16 У том смислу, у одлуци у случају *Davis Constructors Ltd v. Fareham UDC* (1956) А.С. 728, 729, Lord Radcliffe је истакао: „*Frustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it*

доктрине фрустрације не долази услед „суштинских измена у околностима“, већ услед „суштинских измена у обавезама“ уговорних страна онако како је те обавезе протумачио суд.¹⁷

Према правилима *common law*, уговор аутоматски престаје од момента наступања догађаја који је довео до фрустрације. Уговорне стране су ослобођене испуњења *будућих* обавеза, при чему се може захтевати испуњење обавеза доспелих пре наступања догађаја. Примена ових правила доводила је у одређеним случајевима до неправичних решења¹⁸ односно до неоснованог обogaћења.¹⁹ Наиме, страна чија је обавеза доспела пре наступања догађаја, остајала је у обавези да је испуни, док је страна чија је обавеза требала да доспе у периоду након наступања догађаја, бивала ослобођена обавезе с обзиром да је уговор аутоматски престао моментом наступања догађаја.²⁰ Из тих разлога, усвојен је закон из 1943. године,²¹ који је дозволио покриће износа учињених на име уговорених авансних плаћања, као и одговарајућу накнаду за користи које је једна страна примила на основу испуњења обавезе друге стране пре наступања догађаја који је довео до престанка уговора.²²

С друге стране, америчко право полази од тзв. принципа „нецелисходности“²³ (*impracticability*), према коме „уговорна обавеза престаје ако, након закључења уговора, испуњење обавезе једне стране постане нецелисходно без њене кривице, услед наступања догађаја чије је ненаступање било основна претпоставка закључења уговора, осим ако текст уговора или околности не указују на супротно“.²⁴ Према овом

a thing radically different from that which was undertaken by the contract. Non hec in foedera veni. It was not this that I promised to do“. Нав. према, А. G. Gyeat (ed.), *нав. дело*, стр. 511.

17 Више о томе Р. Richards, *нав. дело*, стр. 286 и даље.

18 Више о томе А. G. Gyeat (ed.), *нав. дело*, стр. 517–518.

19 Вид. Ch. Brunner, *нав. дело*, стр. 91.

20 У том смислу, одлуке у случају *Appleby v. Myers* (1867), L.R. 2 C.P. 651 и у случају *Chandler v. Webster* (1904) I K.B. 493, нав. према А. G. Gyeat (ed.), *нав. дело*, стр. 517.

21 *Law Reform (Frustrated Contracts)*.

22 Више о правним дејствима фрустрације према овом Закону, Р. Richards, *нав. дело*, стр. 295 и даље.

23 Аутор није успео да пронађе термин на српском језику који би представљао адекватан превод енглеског термина „*impracticability*“. Термин „нецелисходност“ који се овде употребљава преузет је из превода Једнообразног трговачког законика САД на српски језик, у издању Института за упоредно право, Београд, 1966, в. превод члана 2–615(а).

24 Section 261 Restatement (2d) of Contracts (1981) Discharge by Supervening Impracticability. Принцип је постављен у Једнообразном трговачком законнику САД – чл. 2–615(а).

концепту, потребно је утврдити да ли је ненаступање одређеног догађаја представљало „основну претпоставку за закључење уговора“ (*basic assumption on which the contract was made*) и која је страна преузела ризик наступања догађаја.²⁵

III Немогућност испуњења у изворима униформног уговорног права

У Бечкој конвенцији о међународној продаји,²⁶ правило о ослобођењу од одговорности за неиспуњење обавезе предвиђено је чланом 79, према коме: „Ако једна страна не изврши неку од својих обавеза, она неће бити одговорна за неизвршење ако докаже да је до неизвршења дошло због сметње која је била изван њене контроле и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу узме у обзир или да избегне или савлада такву сметњу и њене последице.“²⁷ У оквиру истог члана, предвиђена су правила за случај кад је неиспуњење обавезе једне стране последица неизвршења трећег лица које је та страна ангажовала,²⁸ правило према коме ослобођење производи дејство за време док сметња траје,²⁹ као и правила о обавештењу друге стране.³⁰ У последњем ставу члана 79 изричито се предвиђа да ово ослобођење не спречава уговорне стране да се користе било којим другим правом предвиђеним за случај неиспуњења обавезе, изузев захтева за накнаду штете.³¹ Поменуто правило Конвенције извршило је значајан утицај на одговарајућа решења осталих извора униформног уговорног права,³² а пре свега на UNIDROIT Принципе³³ (члан 7.1.7), Принципе европског уговорног права (члан 8.108) и Нацрт Заједничког оквира (III.-3:104),³⁴

25 Више о томе Alan E. Farnsworth, *Contracts*, New York, 1999, стр. 622 и даље.

26 Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године.

27 Чл. 79 ст. 1.

28 Чл. 79 ст. 2.

29 Чл. 79 ст. 3.

30 Чл. 79 ст. 4.

31 Члан 79 став 5.

32 В. У. М. Atamer, „Art 79“, у: S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, München, 2011, стр. 1096–1097; О. Lando, Н. Beale, коментар уз члан 8.108, *нав. дело*, стр. 383.

33 UNIDROIT Принципи међународних трговинских уговора.

34 *Draft Common Frame of Reference* публикован у *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Selier, European Law Publishers, München, 2008.

који садрже слична правила о ослобођењу од одговорности.³⁵ Слична решења предвиђена су и модел клаузулама о вишој сили израђеним од стране међународних организација.³⁶ Из тих разлога, ова правила могу се посматрати као општи принцип ослобођења од одговорности прихваћен у изворима униформног уговорног права.

Према овом принципу, да би се дужник ослободио одговорности за неиспуњење обавезе, потребно је да су испуњени следећи услови: а) да је до неиспуњења обавезе дошло услед сметње која је изван контроле дужника; б) да је сметња била непредвидљива за дужника у време закључења уговора и в) да није било разумно очекивати од дужника да избегне или савлада такву сметњу и њене последице. Разлике између поменутог принципа униформних правила и одговарајућих решења националних закона потребно је посматрати у светлу ових услова.

На првом месту, највећи број националних правних система ослобођење одговорности везује за случајеве у којима је до непуњења обавезе дошло из разлога за које дужник не одговара, односно из разлога који се не могу уписати у кривицу дужника.³⁷ С друге стране, према униформним правилима, основни критеријум за ослобођење од одговорности огледа се у захтеву да је реч о сметњи која је „изван контроле дужника“. Према томе, чињеница да дужник није одговоран за наступање сметње која је спречила испуњење обавезе сама по себи не представља основ за ослобођење дужника од одговорности. Да би дошло до ослобођења од одговорности, потребно је у питању сметња која је изван области контроле дужника и да дужник, изричито или прећутно, није преузео ризик наступања такве сметње односно њених последица.³⁸ Околностима које улазе у област контроле дужника, ако

35 О конкретним разликама између наведених решења, I. Schwenzer, „Art 74“, у: P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd edition, Oxford, 2010, стр. 1064.

36 На пример Модел клаузула о вишој сили Међународне трговинске коморе у Паризу из 2003 (ICC Force Majeure Clause 2003 ICC Publ. No. 650), TLDB DocID 700700, клаузуле о вишој сили Модел уговора Међународног трговинског центра (ITC) у Женеви. Модел уговори објављени су у *Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business*, International Trade Centre, Geneva, 2010, и сл.

37 Више о томе Ивица Јанковец, *Уговорна одговорности*, Београд, 1993, стр. 98 и даље.

38 Захтев да дужник није преузео ризик наступања догађаја сматра се општеприхваћеним у изворима униформног уговорног права иако није изричито предвиђен. Вид. The UNCITRAL Digest of case law on the UN Convention on the International Sale of Goods, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/79 (8 June 2004), Pace Database; Y. M. Atamer, „Art 79“, *нав. дело*, стр. 1070; I. Schwenzer, „Art 74“, *нав. дело*, стр. 1067, где се наводи: „The distinction between the promisor’s sphere of risk and external impediments must primarily be drawn by means of the contractual allocation of risk“; Ch. Brunner, *нав. дело*, стр. 76.

друкчије није уговорено, сматрају се финансијска способност дужника, производња односно набављање робе, обезбеђење потребних дозвола, осигурање робе, одговорност за запослене и сл.³⁹

Надаље, у правним системима који следе традицију римског права, немогућност која постоји у тренутку закључења уговора (иницијална немогућност) спречава пуноважан настанак уговора (*impossibilium nulla obligatio*).⁴⁰ Насупрот томе, у коментарима Конвенције се истиче да правило члана 79 не познаје разлику између иницијалне и накнадне немогућности, те да се примењује како у случају кад је сметња наступила након закључења уговора, тако и у случају кад је постојала у време закључења уговора. Другим речима, иницијална немогућност, према Конвенцији, не спречава пуноважан настанак уговора, а правне последице такве немогућности одређују се на основу члана 79 Конвенције, исто као и у случају накнадне немогућности.⁴¹ Наиме, иако је чланом 4 Конвенције предвиђено да се она не односи на пуноважност уговора или било које његове одредбе, питања која су изричито предвиђена Конвенцијом нису обухваћена овим искључењем и подвргнута су одговарајућим правилима Конвенције.⁴² Полазећи од униформног концепта повреде уговора усвојеном у Конвенцији, неиспуњење обавезе услед иницијалне немогућности обухваћено је правилима Конвенције, исто као и било које друго неиспуњење обавезе.⁴³ С друге стране, у коментарима Принципа европског уговорног права истиче се да случај

39 В. К. Н. Neumayer, С. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Lausanne, 1993, стр. 518.

40 Вид. на пример швајцарски Законик о облигацијама, чл. 20 (1), француски Грађански законик, чл. 1108 и 1601, италијански Грађански законик, чл. 1346 и 1418 (2), аустријски Грађански законик, чл. 878 и немачки Грађански законик пре реформе из 2002. године, чл. 306. Ово разликовање прихваћено је и у српском облигационом праву. Више о томе, С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 312–314, стр. 519 и даље.

41 Н. Stoll, G. Gruber, „Art. 74“, у: P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd edition, Oxford, 2005, стр. 812–814; К. Н. Neumayer, С. Ming, *нав. дело*, стр. 522; I. Schwenzer, „Art 74“, *нав. дело*, стр. 1068.

42 Н. Stoll, G. Gruber, *нав. дело*.

43 У коментарима Конвенције изричито се наводи да сметња може постојати у тренутку закључења уговора. Да би дошло до ослобођења од одговорности за накнаду штете у погледу робе која је већ била уништена у време закључења уговора, продавац треба да докаже да није знао за њено претходно уништење, као и да то уништење није могао разумно очекивати. Вид. Secretariat Commentary – Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat, UN DOC.A/CONF. 97/5, O.R. 14–70, доступно на: CISG-online и Pace Database.

иницијалне немогућности није обухваћен чланом 8.108⁴⁴ који регулише ослобођење услед немогућности испуњења,⁴⁵ док у погледу решења овог питања у UNIDROIT Принципима нема посебних коментара.⁴⁶

Правила извора униформног уговорног права о немогућности испуњења ограничена су на ослобођење дужника од одговорности за накнаду штете коју је поверилац претрпео услед неиспуњења обавезе. У том смислу, ови извори изричито предвиђају да немогућност испуњења не спречава уговорне стране да се користе било којим правом предвиђеним за случај неиспуњења осим права на накнаду штете,⁴⁷ као што је на пример право на раскид уговора, на задржавање испуњења или на захтев за камату на доспелу новчану обавезу.⁴⁸ С друге стране, иако немогућност испуњења по правилу представља основ ослобођења од одговорности и са становишта националних закона, већи број правних система предвиђа гашење уговорних обавеза, тј. престанак уговора у случају потпуне немогућности испуњења за коју не одговара ниједна уговорна страна. У таквом случају, у одсуству одговарајуће уговорне клаузуле, питање употребе осталих правних средстава за случај неиспуњења обавезе постаје спорно.

Извори униформног уговорног права разликују привремену од трајне немогућности, предвиђајући да ослобођење од одговорности производи дејство само за време у коме траје сметња које је узроковала неиспуњење обавезе. Из тога произилази да се за време у коме сметња траје не може захтевати ни испуњење обавезе.⁴⁹ С друге стране, у коментарима Конвенције се наводи да поверилац може раскинути уговор на основу члана 49.1, уколико доцња у испуњењу обавезе представља битну повреду уговора у смислу члана 25.⁵⁰ Престанак сметње до кога

44 О. Lando, Н. Beale, коментар уз члан 8.108, *нав. дело*, стр. 379, где се наводи: „*It is conceivable that an impediment at the time the contract was made existed without the parties knowing it... This situation is not covered by Article 8.108...*“

45 Ипак, вид. члан 4.102 који предвиђа да уговор није ништав само зато што је у време његовог закључења испуњење уговорне обавезе било немогуће.

46 Вид. коментаре уз члан 7.1.7 UNIDROIT Принципа, у: *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010*, Rome, 2010, стр. 236–238. Ипак, вид. члан 3.1.3 Принципа.

47 Вид. члан 79 став 5 Бечке Конвенције о међународној продаји.

48 Вид. члан 7.1.7 став 4 UNIDROIT Принципа и коментар бр. 2 уз тај члан у *UNIDROIT Principles*, *нав. дело*, стр. 237, где се наводи: „*The Article does not restrict the rights of the party who has not received performance to terminate if the non-performance is fundamental. What it does do, where it applies, is to excuse the non-performing party from liability in damages.*“

49 Н. Stoll, G. Gruber, „Art. 74“, *нав. дело*, стр. 830.

50 Н. Stoll, G. Gruber, *нав. дело*; К. Н. Neumayer, С. Ming, *нав. дело*, стр. 533.

је дошло након раскида уговора не утиче на ваљаност раскида.⁵¹ За разлику од униформних правила, национални закони најчешће не предвиђају правила релевантна за случај привремене немогућности, те ако ова питања нису уређена одговарајућом уговорном клаузулом, може доћи до различитих тумачења у погледу правних дејстава привремене немогућности.

Једно од посебно значајних питања која униформна правила посебно уређују, односи се на обавештење друге уговорне стране о сметњи која је узроковала немогућност испуњења. Према униформним правилима, страна која није извршила своју обавезу, дужна је да обавести другу страну о сметњи и утицају сметње на њену могућност да изврши обавезу. Обавештење треба да буде довољно детаљно да омогући другој уговорној страни да одлучи о мерама које поводом неиспуњења обавезе намерава предузети, а пре свега о томе да ли ће раскинути уговор.⁵² Униформна правила не предвиђају посебну форму овог обавештења, а ризик доцње или грешке у упућивању обавештења сноси страна која се на сметњу позива. Последица пропуштања да се обавештење учини у разумном року⁵³ не огледа се у губитку права на ослобођење од одговорности, већ у обавези накнаде штете коју је друга страна услед тог пропуштања претрпела. Према преовлађујућем ставу, друга уговорна страна неће имати право на накнаду штете уколико је, и без овог обавештења, знала за сметњу која је наступила.⁵⁴

Најзад, правила Бечке конвенције о међународној продаји одликују се појединим специфичностима у односу на одговарајућа решења осталих извора униформног уговорног права. Тако, Конвенција у оквиру одредаба о ослобођењу од одговорности садржи посебна правила за случај кад је неиспуњење обавезе једне стране последица неизвршења трећег лица које је та страна ангажовала, док одговарајуће одредбе осталих извора униформног права ово питање не обухватају.⁵⁵ Друга специфичност Конвенције односи се на правила о промењеним околностима. Остали извори униформног уговорног права, као и национални закони који прихватају теорију промењених околности, чине дистинкцију између немогућности испуњења и промењених околности, како у погле-

51 I. Schwenzer, „Art. 74“, *нав. дело*, стр. 1080.

52 H. Stoll, G. Gruber, „Art. 74“, *нав. дело*, стр. 834.

53 Тај рок почиње да тече пошто је страна која није извршила обавезу сазнала или морала сазнати за сметњу.

54 I. Schwenzer, „Art. 74“, *нав. дело*, стр. 1081; H. Stoll, G. Gruber, *нав. дело*; Y. M. Atamer, „Art. 79“, *нав. дело*, стр. 1095.

55 Са изузетком Модел клаузуле о вишој сили Међународне трговинске коморе у Паризу која следи решење Бечке конвенције о међународној продаји.

ду њиховог одређења тако и у погледу правних дејстава која производе, те ова два института регулишу одвојеним правилима. Насупрот томе, Конвенција не садржи посебно правило о промењеним околностима, а питање да ли се члан 79 Конвенције односи и на промењене околности, представља једно од најконтраверзнијих и најчешће дискутованих питања у доктрини права међународне продаје.

IV Немогућност испуњења у српском праву

У српском праву, основна правила о немогућности испуњења у двострано обавезним уговорима садржана су у члановима 137 и 138 Закона о облигационим односима (даље у тексту: ЗОО). С друге стране, питање престанка обавезе због немогућности испуњења регулисано је посебним правилима, у оквиру чланова 354–356, док је ослобођење дужника од одговорности предвиђено чланом 263 ЗОО.

У оквиру основних правила о немогућности испуњења у двострано обавезним уговорима, Закон полази од две основне класификације. Прва се односи на потпуну и делимичну немогућност испуњења, док је у другој подела извршена према томе да ли је реч о немогућности за коју не одговара ниједна уговорна страна или о немогућности за коју одговара друга уговорна страна.⁵⁶

У том смислу, Закон предвиђа да, кад је испуњење обавезе једне стране у двостраном уговору постало немогуће због догађаја за који није одговорна ни једна ни друга уговорна страна, гаси се и обавеза друге стране, а ако је ова нешто испунила од своје обавезе, може захтевати враћање по поравилима о враћању стеченог без основа (члан 137 став 1). Као што се види, ово правило односи се на случај *иошйу-не* немогућности за коју *не одговара* ниједна уговорна страна. Наведену одредбу потребно је посматрати у светлу правила Закона о престанку обавезе због немогућности испуњења, према коме обавеза чији је предмет индивидуално одређена ствар престаје кад њено испуњење постане немогуће услед околности због којих дужник не одговара, при чему дужник треба да докаже околности које искључују његову одговорност (чланови 354–355).⁵⁷ Најзад, у погледу утицаја немогућности испуњења на одговорност дужника, релевантно је правило Закона према коме се дужник ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи (члан 263).

56 ЗОО, чл. 137 и 138.

57 В. у целини чланове ЗОО, чл. 354–355, као и члан 356.

Наведена правила Закона упућују на неколико закључака. На првом месту, немогућност која доводи до престанка обавезе у двострано обавезним уговорима мора испуњавати одређене услове. У том смислу, немогућност мора бити потпуна с обзиром да Закон предвиђа посебна правила за случај делимичне немогућности⁵⁸ и мора бити трајна, јер привремена немогућност, по правилу, не доводи до гашења обавезе, већ до одлагања њеног испуњења.⁵⁹ Немогућност мора наступити након закључења уговора (накнадна немогућност) с обзиром да српско право стоји на традиционалном становишту да немогућност која постоји у време закључења уговора (иницијална немогућност), по правилу, спречава пуноважан настанак уговора⁶⁰ (*impossibilium nulla obligatio*).⁶¹ Да би дошло до гашења уговорне обавезе и ослобођења дужника одговорности за штету, потребно је да је реч о објективној немогућности, што значи да нико, а не само дужник не може испунити конкретну обавезу.⁶²

Надаље, кад је реч о правним дејствима немогућности испуњења, Закон предвиђа гашење уговорне обавезе кад њено испуњење постане немогуће услед околности за које дужник не одговара,⁶³ под којима се подразумевају околности настале након закључења уговора које дужник није могао спречити, отклонити или избећи.⁶⁴ У случају кад ни друга уговорна страна није одговорна за немогућност испуњења у наведеном смислу, гаси се и обавеза друге уговорне стране,⁶⁵ што води престанку

58 ЗОО, чл. 138.

59 Осим кад је реч о испуњењу обавезе из фиксних уговора (в. ЗОО, чл. 125).

60 Осим у случају кад је уговор закључен под одложним условом или роком, па немогућност наступи пре остварења услова или истека рока.

61 У члану 263 Закона изричито се предвиђају „околности настале после закључења уговора“. Више о томе, С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 519; С. Перовић, коментар уз члан 46 Закона о облигационим односима, Слободан Перовић (главни редактор), *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига, Београд, 1995, стр. 112. и у истом Коментару, Д. Павић, коментар уз члан 137 Закона о облигационим односима, стр. 271, као и И. Јанковец, коментар уз члан 263 Закона о облигационим односима, стр. 589.

62 Ово становиште широко је прихавећно у доктрини српског облигационог права, као и у судској пракси. Вид. С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 520; Д. Павић, коментар уз члан 137 Закона о облигационим односима, *нав. дело*, стр. 271; детаљно образложење овог становишта, И. Јанковец, коментар уз члан 263 Закона о облигационим односима, стр. 590-592. У истом Коментару, Ј. Радишић, коментар уз члан 354 Закона о облигационим односима, стр. 763. Ипак, поједини аутори заступају став према коме у српском праву разликовање немогућности на субјективну и објективну није релевантно, као и став да се Закон определио за субјективну немогућност. Сумарно о овим ставовима, као и њиховој критици, И. Јанковец, *нав. дело*.

63 ЗОО, чл. 354.

64 ЗОО, чл. 263.

65 ЗОО, чл. 137 ст. 1.

облигационог односа у целини. До гашења обавезе долази аутоматски, у тренутку наступања немогућности испуњења, а евентуална судска одлука имала би декларативни карактер.⁶⁶ Престанком главне обавезе, гасе се јемство, залога и друга споредна права.⁶⁷ До гашења обавезе по овом основу долази само у случају кад је предмет обавезе индивидуално одређена ствар, јер кад је реч о генеричним стварима, обавеза не престаје, већ се поставља питање ко сноси ризик за случајну пропаст ствари.⁶⁸ Најзад, дужник одређене ствари који је ослобођен обавезе услед немогућности испуњења, дужан је уступити повериоцу право које би имао према трећем лицу због настале немогућности.⁶⁹

Да би немогућност испуњења довела до ослобођења дужника од одговорности, члан 263 Закона захтева да је немогућност узрокована околностима које су настале након закључења уговора које дужник није могао спречити, отклонити или избећи, чиме се правила српског права значајно приближавају критеријуму који у том контексту предвиђају униформна правила, а који полази од захтева да је реч о сметњи која је „изван контроле“ уговорне стране. При томе, може се уочити да Закон, за разлику од униформних правила и одговарајућих решења бројних других националних закона, не предвиђа изричито захтев непредвидљивости наступања околности које су довеле до немогућности испуњења. Стриктним тумачењем текста Закона, произилази да ће дужник бити ослобођен одговорности за накнаду штете чак и у случају кад је наступање околности које узрокују немогућност испуњења могао предвидети у време закључења уговора, под условом да те околности није могао спречити, отклонити или избећи. Ипак, у том погледу, потребно је узети у обзир опште правило Закона о ограничењу одговорности за штету путем правила предвидљивости, предвиђено чланом 266 Закона.

Да би се дужник ослободио одговорности за штету по овом основу, потребно је да је немогућност испуњења наступила пре доспелости уговорне обавезе. Према општим правилима Закона о праву на накнаду штете, дужник одговара и за делимичну или потпуну немогућност испуњења и ако ту немогућност није скривио ако је наступила пре његовог доласка у доцњу, за коју одговара. Ипак, дужник се ослобађа одговорности ако докаже да би ствар која је предмет обавезе случајно пропала и да је он своју обавезу на време испунио.⁷⁰

66 С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 521.

67 ЗОО, чл. 295 ст. 2.

68 ЗОО, чл. 355.

69 ЗОО, чл. 356.

70 ЗОО, чл. 262 ст. 4 и 5.

Полазећи од поделе немогућности испуњења на потпуну и делимичну, Закон предвиђа посебно правило у случају делимичне немогућности за коју није одговорна ниједна уговорна страна. У таквом случају, друга уговорна страна може раскинути уговор ако делимично неиспуњење не одговара њеним потребама, иначе уговор остаје на снази, а друга уговорна страна има право да захтева сразмерно смањење своје обавезе.⁷¹

Закон предвиђа посебна правила и у светлу класификације немогућности на ону за коју не одговара ниједна страна и ону за коју одговара друга страна. У том смислу, кад је реч о немогућности за коју одговара друга уговорна страна, према Закону, обавеза стране која је погођена немогућношћу испуњења се гаси, а она задржава своје потраживање према другој страни, с тим што се смањује за онолико колико је она могла имати користи од ослобођења од сопствене обавезе. Поред тога, она је дужна уступити другој уговорној страни сва права која би имала према трећим лицима у вези са предметом обавезе чије је испуњење постало немогуће.⁷²

V Закључак

Решења упоредног права одликују се значајним разликама у погледу услова и начина ослобођења од одговорности због немогућности испуњења уговорне обавезе. У тим оквирима, класичне теорије о немогућности испуњења земаља европско-континенталне правне традиције усвајају критеријуме који се разликују у односу на оне од којих полази теорија осујећења уговора енглеског права односно доктрина „*impracticability*“ прихваћена у америчком праву. С друге стране, униформна правила усвајају општи принцип ослобођења од одговорности, према коме је потребно да је немогућност настала услед сметње која је изван контроле дужника, да је сметња била непредвидљива за дужника у време закључења уговора, као и да није било разумно очекивати од дужника да избегне или савлада такву сметњу и њене последице. Компаративна анализа правила о немогућности испуњења српског Закона о облигационим односима и одговарајућих решења униформних правила указује на то да, и поред одређених разлика, између ових решења постоји суштинска блискост. С друге стране, у уговорима међународног пословног промета, искључење уговорне одговорности најчешће је уређено сагласним вољама уговорних страна које су слободне да, у границама јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја, искључе или из-

71 ЗОО, чл. 137 ст. 2.

72 ЗОО, чл. 138.

мене границе уговорне одговорности постављене правилима меродавног права. Из тих разлога, потребно је приметити да ће правила националних закона и извора униформног уговорног права о ослобођењу од одговорности због немогућности испуњења бити примењена у случају кад ово питање није предвиђено одговарајућом уговорном клаузулом или кад је таква клаузула погођена санкцијом ништавости.

Jelena PEROVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Economics, University of Belgrade

EXCLUSION OF CONTRACTUAL LIABILITY DUE TO IMPOSSIBILITY OF PERFORMANCE

Summary

This contribution offers a comparative analysis of the main rules and principles concerning the excuse due to an impediment from the perspective of uniform contract law and national legislations with special attention to the relevant rules of the Serbian Law on Obligations. In that respect, the analysis examines the conditions under which the obligor may be excused in case where an impediment beyond its control makes the performance of its obligation impossible. The relevant requirements in comparative law vary from one system to another; the main distinctions appear between the traditional doctrine of impossibility in civil law systems and the English doctrine of frustration of contract.

Key words: *contract, obligation, impossibility, exclusion, liability.*

др Слободан НЕНАДОВИЋ
професор струковних студија, ВИПОС Ваљево

ГАРАНЦИЈЕ ПРЕМА ЈЕДИНСТВЕНОМ ТРГОВИНСКОМ ЗАКОНИКУ САД

Резиме

Гаранције у праву САД имају веома дугу историју. Настају и развијају се из енглеској обичајној права, а коначно формирају кроз одговарајуће правне акте (законе) и судску праксу. Код уговора о продаји гаранције представљају једну врсту осигурања једне ствари (продавца) у погледу постојања одређених чињеница у које се група ствари (купица) може поуздати. Одговорност за кршење оваквих гаранција је по својој правној природи уговорна.

Кључне речи: гаранције, врсте гаранција, уговорна одговорност.

I Увод

Правни акти, углавном закони, којима се у САД непосредно или посредно регулишу различити аспекти уговора о продаји садрже и нормирају бројне врсте гаранција (*warranties*) које продавац у вези ствари (робе) која је предмет уговора преузима у односу на купца. Такви су на пример Јединствени законик о продаји из 1906. године (*The Uniform Sales Act – U.S.A.*), Јединствени трговински законик (*The Uniform Commercial Code – U.C.C.*) из 1962. године, као и *The Magnuson-Moss Warranty Act* (тзв. *Lemon Law*) из 1975. године, који су као федерални прописи примењени више мање на целој територији САД. Обзиром на подељену надлежност између федералне и савезних држава правило

је да одредбе федералних прописа у истоветном или нешто измењеном тексту буду посебно кодификоване у неком од аката савезних држава. У Калифорнији то је рецимо случај са Грађанским закоником (*The Civil Code of California*) примарно усвојеним још 1872. године, а након тога често иновираним. Овај Законик наике садржи посебну главу посвећену гаранцијама у којој не само прихвата него и проширује домашај истоврсних одредаба *U.C.C.*¹

Гаранција се у САД најчешће одређује као уверавање (обећање) које у неком уговору једна страна даје другој у вези постојања чињеница које се односе на предмет уговора, а у које се друга страна може поуздати. То је другим речима обећање продавца купцу да су декларисане чињенице о ствари (роби) која је предмет уговора истините, да се на њих може ослонити и да у супротном може користити одређене правне лекове.² Према неким другим, не тако различитим ставовима, гаранција је обећање продавца о преузимању специфичне одговорности у случају да квалитет или друге особине ствари (робе) која је предмет уговора нису у складу са спецификацијом или разумним очекивањима купца.³

У исто време међутим у правној теорији САД никада се није дошло до јасно дефинисане и опште прихваћене правне теорије о одговорности због кршења гаранција што је делом последица објективне процене општих циљева који се кроз концепт гаранција имају остварити.⁴ У време њиховог настанка у оквирима обичајног права сматрало се да одговорност поводом кршења гаранција произилази из деликта односно преваре који је концепт врло брзо еволуирао ка терену уговорне одговорности. Трећи концепт који се повремено појављује гаранције посматра као израз друштвеног настојања у смислу заштите потрошача.⁵

1 The Civil Code of California, Consumer Warranty Protection, Articles 1790–1790.4, 1797.90–1797.96.

2 R. L. Miller, G. A. Jentz, *Fundamentals of Business Law*, 6th ed., South Western West, стр. 320.

3 Francesco Parisi, „The Harmonization of Legal Warranties in European Law: An Economic Analysis“, *American Journal of Comparative Law*, бр. 52/2004, стр. 403–430. У нашем позитивном праву гаранција се одређује као свака изјава воље којом њен давалац даје обећање у вези са робом, и правно је обавезујућа под условом датим у изјави, као и оглашавању у вези са том робом. Види: Закон о заштити потрошача РС, *Сл. гласник РС*, бр. 73/10, чл. 56.

4 Fuller, Perdue, „The Reliance Interest in Contract Damages: I“, *Yale Law Journal*, бр. 46/1936, стр. 52.

5 Kessler, Sharp, *Cases and Materials on Contracts*, New York, Prentice-Hall, 1953, стр. 56. Ни у економској теорији нема јединственог становишта у вези гаранција. Неки аутори сматрају да гаранције обезбеђују додатну сигурност потрошачима и делују кроз механизам поделе ризика, други су мишљења да гаранције представљају знак квалитета производа за потрошаче у оквирима асиметричних информација које у

Конечно, судови се не тако ретко у споровима насталим услед кршења гаранција користе комбиновањем претходно наведених теоријских концепата, додуше уз доминантно прихватање концепта уговорне одговорности.

Када је реч о врстама гаранција у овом раду ћемо се бавити онима које су нормиране у Јединственом трговинском законнику: поред гаранција власништва (*warranties of title*) то су подразумевајуће гаранције (*implied warranties*), као и изричите (експлицитне) гаранције (*express warranties*).⁶

II Гаранције власништва

Купци су у даљој прошлости робу куповали на сопствену одговорност што практично значи да су они искључиво преузимали ризик евентуалне куповине ствари у случају да продавац није њен власник или је његово власништво на неки начин ограничено. У раном обичајном англосаксонском праву, нарочито енглеском, гаранција купчевих права није постојала ни када је продавац продавао своју личну имовину, као ни околност да је плаћена цена у потпуности одговарала вредности ствари. Овакав приступ последица је комбиновања два латинска начела: првог, *nemo dat quod non habet* (нико не даје оно што нема) и другог, *caveat emptor* (нека се купац пази), сходно којима је успостављено „хибридно“ правило да продавац на другога може пренети само оно што поседује али да ризик недостатка у његовом власништву сноси купац.

Ригидност на овај начин успостављеног правила од почетка 19-ог века ублажавају судови у Енглеској и САД тако што су купцима дозвољавали надокнаду уколико би продавци лажно представљали или прећутно прикривали правни статус робе коју продају. Овакво је право купаца, међутим, свој основ имало у превари, а не у уговору. Судови пак поступно омогућавају продавцу да, у случају спора, докаже да је он

вези са производима имају, док трећи гаранције посматрају као подстицајни механизам за произвођаче у смислу сталног побољшања квалитета производа. Winand Emons, „The Theory of Warranty Contracts“, *Journal of Economic Surveys*, бр. 3(1)/1989, стр. 43-57.

6 Наведене врсте гаранција нису једине које америчко право познаје. Тако рецимо поменути *The Magnuson-Moss Warranty Act* за сву робу широке потрошње (*consumer goods*) чија је цена већа од 10 УСД прописује посебну врсту писаних изричитих гаранција које опет могу бити пуне гаранције (*full warranties*), оне које обавезују продавца односно произвођача на бесплатну поправку односно замену покварених делова односно повраћај новца или замену уколико ствар не може бити поправљена у разумном року и ограничене гаранције (*limited warranties*), оне које потрошачу пружају мање права од пуних гаранција.

власник ствари што заправо иницира остваривање права купца у оквирима уговорних обавеза продавца. Ипак, генерално се још увек не полази од претпостављене одговорности продавца односно његове обавезе да докаже своје власништво, све док он то изричито не изјави односно док пред судом изричито не преузме обавезу да своје право докаже. Недостатак овакве изјаве остављао је купца сасвим незаштићеног од евентуалних правних претензија трећих лица. Временом се судска заштита купаца проширују на основу претпоставке да је роба која се нуди на јавној продаји својина продавца, као и роба коју овај има у свом поседу (државини), чиме се терет супротног доказивања пребацује на трећа лица. Поступно се прихвата и став да се продавац самим чином нуђења робе на продају прећутно легитимише као њен власник, које се правило примењује и на нематеријална добра. До краја века доктрина која је у погледу гаранције власништва важила на његовом почетку еволуирала је у своју супротност: сматрало се да постоји претпоставка сходно којој продавац купцу гарантује власништво на предмету продаје, изузев уколико околности случаја јасно не указују на супротно.⁷ Овакав концепт прихваћен је коначно и у Закону о продаји роба Велике Британије из 1893. године (*The British Sale of Goods Act*).

Као што је америчко обичајно право еволуирало из обичајног права Енглеске, тако је у том погледу и амерички Јединствени законик о продаји усвојен под снажним утицајем решења из претходно поменутог енглеског Закона о продаји роба. Тај Закон познаје три димензије гарантовања власништва: гаранција законите продаје (*rightful sale*), сходно којој продавац гарантује да има овлашћење и право да прода ствар; гаранција мирне државине (*quiet possession*), сходно којој продавац преузима обавезу да штити купчеву државину од узнемиравања односно мешања треће стране која тврди да на ствари има неко право; гаранција против терета (*against encumbrances*), којом продавац гарантује купцу да на предмету продаје не постоји заложно право или неки други терет, осим оних за које је купац знао у време закључења уговора. Интересантно је међутим да амерички *The Uniform Sales Act* гаранције власништва не третира као посебну врсту гаранција већ их сврстава у подразумевајуће гаранције. На то непосредно указује и наслов секције 13 тог Закона – Подразумевајуће гаранције власништва.⁸

Мада усваја, поједностављује и даље разрађује правила о гаранцијама власништва која су садржана у Јединственом законнику о продаји, Јединствени трговински законик ове гаранције, бар формал-

7 Kevin M. Teeven, *A History of the Anglo-American Common Law of Contract*, Greenwood Press, Westport, USA 1990, стр. 288–295; William D. Hawkland, Frederick H. Miller, *Uniform Commercial Code Series*, West Group, USA, 1994.

8 USA – Section 13. Implied Warranties of Title.

но, одређује као посебну врсту гаранција, па их као такве и нормира у члану (параграфу) 2-312.⁹ Уколико се међутим анализира садржина гаранција власништва, начин њиховог настанка односно услови њихове примене, није тешко утврдити да оне по својим најзначајнијим карактеристикама и по *U.C.C.* представљају ништа друго него подврсту подразумевајућих гаранција. У односу на остале подразумевајуће гаранције разликују се у првом реду према предмету заштите: док се осталим подразумевајућим гаранцијама „потврђују“ одређена својства ствари као такве гаранцијама власништва се потврђује право својине продавца ствари на ствари. Чини се да је управо имајући у виду овако важан предмет заштите *U.C.C.* издвојио гаранције власништва као посебну врсту гаранција.

Према Јединственом трговинском законнику продавац најпре гарантује купцу да ће пренос власништва на роби (ствари) коју продаје бити уредан односно да је законит. Он даље гарантује да је ствар која је предмет уговора испоручена без икаквих оптерећења, закупа или других терета о којима је продавац у време закључења уговора имао сазнања.¹⁰ Изузев уколико другачије није уговорено, продавац који је трговац преузима у погледу робе коју продаје и гаранцију да она неће бити предмет правних захтева трећих лица. Ово се такође односи и на уговоре о преносу ауторских права, патента и заштитног знака.¹¹ Уколико је ова гаранција прекршена, па купац буде тужен од стране носиоца неког од права интелектуалне својине, купац мора обавестити продавца о парници у разумном року како би овај одлучио да ли да се умеша у спор. Уколико продавац одлучи да се умеша у спор, односно да преузме парницу, он то мора саопштити у писменој форми, обавезати се да сноси све трошкове укључујући и трошкове неповољног пресуђења.¹²

Важно питање у погледу претходно наведених одредаба Јединственог трговинског законика, које се решава у судској пракси, јесте и питање обима гаранција власништва. У том смислу се сматра да продавац, уколико већ гарантује за власништво на ствари која је предмет продаје, гарантује такође и за своје правне претходнике. Намера или незнање продавца у том смислу су ирелевантни.¹³ Другим речима,

9 *U.C.C.* § 2-312. Warranty of Title and Against Infringement; Buyer's Obligation Against Infringement.

10 *U.C.C.* § 2-312(1)

11 *U.C.C.* § 2-312(1).

12 *U.C.C.* § 2-607(3)(b); 2-607(5)(b).

13 *Crook Motor Co. v. Goolsby*, 703 F. Supp. 511, 518 (N.D. Miss. 1988) У наведеној пресуди између осталог се разматра и питање повраћаја цене купцу од крајњег „невиног“ продавца. Види више на: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=2&xmlDoc=19881214703FSupp511_11107.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006&SizeDisp=7.

гаранција није прекршена све док продавац „пренесећи власништво ствари на купца поступа на законит начин тако да купац није изложен тужби или је принуђен да тужи да би заштитио своје право“.¹⁴ Продавчево незнање није извињавајућа околност будући да је он стриктно одговоран за кршење гаранције коју је дао.

Продавац крши гаранцију власништва и уколико продаје ствар набављену од лопова, од преваранта или ствар на којој је конституисано неко средство обезбеђења о којем он није имао сазнање. Не постоји ни законски услов који тражи да купац делује разумно у смислу заштите својих интереса. Отуда је у једнакој мери правно заштићен и купац који се не распита о стању власништва ствари коју купује, о евентуалном постојању одговарајућих терета или мера обезбеђења на ствари.¹⁵

Судови углавном прихватају становиште да је гаранција прекршена и у случају да је купац принуђен да се брани од било каквих захтева у односу на ствар од стране трећег лица, без обзира на коначну основаност таквог захтева.¹⁶ Али тек уколико је захтев трећег лица основан продавац ће купцу бити одговоран и за штету коју овај тим поводом трпи. У зависности од последица које је кршење гаранције произвело продавац купцу мора платити штету због губитка ствари, случајну као и тзв. последичну штету (*consequential damages*). Ако је ствар због недостатака у праву продавца одузета од купца онда је минимална мера штете тржишне вредности те ствари, изузев уколико суд не нађе да постоје такве околности које оправдавају да тај износ буде другачији.¹⁷

Накнада случајне штете подразумева трошкове који су разумно учињени у погледу прегледа, пријема, превоза и чувања робе.¹⁸ Овакви трошкови уобичајено настају као резултат потребе купца да се стара о роби или да реализује набавку друге истоврсне робе. Тзв. последична штета не произилази из правног односа продавца и купца већ из посебних потреба купца за које је продавац могао знати. Према *U.C.C.*¹⁹ последична штета је резултанта кршења обавеза од стране продавца

14 *Jefferson vs. Jones*, 408 A.2d 1036, 1039 (Md. 1979), доступно на адреси: www.robewarrior.com/Cause_of_Action_Sampler_Three/408_A_2D_1036.

15 William D. Hawkland, „Sales and Bulk Sales Under the Uniform Commercial Code“, 3rd ed., A.L.I. and A.B.A., 1976, стр. 84.

16 Гаранција власништва је прекршена у погледу мирне државине купца чак и ако нека особа само тврди да је она власник ствари. Види: *Horta vs. Tennison*, 671 S.W.2d 720, 723 (Tex. Ct. App. 1984). Наведено према: Robyn L. Meadows, „Warranties of Title, Foreclosure Sales, and the Proposed Revision of U.C.C. 9–504: Has the Pendulum Swung Too Far“, *Fordham Law Review*, 1997, стр. 2430.

17 Види: R. L. Meadows, *нав. чланак*, стр. 2432.

18 U.C.C. § 2–715(1).

19 U.C.C. § 2–715(2)(a).

укључујући било који губитак који је последица општинских или посебних захтева и потреба (купца) за које је продавац у време закључења уговора могао знати, а који није могао бити разумно спречен на други начин. Оваква штета може бити штета настала услед губитка могућности да се ствар користи, финансијски трошкови плаћени у вези са ствари, као што су порези и таксе, затим њена поправка и слично. Уколико је купац имао трошкове у вези доказивања права власништва на ствари продавац ће морати да их надокнади, укључујући и разумне адвокатске трошкове.²⁰ Ако је купац платио штету стварном власнику ствари он има право на накнаду тих трошкова од продавца.²¹ Коначно, продавац може бити одговоран не само за штету коју је претрпео купац, његов саговорач, већ и за штету коју су претрпели каснији купци те ствари. У погледу одговорности продавца код куповине на даљину судови су подељени да ли се, по основу постојећих решења која садржи *U.C.C.*,²² таква одговорност може признати.²³ При томе се друге врсте гаранција које смо на почетку поменули примењују и на даљинску куповину.

Једно од важних питања које се у вези гаранција власништва поставља јесте и питање може ли продавац једноставно одрећи (*disclaim*) гарантовање власништва на предмету продаје. *U.C.C.* у овом смислу даје позитиван одговор с тим да сам процес „одрицања“ није ни мало једноставан. Наиме, ова врста гаранције може бити искључена или модификована само изричитим позивањем продавца на такву могућност, при чему нису ефективне, као рецимо код одрицања од гаранције квалитета, речи „у виђеном стању“ или „са свим оштећењима“. Да би производило правно дејство одрицање мора бити изричито, такво да јасно и недвосмислено објашњава купцу да продавац не преузима никакве обавезе у вези „квалитета“ права односно недостатака власништва на ствари коју продаје.²⁴ То би рецимо могле бити следеће речи: „Не постоји гаранција власништва или гаранција против кршења права власништва у овој продаји.“

III Подразумевајуће гаранције

Подразумевајуће гаранције су прећутне и неписане гаранције, изведене по основу самог закона, које као такве произилазе из природе

20 Cynthia A. Tari, „Warranty Actions outside Consumer Protection Statutes“, http://www.hsblaw.com/data/newsletters/Tari_%20For%20the%20Defense.pdf.

21 U.C.C. § 2-607(5)(a).

22 U.C.C. § 2-312 и U.C.C. § 2-318.

23 David Frisch, John D. Wladis, „General Provisions, Sales, Bulk Transfers, and Documents of Title“, *Bus. Law.*, бр. 45/1990, стр. 2300-2301.

24 U.C.C. § 2-312(2).

саме робе (ствари) односно природе трансакције која је у питању, односно из релативне ситуације и очекивања странака у вези са сваким конкретним уговором. Тако се рецимо подразумева да роба намењена комерцијалној продаји одговара по својим својствима за оне намене за које се уобичајено и користи.²⁵ У погледу кршења подразумевајуће гаранције неопходно је само утврдити да је она постојала и да је њеним кршењем извесно дошло до проузроковања штете.

Правила о подразумевајућим гаранцијама такође спадају у стара правила англосаксонског права. Настају из обичајног права, а даље се развијају и потврђују судским одлукама. Коначно, већ Јединствени закон о продаји из 1906. године садржи посебне чланове (секције) који се односе на ове гаранције и то на подразумевајуће гаранције описом, подразумевајуће гаранције квалитета и подразумевајуће гаранције узорком.²⁶

Дуго времена уназад постојала су опречна мишљења везана за правну природу ових гаранција при чему се углавном расправљало о томе да ли одговорност за њихово кршење произилази из деликта или пак из уговора. Неки аутори наводе доказе да се још у 14. веку кршење подразумевајуће гаранције сматрало искључиво последицом деликтне одговорности продавца.²⁷ Временом се, међутим, захваљујући пре свега одлукама судова, поглед на правну природу одговорности за кршење подразумевајућих гаранција у потпуности мења па концепт деликтне све више уступа место концепцији уговорне одговорности. Продавац је осигуравач његових добара и у том смислу је одговоран независно од сопствене кривице, чак и ако није знао за недостатке робе коју продаје. Овакав приступ ипак у свом чистом облику није могао да покрије штете (повреде) које кршењем подразумевајућих гаранција трпе трећа лица или њихова имовина, па отуда судови почињу да примењују мешовити концепт комбиновања уговорне и деликтне одговорности: мада се у пресудама позивају на уговорну одговорност они заправо често говоре о деликтима.²⁸ Током 19-ог века подразумевајуће гаранције се више мање коначно формирају у један заокружен и опште прихваћен правни

25 Оваквих гаранција према U.C.C. има више врста: *Implied Warranty of Merchantability* (U.C.C. § 2-314, 2A-212), *Implied Warranty of Fitness for a Particular Purpose* (U.C.C. § 2-315, 2A-213) као и друге подразумевајуће гаранције (U.C.C. § 2-314(3), 2A-212(3)).

26 The Uniform Sales Act of 1906 – Section 14. Implied Warranty in Sale by Description; Section 15. Implied Warranties of Quality; Section 16. Implied Warranties in Sale by Sample.

27 James Barr Ames, *Lectures of Legal History and Miscellaneous Legal Essays*, Harvard University Press, 1913, стр. 136–139.

28 W. Prosser, „Recent Developments in the Law of Negligence“, *Ark. L. Rev.*, бр. 9/1955, стр. 88–90.

институт, између осталог, и због јачања друштвене свести да „цењен продавац увек стоји иза своје робе“, што опет подиже и ниво његове друштвене одговорности.²⁹

Специфичност подразумевајућих гаранција је та што се оне аутоматски примењују на сваку продају коју чини трговац који се бави продајом роба које су „подесне за продају“ (*merchantable goods*).³⁰ Тако би рецимо подразумевајућа гаранција увек постојала уколико би од трговца који се бави продајом ски опреме купили пар скија, али не и уколико би исти такав пар купили од комшије. Под робом која је „подесна за продају“ у смислу успостављања подразумевајућих гаранција разуме се роба која је погодна за уобичајене намене за које се такве ствари иначе користе. Она мора бити најмање просечног квалитета, дакле таква да се може поредити са сличном робом у трговини односно на тржити, она мора бити на одговарајући начин упакована и мора одговарати чињеницама односно опису који су садржани на паковању односно налепници (омоту), ако их има.³¹ У свим оваквим случајевима је без значаја да ли је трговац знао или не да таква роба није „подесна за продају“ у претходно наведеном смислу. Наравно, трговац не може аутоматски бити повезан са баш свим „инцидентима“ који се непосредно могу довести у везу са робом. Ако купац у свом купатилу стане на клизав сапун, падне и претрпи повреде, одговорност продавца по основу подразумевајуће гаранције свакако не постоји.

U.C.C. познаје и појам хране „подесне за продају“ под којом се начелно разуме храна погодна за људску исхрану. Детаљнију спецификацију такве хране утврђују судови, од случаја до случаја, а на основу очекивања потрошача. Рецимо, судови претпостављају да потрошачи треба да очекују да повремено могу наћи кост у риблијој чорби, коштицу вишње у пити од вишања, љуску од ораха у паковању ољуштених ораха, обзиром да су такве ситуације природна последица припреме такве врсте хране.³² *A contrario*, потрошачи не би рационално могли да очекују

29 Daniel E. Murray, „Implied Warranty against Latent Defects“, *Louisiana Law Review*, бр. 21(3)/1961, стр. 587.

30 U.C.C. § 2-314(1). Implied Warranty: Merchantability; Usage of Trade.

31 U.C.C. § 2-314(2).

32 Господин *Webster*, рођен и одрастао у Новој Енглеској (*New England*) отишао је на ручак у ресторан *Blue Ship Tea Room Inc.*, у Бостону и наручио риблију чорбу. Већ после три четири кашике у грлу му се заглавила риблија кост која је укољена након специјалистичке лекарске интервенције у болници. *Webster* је тужио ресторан за кршење подразумевајуће гаранције и првостепени суд је пресудио у његову корист. *Blue Ship Tea Room Inc.* је уложио жалбу на такву пресуду коју је Врховни суд државе Масачусетс уважио. Врховни суд је изнео став да се у конкретном случају не ради о кршењу гаранције. По мишљењу суда „радост живота у Новој Енглеској подразумева и уживање у свежој риблијој чорби. У таквим приликама људи треба

парче црва у конзерви пасуља или комад стакла у флаши пића, обзиром да такве супстанце нису природни састојци производа (хране) о којем је реч. У првом случају подразумевајуће гаранције нису примењиве, у другом јесу.

Коначно, подразумевајуће гаранције постоје и код куповине робе за посебне намене (*warranty of fitness*). У том случају услов за успостављање гаранције је околност да продавац зна да купац робу купује управо имајући у виду њене посебне намене или посебне вештине продавца (произвођача) и да га управо те околности опредељују да купи такву робу.³³

Генерално говорећи, подразумевајуће гаранције могу бити „стављене ван снаге“ односно искључене коришћењем израза „у виђеном стању“ (*as is*) или „са свим недостацима“ (*with all faults*) или неког другог сличног израза који уобичајено привлачи позорност просечног купца на постојање околности њиховог искључења.³⁴ Могу бити искључене и гаранције које се односе на робу која има посебне намене односно која се редовно користи за посебне сврхе (*warranty of fitness*), с тим да у таквим случајевима изјава о искључењу мора бити дата у писменој форми и јасно изражена, али без обавезе да се у тексту такве изјаве наглашава која је роба у питању.³⁵ Ако је, међутим, у питању роба широке потрошње, онда се у тексту изјаве о искључењу гаранције обавезно мора навести да је реч о тој врсти робе.

Након усвајања Јединственог закона о продаји, а још више након ступања на снагу Јединственог трговинског законика, могућност одрицања подразумевајућих гаранција је оштро критикована у америчкој правној теорији. У том смислу се наводи да су предметне законске одредбе сасвим „вербалне и збуњујуће“, а надаље да и сам концепт одрицања подразумевајућих гаранција доводи у питање савремене трендове у америчком праву и, што је најважније, купце практично оставља без заштите у погледу квалитета робе.³⁶

Чини се да је кључни део изнетог критичког става, мада на први поглед сасвим логичан, у доброј мери неоснован. Наиме, основно питање је да ли заиста просечан купац искључењем гаранције за робу купљену

да буду спремни и да се суоче са ризиком од рибљих костију које се повремено појављују у рибљој чорби, и да такав ризик антиципирају.“ *Webster vs. Blue Ship Tea Room Inc., Supreme Judicial Court of Massachusetts, 1964, 347 Mass. 421, 198 N.E.2d 309.*

33 U.C.C. § 2-315 – Implied warranty; Fitness for particular purpose.

34 U.C.C. § 2-316(3)(a).

35 U.C.C. § 2-316(2).

36 Honnold, *Cases On The Law at Sales and Sales Financing*, 2nd ed., 1962, стр. 112.

„у виђеном стању“ односно робу „са свим недостацима“ заиста остаје без икакве правне заштите, како то критичари наводе. Несумљиво је да и роба купљена уз уговарање претходно наведених клаузула за купца има одређену употребну вредност, у супротном он је ни под каквим условима не би купио. По правилу просечан купац овакву робу и купује рачунајући да ће, и поред њених недостатака у односу на истоврсну робу просечног односно уобичајеног квалитета, она задовољити неку његову потребу. Разуме се, роба купљена у виђеном стању, роба са свим недостацима, а наравно и роба која се купује за редовне или посебне сврхе (намене) може имати одређене скривене мане, оне које су продавцу у време продаје биле познате или су му морале бити познате, а које би купца одвратиле од закључења уговора да је за њих знао односно да је за њих могао знати. Оваква одговорност продавца правни основ нема у уговору односно у подразумевајућој гаранцији на њему заснованој, већ произилази из деликтног поступања продавца. У прилог става који заступамо говоре и опште одредбе *U.C.C.* сходно којима ће суд одбити да пружи правну заштиту таквом уговору чије су поједине одредбе последица несавесности уговарача, или ће оснажити уговор без такве одредбе, или може ограничити примену било које уговорне одредбе која би водила неком несавесном резултату.³⁷ Према томе, а како ми то видимо, ако је искључење подразумевајућих гаранција последица несавесног поступања продавца такве одредбе уговора и не би производиле правно дејство.

IV Изричите гаранције

Изричите гаранције су оне које се односе на квалитет, стање и карактеристике ствари, укључујући и њене перформансе (техничке карактеристике). Њима се гарантује да ће одређени производ испуњавати одређене стандарде или да ће функционисати на одређени начин.³⁸ Ове гаранције настају: а) потврдом било које чињенице или обећањем учињеним од стране продавца купцу који се односе на робу (ствар)³⁹ – овакве се гаранције најчешће дају у фази преговора тако да рецимо изјава „ова бургија пробија нерђајући челик“ представља пример једне изричите гаранције; б) било каквим описом робе учињеним у фази преговора ствара се гаранција да ће роба том опису и одговарати;⁴⁰

37 *U.C.C.* § 2-302. Unconscionable contract or Clause.

38 *U.C.C.* § 2-313; 2A-210; Види више: Keller V. D., *The Essential of Business Law*, New Jersey, 1991, стр. 90.

39 *U.C.C.* § 2-313(1)(a).

40 *U.C.C.* § 2-313(1)(b).

в) уговарањем сваког узорка или модела односно договором да ће роба у целини по својим карактеристикама бити саобразна узорку или моделу.⁴¹

Да би се успоставила изричита гаранција није неопходно да продавац у том смислу употреби реч „гаранција“ или неку сличну реч (*warrant, guarantee...*). Оно што се према *U.C.C.* захтева да би изричита гаранција била успостављена је потврда (афирмација) чињеница о роби, обећање, опис или узорак који се односе на предмет уговора. Међутим, само изјава коју продавац учини у погледу вредности ствари или уколико о тој ствари изнесе своје мишљење или препоруку не успоставља изричиту гаранцију.⁴² Тако рецимо изјаве као што су „та ствар вреди читаво богатство“ или „на сваком другом месту за ову ствар би сте платили далеко више“ нису изричите гаранције у смислу *U.C.C.* Са друге стране, уколико би продавац који је истовремено и експерт у том својству купцу лаику дао своје мишљење о роби, таква би се изјава могла третирати као изричита гаранција. Разуме се, у оваквим случајевима неће бити ни мало једноставно утврдити да ли је по среди изричита гаранција или тек правно необавезујућа изјава.⁴³

Амерички теоретичари налазе да значајан проблем у конкретном утврђивању услова за примену изричитих гаранција произилази из околности да законодавац у том смислу употребљава појмове (*affirmation of fact; promise, basis of bargain*) чије значење ближе не појашњава. Одговарајуће тумачење се с тим у вези није могло пронаћи ни у оквирима обичајног права обзиром да у време његове примене пот-

41 *U.C.C.* § 2-313(1)(c). У вези примењивости одредаба *U.C.C.* у погледу услова за важење изричитих гаранција ево и једног примера из судске праксе: *Robert и Sherrie Genetti* бавили су се продајом намештаја широм САД и у ту сврху су купили камион марке *GMC (General Motors Corporation)* за цену од 97.043 долара и уз изричиту гаранцију за возило на три године или пређених 150.000 миља. У наредних седам месеци камион се кварио три пута и сваки пут власник није могао да га користи, што је проузроковало не само губљење времена и зараде, већ су и укупни трошкове поправке износили 21.000 долара. Овлашћени сервисери су констатовали да је по среди грешка на мотору али је, по захтеву купца, *GMC* одбио да замени возило или врати новац. У спору који је тим поводом настао *GMC* се бранио истичући да би купац морао да докаже да је кршење изричите гаранције последица тачно одређеног квара као и узрок тог квара, односно да у том смислу није довољно доказати само постојање квара на мотору. Првостепени суд овакву одбрану тужене стране није прихватио, а такав став је по жалби *GMC* заузео и Врховни суд Небраске наводећи, између осталог „да прецизан или специфичан дефект није потребно доказати у погледу недостатака производа предвиђених Јединственим трговинским закоником“. Види: *Nebraska Supreme Court*, 2001, 261 Neb. 98, 621 N.W.2d 529.

42 *U.C.C.* § 2-313(2).

43 M. LeRoy, G. Jentz, *Fundamentals of Business Law*, 6th ed., Thomson South Western, 2005, стр. 322.

врда (афирмација) чињеница о роби рецимо не само да није била метод успостављања гаранције већ ни доказ о њеном постојању.⁴⁴ Поред свега, употреба речи „или“ (*or*) између речи „потврда чињеница“ (*affirmation of fact*) и „обећање“ (*promise*) упућује на различите методе код креирања изричитих гаранције према *U.C.C.*⁴⁵

Утисак је да се већ код постављања претходно изнете дилеме пренебрегава уговорна природа гаранција, као таква доминантно прихваћена у америчком праву. Последица овакве „примарне грешке“ је и она која из ње произлази: тражи се суштинска разлика и примећује посебна методологија у настанку изричитих гаранција, обзиром да ли је основ њиховог настанка потврда о чињеницама или обећање. Уколико се међутим у анализи крене од става да су потврда о чињеницама и обећање једностране изјаве воље продавца које додуше могу имати различиту садржину, али из којих несумљиво и у сваком случају исходи уговорна обавеза (гаранција), онда се несумљиво постављен проблем сасвим релативизује. При томе употреба речи „или“ између речи „потврда о чињеницама“ и „обећање“ не упућује на различите методе код креирања изричите гаранције већ само на алтернативу код њиховог креирања у оквиру једне те исте методологије.

Изричите гаранције такође могу бити искључене уколико се продавац уздржи од давања било каквих обећања или тврдњи у вези са робом, описом робе или у вези саобразности робе узорку или моделу. *U.C.C.* дакле омогућава искључење или пак ограничење домашаја ових гаранција уз коришћење јасног и недвосмисленог језика којим би се на страни купца отклонило специфично очекивање од робе коју купује. Уколико је изричита гаранција искључена у писменој форми, на начин који је разумљив и изражајан, њоме су искључене и све усмене изричите гаранције које су евентуално дате.⁴⁶ Ово омогућава продавцу да предупреди евентуалне тврдње купца о постојању гаранције која је у писменој форми искључена (или ограничена). Али у сваком случају купац мора бити упознат са било којим видом искључења или ограничења изричитих гаранција пре него што је уговор закључен.

У годинама које су уследиле након усвајања *U.C.C.*, односно у време његовог поступног озакоњења у савезним државама широко је

44 „Implied and Express Warranties and Disclaimers Under the Uniform Commercial Code“, *Indiana Law Journal*, бр. 38(4)/1963, стр. 650-651, доступно на: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol38/iss4/5>.

45 *U.C.C.* § 2-313(1) – Express warranties by the seller are created as follows: (a) Any *affirmation of fact or promise* made by the seller to the buyer which relates to the goods and becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to *the affirmation or promise*.

46 *U.C.C.* § 2-316(1). *U.C.C.* § 2A-214(1).

било распрострањено мишљење о потреби елиминисања законске могућности одрицања ових гаранција.⁴⁷ Аргументи који су при томе изношени више мање су истоветни онима који су се користили када је реч о могућности искључења подразумевајућих гаранција. Поступно су, међутим, оваква мишљења потиснута аргументацијом да изричите гаранције представљају део уговора и у том смислу вољу уговарача па би *ex lege* забрана њиховог одрицања представљала стављање једног дела уговора ван снаге. Али у сваком случају, уговор у погледу његовог тумачења и одређења домаћаја његових одредби ваља посматрати у целини при чему, уколико у њему постоји противуречност између општих и посебних одредаба, предност ваља дати овим другим.⁴⁸

V Кумулирање гаранција

U.C.C. садржи и посебна правила везана за могућност кумулирања гаранција која се односе на изричите и подразумевајуће гаранције.⁴⁹ Гаранције власништва се у овом контексту не помињу обзиром да је предмет заштите тим гаранцијама право (својине) као такво, а не роба (ствар) и њена својства. Отуда би се могло рећи да се гаранције власништва увек „кумулирају“ са остале две врсте гаранција.

Према Јединственом трговинском законнику изричите и подразумевајуће гаранције се могу кумулирати уколико су конзистентне, дакле уколико међусобно нису супротстављене, али уколико такво својство немају, односно уколико нису конзистентне и уколико је њихово кумулирање нерационално онда ће се према намери странака одлучити која је гаранција доминантна. Код утврђивања такве намере странака примењиваће се следећа правила: прво, тачна техничка спецификација има предност у односу на узорак или модел или општи језички опис; друго, узорак има предност у односу на неконзистентан општи језички опис; треће, изричита гаранција има предност у односу на неконзистентну подразумевајућу гаранцију изузев у односу на подразумевајућу гаранцију која се везује за робу одређене намене.

VI Користи од гаранција за трећа лица

Једно од општих правила англосаксонског уговорног права (као уосталом и евроконтиненталног) је да лица по основу уговора не могу

47 W. D. Hawkland, *нав. дело*, стр. 47.

48 Samuel Williston, *The Law Governing Sales of Goods at Common Law and Under the Uniform Sales Act*, Baker, Voorhis, New York, 1909, стр. 115.

49 U.C.C. § 2-317. Cumulation and Conflict of Warranties Express or Implied.

стицати права и обавезе уколико нису уговорне стране. Изузеци од овог правила у праву САД се односе на упућивање (асигнацију), уговор у корист трећег лица и коначно на права која могу имати трећа лица у случају да им кршењем гаранција буде узрокована нека штета.

Сматра се да је расправа о потреби озакоњења права трећих лица на накнаду штете настале кршењем гаранција резултат једне пресуде Врховног суда државе Њу Џерси (*New Jersey*) сходно којој се такво право признаје.⁵⁰ Али и поред начелне сагласности у смислу признавања права између држава чланица су се појавиле велике разлике у погледу тога колико обухватан овакав вид заштите треба да буде што је за последицу имало да су редактори Јединственог трговинског закона предложили три равноправне односно алтернативне верзије члана 2-318.⁵¹

Према верзији „А“ гаранције се проширују на било које физичко лице члана породице, домаћинства или госта у купчевој кући уколико је разумно очекивати да таква особа може користити, конзумирати или бити под утицајем купљене ствари и која је лично повређена кршењем гаранције. При томе се овакво проширење домаћаја гаранција не може искључити нити ограничити од стране продавца. Према верзији „Б“ продавчева гаранција се проширује на било које физичко лице за које се разумно може очекивати да користи, конзумира или буде под утицајем ствари и које је лично повређено кршењем гаранције, с тим да се овакав домаћај гаранција такође не може искључити нити ограничити вољом продавца. Коначно, према верзији „Ц“ продавчева гаранција се проширује на било које лице за које се разумно може очекивати да користи, конзумира или буде под утицајем ствари и које је повређено кршењем гаранције. Продавац не може искључити нити ограничити од-

50 У случају *Henningsen v. Bloomfield Motors* супруг је својој супрузи као Божићни поклон купио аутомобил, па је супруга услед грешке у систему управљања возилом доживела удес. Тужилац (купчева супруга) је поднела тужбу против продавца и произвођача захтевајући између осталог и накнаду штете због задобијених личних повреда, мада она није купац и између ње и произвођача односно продавца није постојао директан уговорни однос. Тужени се бранио истичући управо чињеницу да тужилац није купац аутомобила и да је, шта више, купац приликом куповине возила потписао изјаву сходно којој се одговорност продавца ограничава на евентуалне штете које он претрпи коришћењем возила, а које су последица његове неисправности. Суд је, међутим, нашао да госпођа Хенингсен (*Mrs. Henningsen*) има право да оствари накнаду личне штете. У условима савремене трговине у којима продавац нуди и јавно промовише куповину својих производа подразумева се гарантовање да је такав производ погодан за коришћење од стране крајњег корисника. То подразумева проширење овакве гаранције не само на купца, већ и на чланове његове породице, као и других лица према којима се купац обавезао да ће им омогућити коришћење аутомобила. Види: *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (N.J. 1960), the New Jersey Supreme Court.

51 U.C.C. § 2-318. Third Party Beneficiaries of Warranties Express or Implied.

говорност за личне повреде било ког појединца обухваћеног оваквом гаранцијом.

На први поглед разлике између наведених верзија су тек површне. Ипак пажљивијом анализом могу се уочити и неке које суштински одређују домашај гаранција у односу на трећа лица. Рецимо: верзије „А“ и „Б“ обухватају само заштиту физичких лица, док је у верзији „Ц“ наведено да се заштита односи на „било које лице“ (*any person*), што би значило и на физичка али и на правна лица. Из ове разлике изведена је и њој подразумевајућа: повреде покривене кршењем гаранција код прве две верзије су личне (телесне) повреде (*injured in person*), док се у трећој верзији говори само о повредама (*injured*). Лица (физичка) која су покривена кршењем гаранција у првој верзији су чланови породице, домаћинства купца или његови гости, док код преостале две верзије у том погледу не постоје ограничења.

VII Уместо закључка

Правила о гаранцијама садржана у Јединственом трговинском закону су несумљиво изникла на истоврсним нормама енглеског обичајног права односно Закона о продаји роба Велике Британије. Међутим, већ од средине прошлог века америчко право се у овом погледу поступно осамостаљује задржавајући при томе исте основне облике гаранција о којима је у овом раду било речи.

Овакав тренд у праву САД последица је пре свега раног и изузетно обухватног развоја тзв. потрошачког права у чијим се оквирима и под чијим се утицајем гаранције својствене уговору о продаји развијају у два правца: прво, у многим областима се доносе посебни прописи којима се проширују и у извесном смислу модификују основне врсте гаранција садржане у *U.C.C.* Један од таквих аката је и поменути *The Magnuson-Moss Warranty Act* који познаје две специфичне врсте писаних, изричитих гаранција: пуне и ограничене. Неке особености својствене су и гаранцијама које се односе на одређену врсту роба (ствари), почев од рачунара, софтвера и мобилних телефона па све до грађевинских објеката; друго, судови, опет под снажним утицајем права потрошача и актуелизовања питања пословне етике и друштвене одговорности произвођача и трговаца, проширују домашај основних облика гаранција, посебно подразумевајућих, у односу на разноврсне „потрошачке уговоре“. Имајући у виду карактер судских одлука у англосаксонском праву уопште са једне, односно посебан и у много чему специфичан друштвено економски „миље“ САД и на овај начин се право о гаранцијама у тој држави све више издваја у односу на право из кога је еволуирало.

Slobodan NENADOVIĆ, PhD
College of Applied Business Studies, Valjevo

WARRANTIES UNDER THE U.S. UNIFORM COMMERCIAL CODE

Summary

Warranties have a long history in the U.S. law. They arise and evolve from English common law, and finally formed through appropriate legal instruments (laws) and jurisprudence. In the sales law a warranty is an assurance by one party (seller) of the existence of a fact on which other party (buyer) can rely. Liability for breach of such warranty is of contractual nature.

Key words: *warranties, types of warranties, contractual liability.*

Урош ЗДРАВКОВИЋ

сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Нишу

ИНТЕРПРЕТАТИВНА НАДЛЕЖНОСТ ПАНЕЛА И АПЕЛАЦИОНОГ ТЕЛА У ПОСТУПКУ РЕШАВАЊА СПОРОВА ПРЕД СВЕТСКОМ ТРГОВИНСКОМ ОРГАНИЗАЦИЈОМ*

Резиме

Надлежност панела и Апелационог тела, а следствено и Орјана за решавање спорова, да разјашњавају норме обухваћених споразума Светске трговинске организације (СТО), детерминисана је чланом 3(2) Договора о правилима и процедурама за решавање спорова (Dispute Settlement Understanding – DSU). Уједињена термина „разјашњавање“ (енгл. clarify) своје оправдање има у превенцији недоумица у поједу разграничења са ексклузивном надлежношћу Министарске конференције и Генералној савети да усвајају аутентичне интерпретације. Аутор поводом овој питања критички сагледава праксу Апелационог тела којом је успостављен механизам обавезног слеђења претходних интерпретација садржаних у усвојеним извештајима. Оваква пракса омогућава усвојеним интерпретацијама стицање de facto статуса извора права СТО у ужем смислу, обавезујуће за све чланице, што далеко излази из оквира намере оснивача СТО. У другом делу рада говори се о методама интерпретације, а по том и о ограничењу надлежности панела и Апелационог тела да путем разјашњавања норми додају или умањују права и обавезе из обухваћених споразума.

* Рад је резултат истраживања у оквиру Пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046 који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

Кључне речи: *Светска трговинска организација, DSU споразум, решавање спорова, инјерпретација, Апелационо тело, панели.*

I Увод

Једно од централних питања на којима почива механизам решавања спорова у оквиру Светске трговинске организације (СТО)¹ огледа се у интерпретацији њених обухваћених споразума. Поступајући као независни стручњаци, панелисти и чланови Апелационог тела ослоњени су на право СТО које треба да тумаче и примењују. То представља изразито захтеван задатак, имајући у виду степен комплексности правног система СТО. Поред тога, правилна интерпретација правних норми садржаних у обухваћеним споразумима СТО представља кључну претпоставку за ефикасно и на праву засновано решавање међународних трговинских спорова насталих поводом примене права СТО.

Основ за надлежност панела и Апелационог тела у погледу интерпретације обухваћених споразума лежи у члану 3(2) Договора о правилима и процедурама за решавање спорова из 1995. године (*Dispute Settlement Understanding*, или скраћено „DSU споразум“) који гласи: „Систем решавања спорова у СТО је централни елемент који обезбеђује сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система. Чланице признају да он служи очувању права и обавеза које чланицама припадају према обухваћеним споразумима, као и разјашњењу постојећих одредби у тим споразумима у складу са уобичајеним правилима интерпретације међународног јавног права. Препоруке и одлуке Органа за решавање спорова не могу додати или умањити права и обавезе које су предвиђене обухваћеним споразумима.“

Оваква апстрактна стипулација навела је панеле и Апелационо тело да активно приступе разумевању своје компетенције у погледу разјашњавања обухваћених споразума, као и домету важења и обавезности усвојених интерпретација. Међутим, такав активан приступ довео је до тога да интерпретације које су садржане у усвојеним извештајима добију статус који превазилази изворну замисао креатора СТО.

Циљ аутора је да кроз анализу одредби обухваћених споразума, усвојених извештаја и одговарајућих ставова доктрине, овим радом ука-

1 Уопште о механизму решавања спорова пред СТО видети више у: Александар Ђирић, „Поступак решавања спорова пред Светском трговинском организацијом“, *Правни живои*, тематски број: Право и простор, бр. 11, том 3/2010, стр. 313–328.

же на важне аспекте интерпретације норми СТО, у контексту надлежности панела и Апелационог тела. Аутор објашњава формалну и фактичку интерпретативну компетенцију Апелационог тела, коју треба разграничити од надлежности којом у погледу аутентичних интерпретација располажу Министарска конференција и Генерални савет. Указује се на превелику интерпретативну моћ коју је Апелационо тело доделило себи путем сачињавања извештаја, који су касније усвојени, а чиме су створени услови да се на усвојене интерпретације може гледати као на *de facto* изворе права СТО у ужем смислу. У другом делу рада аутор даје полазне осврте на интерпретативне методе и ограничење надлежности Органа за решавање спорова у смислу додавања или умањења права и обавеза из обухваћених споразума.

Замисао аутора није била да овим радом критички представи све значајне аспекте интерпретације права СТО, који сачињавају једну врло ширу и комплексну целину. Због тога су излагања која следе у ужем смислу усмерена на полазне анализе проблема интерпретације норми СТО споразума у контексту разумевања надлежности панела и Апелационог тела у том погледу. Такав приступ је узроковао да буде изостављена расправа у погледу уобичајених интерпретативних правила међународног јавног права садржаних у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године, а која су од великог значаја приликом тумачења СТО споразума. Такође, аутор се није упуштао у ширу расправу у вези међународноправног статуса извештаја усвојених пред Органом за решавање спорова. Ова питања по себи представљају комплексне истраживачке секције и повезана су не само са проблемом интерпретације права СТО у поступку решавања спорова, већ и са јурисдикцијом, односно компетенцијом Апелационог тела у најширем смислу.

II Терминолошка и суштинка разлика између „интерпретације“ и „разјашњавања“ постојећих одредби обухваћених споразума

Иако не треба занемарити чињеницу да усвојени извештаји панела и Апелационог тела представљају изворе права СТО у ширем смислу,² њихов домет подлеже јасним ограничењима. Због тога ваља указати на једну важну разлику која на први поглед може изазвати одређене нејасноће у погледу компетенције панела и Апелационог тела када је у

2 Предраг Цветковић, „Извори права Светске трговинске организације и њихов значај за државе у транзицији“, у: Милорад Божић, Срђан Голубовић (ур.), *Балкан у процеси евроинтеграције: 20 година транзиције (Едиција Балканске студије; књ. 4)*, Ниш, 2009, стр. 150.

питању интерпретација обухваћених споразума СТО. Потенцијална недоумица лежи у Споразуму о оснивању СТО који предвиђа да Министарска конференција и Генерални савет имају искључиво овлашћење за усвајање интерпретација одредби СТО споразума.³ Према Цветковићу, ово овлашћење се, на први поглед, може сматрати контрадикторним са надлежношћу коју чл. 3(2) *DSU* даје панелима и Апелационом телу да „разјашњавају“ (енгл. „clarify“) одредбе обухваћених споразума.⁴ Међутим, иста одредба у последњој реченици предвиђа да препоруке и одлуке Органа за решавање спорова не могу додати или умањити права и обавезе које су предвиђене обухваћеним споразумима. Штавише, усвојени извештаји су обавезни само за стране у спору. На основу наведеног Цветковић закључује да контрадикторност постоји само *prima facie* и указује на другачију природу интерпретација Министарске конференције и Генералног савета од „разјашњавања“ које су задатак Органа за решавање спорова:

„Потекле од највиших органа СТО, ове интерпретације су опште природе, обавезујуће су за све државе чланице и могу утицати на њихова права и обавезе (при чему се њима не могу заобилазити одредбе о процедури измене СТО споразума и мултилатералних трговинских споразума који припадају систему СТО).“⁵

Овакав став треба прихватити јер има утемељење у усвојеним извештајима Апелационог тела. Тако је у спору *US — Wool Shirts and Blouses*,⁶ Апелационо тело закључило:

„Узимајући у обзир експлицитни циљ решавања спорова који прожима *DSU* споразум, не сматрамо да је намена члана 3(2) *DSU* да подстакне панеле и Апелационо тело да „стварају право“ тако што ће разјашњавати постојеће одредбе СТО споразума изван контекста решавања конкретног спора. Панел треба да разматра само означене захтеве у циљу решавања предметног питања у спору.“⁷

Дакле, разлику између „интерпретације“ и „разјашњавања“ у контексту надлежности Министарске конференције и Генералног савета, са

3 Споразум о оснивању СТО из 1995. године (*Agreement Establishing the World Trade Organization*), чл. 9(2).

4 Предраг Цветковић, *Увод у право Свешке трговинске организације*, Ниш, 2010, стр. 38.

5 *Ibidem*.

6 Appellate Body Report, *United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, adopted 23 May 1997, and Corr. 1, DSR 1997:I, 323.

7 Стр. 19 Извештаја.

једне, и Органа за решавање спорова, са друге стране, треба посматрати у суштинском, а не у термилошкоком смислу. Због тога се ова два термина често користе као синоними када се говори о компетенцији панела и Апелационог тела да разјашњавају, односно, интерпретирају СТО споразуме.

III Фактичка интерпретативна моћ Апелационог тела

На основу претходно изнетог може се утврдити да је надлежност панела и Апелационог тела у погледу интерпретације, односно према одређенијем језику чл. 3(2) *DSU* споразума „разјашњавања“, јасно ограничена. Међутим, ваља указати на чињеницу да панели не поседују апсолутну дискрецију ни у погледу разјашњавања одредби обухваћених споразума, у смислу чл. 3(2) *DSU*. Они се морају руководити претходним интерпретацијама Апелационог тела, као више другостепене инстанце, које су настале као последица решавања исте или сличне спорне ситуације. Та нужност прожима читав контекст *DSU* споразума, али је најјасније образложена и утемељена у пракси Апелационог тела. Тако је у спору *US — Stainless Steel (Mexico)*⁸ Апелационо тело ослањање на интерпретације у претходно усвојеним извештајима повезало са захтевом сигурности и предвидивости из прве реченице члана 3(2) *DSU* споразума. Закључено је да неслеђење од стране панела претходно усвојених извештаја Апелационог тела који су се односили на иста питања умањује развитак кохерентне и предвидиве јуриспруденције у погледу разјашњавања права и обавеза чланица из обухваћених споразума, на начин како је то замишљено *DSU* споразумом. Образлажући овакав закључак, Апелационо тело је апострофирало:

„Разјашњавање, како је предвиђено у члану 3(2) *DSU* споразума, треба да расветли домен и значење одредби обухваћених споразума у складу са уобичајеним правилима интерпретације међународног јавног права. Иако се може сматрати да примена одредбе има ограничено дејство у контексту у коме се појављује, релевантност разјашњења садржаних у усвојеним извештајима Апелационог тела ипак није ограничена на примену одређене одредбе у конкретном случају.“⁹

У претходном спору *Japan – Alcoholic Beverages II* Апелационо тело је указало на неоспорно правило да његови извештаји немају обавезујућу

8 Appellate Body Report, *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R, adopted 20 May 2008.

9 Видети параграф 161 Извештаја.

природу, осим у случају решавања конкретног спора између страна.¹⁰ Ово се, међутим, не може тумачити да панели приликом решавања будућих спорова слободно могу одбацити правне интерпретације и образложења садржана у претходно усвојеним извештајима Апелационог тела.¹¹ Апелационо тело је у овом спору такође указало на значај претходних извештаја панела током *GATT* ере и закључило:

„Усвојени извештаји панела представљају значајан део правних тековина *GATT*-а („*GATT acquis*“). Они се често узимају у обзир од стране будућих панела. Садржина тих извештаја представља основ за легитимна очекивања између чланица СТО, и због тога треба да буду узети у обзир уколико се могу сматрати релевантним приликом решавања било ког спора.“¹²

Иако се може сматрати да је извешајем у спору *Japan – Alcoholic Beverages II* Апелационог тела успоставило основ за своју превелику интерпретативну моћ, овакав став је ипак донекле ублажио претходни став Панела у истом спору. Наиме, потупајући Панел је усвојене извештаје посматрао у светлу „накнадне праксе“ из члана 31(3)(б) Бечке конвенције о уговорном праву, која се мора узети у обзир приликом тумачења споразума.¹³ Концепт посматрања усвојених извешаја као

10 Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:I, 97, стр. 13. С тим у вези видети и: Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/AB/RW, adopted 21 November 2001, DSR 2001:XIII, 6481, para. 109; Appellate Body Report, *United States – Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, WT/DS268/AB/R, adopted 17 December 2004, DSR 2004:VII, 3257, para. 188.

11 Adrian T. Chua, „Precedent and Principles of WTO Panel Jurisprudence“, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 16, Iss. 2, 1998, стр. 182–183; Adrian T. Chua, „The Precedential Effect of WTO Panel and Appellate Body Reports“, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 11, 1998, стр. 51–53; Zhu Lanye, „The Effects of the WTO Dispute Settlement Panel and Appellate Body Reports: Is the Dispute Settlement Body Resolving Specific Disputes Only or Making Precedent at the Same Time?“, *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 17, 2003, стр. 230; Hersch Lauterpacht, „The so-called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law“, *British Yearbook of International Law*, бр. 12, 1931, стр. 53; Wolfgang Weiss, „Security and predictability under WTO law“, *World Trade Review*, Vol. 2, Issue 02, 2003, стр. 191; Peter Sutherland, Jagdish Bhagwati, Kwesi Botchwey, Niall FitzGerald, Koichi Hamada, John H. Jackson, Celso Lafer, Thierry de Montbrial, *The Future of the WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium*, Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi, World Trade Organization, Geneva, 2004, стр. 52.

12 Стр. 13 Извештаја.

13 „Приликом интерпретације водиће се рачуна о свакој накнадној пракси у току примене споразума којом је успостављена сагласност страна у погледу његове

накнадне праксе подржан је од дела доктрине, као аргумент у правцу очувања сигурности и предвидивости СТО система.¹⁴ Ипак, овакво мишљење се Апелационом телу учинило сувише „радикалним“, па је у потоњем разматрању оцењено да један изолован акт, попут усвајања извештаја панела, није довољан да успостави накнадну праксу која би касније била обавезујућа приликом интерпретације.

Ипак, приметна је контрадикција коју је Апелационо тело том приликом исказало, а која је отворила озбиљна питања. Са једне стране, потврђено је да усвојени извештаји немају обавезујућу природу, не само на све чланице СТО, већ и у односу на стране у спору, по питањима која нису била предмет решавања конкретнoг спора. Са друге стране се указује на обавезу слеђења раније усвојених извештаја. Дакле, панели који касније поступају дужни су да се ослањају на претходне интерпретације садржане у усвојеним извештајима. Овде се поставља питање да ли се на овај начин усвојене интерпретације могу сматрати индиректно обавезујућим за све чланице СТО, односно да ли представљају *de facto* изворе права СТО у ужем смислу. Уколико је одговор потврдан, може се констатовати да је тиме Апелационом телу (уже гледано само тројници чланова Апелационог тела који поступају у конкретном спору) омогућена далеко већа надлежност него што се може сматрати да је била намера чланица-оснивача СТО.

Имајући у виду да се извештаји панела и Апелационог тела усвајају по принципу негативног консензуса, таква ситуација фактички омогућава да шест експерата (три у панелу и три у Апелационом телу) утврђују интерпретације које су обавезне не само за стране у спору, него консеквентно и за све остале чланице СТО уколико се нађу у спору поводом истог или сличног трговинског питања. Теорија по којој усвојени извештаји, иако имају формално-правно ограничено дејство, поседују *de facto* значајан прецедентни ефекат у праву СТО, заступана је од дела академске заједнице.¹⁵ Неки теоретичари су чак предлагали формалну трансформацију права СТО на *de jure stare decisis* систем.¹⁶ Обавезујући

интерпретације“, Бечка конвенција о уговорном праву из 1969. године (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), чл. 31(3)(6).

14 A. T. Chua, „The Precedential Effect of WTO Panel and Appellate Body Reports“, стр. 61.

15 A. T. Chua, „Precedent and Principles of WTO Panel Jurisprudence“, стр. 195; Z. Lanye, *нав. чланак*, стр. 235.

16 Raj Bhala, „The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy)“, *American University International Law Review*, no. 14, 1999, стр. 845–956; Raj Bhala, „The Precedent Setters: De Facto Stare Decisis in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy)“, *Florida State University Journal of Transnational Law and Policy*, no. 9, 1999, стр. 1–151; Raj Bhala, „The Power of the Past: Towards De Jure Stare Decisis in

карактер усвојених извештаја је и најчешће коришћени аргумент за став о „конститутивном“ карактеру права СТО.¹⁷ Cass сматра да панели и Апелационо тело у свом раду остварују кључну улогу у креирању „конституционаних норми“, креирајући правила и доктрину са карактером *sui generis*.¹⁸

Ипак, Апелационо тело се још увек није усудило да окарактерисе своје извештаје као прецеденте. Међутим, усвојени извештај у спору *Japan – Alcoholic Beverages II* превиђа да претходни извештаји, иако не представљају прецеденте, креирају легитимна очекивања за чланице СТО. Дакле, без обзира на механизам који предвиђа члан 9(2) Споразума о оснивању СТО, којим је Министарској конференцији и Генералном савету, као репрезентативним политичким телима, обезбеђен ексклузивитет у погледу аутентичног тумачења одредби СТО споразума, ипак се чини да се интерпретације из извештаја које усваја Орган за решавање спорова суштински могу посматрати као коначне. Ово поткрепљује и чињеница да током досадашњих 19 година постојања СТО, ни Генерални савет, ни Министарска конференција нису били у прилици да одлучују о захтеву у погледу интерпретације одредби обухваћених споразума.

Оваква, суштинска, интерпретативна „свемоћ“ Апелационог тела је добро примећена и сагледана од стране академске заједнице. Тако *Gupta* сматра да је Апелационо тело далеко изашло из оквира своје надлежности, поступајући у спору *Japan – Alcoholic Beverages II*, што следствено може угрозити и опстанак СТО као организације, имајући у виду да се од суверених држава не може легитимно очекивати да се безусловно повинују мишљењу тројице експерата.¹⁹ Време је показало да се ова слутња ипак није обистинила, али не може се са сигурношћу констативати да оваква пракса нема потенцијала да доведе неку чланицу СТО у искушење да иступи из СТО, уколико процени да ће корисни ефекти бити већи од штетних (*trade-off*). Ослањајући се на члан 9(2) Споразума о оснивању СТО *Gupta* закључује да не постоји ни један разлог да се било којој интерпретацији, осим оне коју је усвојила Министарска конференција или Генерални савет, да значајна тежина:

WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)“, *The George Washington International Law Review*, Vol. 33, No. 3/4, 2001, стр. 873-978.

17 Александар Ђирић, Предраг Цветковић, „О праву Светске трговинске организације: *pro et contra* конституционалне природе“, *Право и њивреда*, бр. 1-4, Београд, 2009, стр. 489.

18 Deborah Z. Cass, „The Constitutionalization” of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade“, *European Journal of International Law*, No. 12, 2001, стр. 39-75.

19 Ramon R. Gupta, „Appellate Body Interpretation of the WTO Agreement: A Critique in Light of Japan-Taxes on Alcoholic Beverages“, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 6 No. 3, 1997, стр. 685.

„Дозволити овим одлукама (усвојеним извештајима Апелационог тела, прим. аут.) да креирају легитимна очекивања, и наговештавајући да се те одлуке могу развити у поуздан „*case law*“, значи отићи предалеко од оног на шта упућује јасно читање одредби.“²⁰

Ипак, извесну „брану“ за превелику интерпретативну моћ Апелационог тела представља члан 3(9) *DSU* споразума који оставља могућност чланицама да затраже од Министарске конференције и Генералног савета ауторитативну интерпретацију одредби обухваћених споразума.²¹ У овом смислу се и став Апелационог тела у спору *Japan – Alcoholic Beverages II* да интерпретације панела и Апелационог тела немају обавезујућу природу, осим у случају решавања конкретног спора између страна, може донекле посматрати у нескладу са одредбом 3(9) *DSU* споразума. Имајући у виду да члан 3(9) има карактер опште одредбе *DSU* споразума, нема разлога да се њен текст тумачи на начин да чланица која је била страна у спору нема право да затражи ауторитативну интерпретацију, чак и у случају постојања усвојеног извештаја. Међутим, механизам који предвиђа члан 3(9) до сада није коришћен од стране чланица СТО, што се може сматрати и прећутним саглашавањем са интерпретацијама Апелационог тела.

IV Интерпретативне методе: објективистички и вредносни приступ

Приликом разјашњавања норми обухваћених споразума, панели и Апелационо тело се могу руководити различитим методама тумачења, од којих се у литератури најчешће наводе субјективни, објективни (литерални) и телеолошки метод интерпретације. Члан 3(2) *DSU* споразума оставља простор за примену сва три метода интерпретације, мада литерално тумачење највише одговара принципу сигурности и предвидивости. Телеолошком и субјективном методу се може приступити, ради ефикасности, али једино под условом да се не нарушава сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система који је успостављен кроз СТО. Због тога панели и Апелационо тело морају водити рачуна о балансу између правне сигурности и потребе да се обезбеди ефикасност и флексибилност механизма решавања спорова.²²

20 *Ibidem*, стр. 699.

21 „Одредбе овог Споразума не утичу на право чланица да затраже ауторитативну интерпретацију одредби обухваћених споразума путем механизма одлучивања предвиђеног Споразумом о оснивању СТО“ (чл. 3(9) *DSU*).

22 П. Цветковић, *нав. дело*, стр. 110–111.

У вези са наведеним, треба појаснити „дилему одговорности“ са којом се сусреће Апелационо тело приликом интерпретације, односно прецизније, разјашњавања обухваћених споразума. У формалном смислу, Апелационом телу је делегирана надлежност од стране чланица СТО, и са те стране, оно је њима одговорно. Али се та одговорност не рефлектује на начин да експерти који сачињавају Апелационо тело морају водити рачуна о интересима чланица СТО онако како би то чинили њихови представници. Они су специјализовани правни експерти, који решавајући спор, иступају у својству независних стручњака.²³ Њихова одговорност извире из обавезе Апелационог тела да обезбеди сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система успостављеног у оквиру СТО. Сигурност и предвидивост се не може везати за партикуларне интересе одређене чланице СТО, већ се мора посматрати као рефлексија колективног интереса СТО као целине. Управо из тога извире обавеза Апелационог тела да приступи формалној (језичкој) интерпретацији норми, односно њиховом чистом и природном значењу. Отуда су се панели и Апелационо тело по правилу ослањали на речнике у трагању за значењем бројних термина обухваћених споразума. Са друге стране, свако тумачење неизбежно захтева и извесни степен еластичности и вредносног просуђивања, што излази из оквира формалистичког приступа. Ову дилему објашњава *Picciotto*, према коме формалистички приступ ограничава епистемологију на објективизам који својим инструменталним рационализмом представља претњу за апстрактне појмове у тексту.²⁴ Он наводи да су текстови које треба тумачити неизбежно, до неког степена, неодређени. Као један од разлога за то *Picciotto* наводи непостојаност језика која узрокује да речи не могу имати чврсто и непроменљиво значење. Говорећи о тешкоћи примене формалистичког приступа приликом интерпретације апстрактних термина (каким право СТО обилује, прим. аут.) *Picciotto* објашњава:

„Општи принципи као што су правна правила не могу бити механички примењени, како то захтева објективистички приступ. Индуктивно-дедуктивно расуђивање намеће судији да одлучи како ће ти општи принципи бити примењени у односу конкретан случај, и да затим образложи своју одлуку, такође путем општих

23 Александар Ђирић, „Светска трговинска организација као форум решавања међународних трговинских спорова“, у: Невена Петрушић (ур.), *Пристајући правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије: темајски зборник радова*, Књ. 4, Ниш, 2008, стр. 167.

24 Sol Piccioletto, „The WTO’s Appellate Body: Legal Formalism as a Legitimation of Global Governance“, *Governance*, Vol. 18, No. 3, 2005, стр. 480.

термина. Конкретније, интерпретација правних правила неизбежно укључује вредносно просуђивање.²⁵

Дакле, ради обезбеђивања сигурности и предвидивости мултилатералног трговинског система успостављеног Светском трговинском организацијом, панелисти и чланови Апелационог тела се *a priori* морају ослањати на објективистички, односно формалистички метод интерпретације, уз нужност опрезног и одмереног „уношења“ вредносног, односно субјективистичког просуђивања.

V Ограничење надлежности панела и Апелационог тела у смислу додавања или умањења права и обавеза предвиђених обухваћеним споразумима

У погледу надлежности панела и Апелационог тела у контексту интерпретације обухваћених споразума, треба указати и на последњу реченицу члана 3(2) *DSU* споразума: „Препоруке и одлуке Органа за решавање спорова не могу додати или умањити права и обавезе које су предвиђене обухваћеним споразумима.“ Оваква стипулација недвосмислено указује на чврсту намеру креатора СТО да се обезбеди пуно поштовање обухваћених споразума, без остављене могућности за њихово потоње изобличавање од стране Органа за решавање спорова. Уколико би се Органу за решавање спорова пружила могућност да усвајањем извештаја панела и Апелационог тела умањује или додаје претходно утврђена права и обавезе чланицама СТО, без њихове сагласности, значајно би се умањила сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система. Отуда се овакво решење може довести у везу и са поменутиим чланом 9(2) Споразума о оснивању СТО, односно са разликом између интерпретације коју усвајају Министарска конференција и Генерални савет и разјашњавања које спроводи Орган за решавање спорова, преко панела и Апелационог тела.

Иако језик последње реченице члана 3(2) *DSU* споразума указује да додавање или умањење предвиђених права и обавеза може наступити путем активног деловања Органа за решавање спорова (путем доношења препорука и одлука), смисао ове реченице се треба схватити у ширем смислу, односно кроз постојање могућности да панели и Апелационо тело нечињењем, односно одбијањем чињења, такође утичу на умањење права чланице СТО. Ово је појашњено у извештају Апелационог тела у спору *Mexico — Taxes on Soft Drinks*,²⁶ поводом приговора

25 *Ibidem*.

26 Appellate Body Report, *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/AB/R, adopted 24 March 2006, DSR 2006:I, 3.

Мексика да поступајући Панел није требало да прихвати надлежност по тужби. Апелационо тело је одбило такав приговор, закључујући да би у том случају Панел умањило право чланице да користи успостављени механизам решавања спорова у циљу заштите гарантованих права повређених кршењем обавеза од стране друге чланице. Према мишљењу поступајућег Панела, са којим се у другостепеном поступку сагласило и Апелационо тело, панел не може слободно да одлучује да ли ће употребити своју јурисдикцију.²⁷ На основу овог се може закључити да панели и Апелационо тело, а следствено и Орган за решавање спорова, могу и одбијањем своје надлежности, односно негативним чињењем, умањити загарантована права чланицама СТО.

VI Закључак

Изнета анализа указује на важне констатације када је у питању интерпретација права СТО у контексту надлежности панела и Апелационог тела, односно Органа за решавање спорова.

Прво, треба разумети дистинкцију између надлежности Органа за решавање спорова да „разјашњава“ постојеће одредбе обухваћених споразума и ексклузивне надлежности Министарске конференције и Генералног савета да усвајају аутентичне интерпретације. Међутим, пракса решавања спорова је показала да Апелационо тело *de facto* поседује већу интерпретативну надлежност него што се може учинити приликом читања одредби СТО споразума. То најбоље одсликава успостављена обавеза следећа интерпретација из претходно усвојених извештаја, у циљу заштите легитимних очекивања чланица СТО. Ова обавеза је установљена кроз праксу Апелационог тела, и до сада није озбиљно оспоравана од стране главних органа СТО, што се може сматрати и прећутним саглашавањем са таквом праксом. Кумулативни ефекат ових чинилаца резултирао је тиме да се усвојене интерпретације могу посматрати као *de facto* извор права СТО у ужем смилу, иако право СТО усвојеним извештајима не признаје *de jure* статус прецедента. Ово се посебно огледа у претпоставци да ће се панелисти у неком потоњем случају тешко усудити да интерпретирају одређену одредбу на другачији начин него што је то учињено у претходно усвојеном извештају.

Друго, када је у питању избор адекватне интерпретативне методе, ради обезбеђивања сигурности и предвидивости мултилатералног трговинског система успостављеног Светском трговинском организацијом, панелисти и чланови Апелационог тела се *a priori* морају ослањати на објективистички, односно формалистички метод интерпретације, уз

27 Пара. 53 Извештаја.

нужност опрезног и одмереног „уношења“ вредносног, односно субјективистичког просуђивања.

Треће, панели и Апелационо тело, а следствено и Орган за решавање спорова, могу и одбијањем своје надлежности, односно негативним чињењем, умањити загарантована права чланицама СТО.

Четврто, иако се одређена питања у погледу надлежности Органа за решавање спорова поводом интерпетације норми СТО још увек сматрају неразјашњеним до краја, може се констатовати да је питање интерпетације права СТО у великој мери консолидовано. Одређени представници доктрине су веома оштри када критикују превелику интерпетативну надлежност Апелационог тела, успостављену кроз праксу решавања спорова.²⁸ Међутим, наведени приступ Апелационог тела до сада није угрозио успостављен систем СТО, и као такав функционише без већих проблема и опирања, бар када су у питању званични ставови чланица СТО.

Uroš ZDRAVKOVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law, University of Niš

INTERPRETATIVE COMPETENCE OF THE PANELS AND APPELATE BODY IN DISPUTE SETTLEMENT PROCEDURE BEFORE WORLD TRADE ORGANIZATION

Summary

Competence of the panels and Appellate Body, and consequently Dispute Settlement Body, to clarify provisions of the covered agreements of the World Trade Organization (WTO), is determined under Article 3(2) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Dispute Settlement Understanding – DSU). Usage of term “clarify” has its justification in prevention ambiguities regarding distinction with exclusive competence of the Ministerial Conference and General Council to adopt authentic interpretations. Regarding this issue, author critically observes Appellate Body’s practice that has established a mechanism of mandatory following of previous interpretations contained in adopted reports. This practice enables adopted reports to

28 R. R. Gupta, *нав. чланак*, стр. 699.

gain de facto status of WTO law source in narrow sense, binding all members, which is far from the intention of the WTO founders. Second part discusses methods of interpretation and constrains of the competence of the panels and Appellate Body to add to or diminish rights and obligations provided by the covered agreements.

Key words: *World Trade Organization, DSU Agreement, dispute settlement, interpretation, Appellate Body, panels.*

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

др Борис БЕГОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

АРГУМЕНТ ЕКОНОМСКЕ ЕФИКАСНОСТИ У ОЦЕНИ КОНЦЕНТРАЦИЈА: СЛУЧАЈ AT&T И T-MOBILE USA^{*}

Резиме

Аргументи економске ефикасности у оцени концентracија заснива се на сазнању да концентracија може да има ефекте противречно на друштвено благодинање – иако долази до успостављања значајне тржишне моћи, долази и до увећања економске ефикасности. Стога се успавља питање у којим случајевима је такво увећање економске ефикасности довољно да се компензују последице нарушавања конкуренција до које концентracијом долази. Рад одговора на ово питање анализом случаја концентracије AT&T и T-Mobile USA. Показало се да би ова концентracија знатно нарушила конкуренцију на тржишту мобилних телекомуникација у САД, а да увећање ефикасности не би било довољно да се компензује негативно дејство тој нарушавања на друштвено благодинање. Стога је и компанија AT&T, суочена са могућношћу да пријављена концентracија буде забрањена, одустала од најављеној преузимања. Закључује се да створост у примени аргумента ефикасности може довести до увећања вероватноће лажно позитивної налаза, што нарочито тешке последице може да има у земљама у транзицији, односно иривредама које се интензивно прилађавају.

^{*} Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“. Захваљујем се Миролубу Лабусу, Душану Поповићу, Вуку Радовићу и Бојану Ристићу на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, нико од њих не сноси никакву одговорност за евентуалне преостале грешке или за изнете вредносне судове.

Кључне речи: *концентрације, аргументи ефикасности, друштвено благостање, мобилне телекомуникације, тржишна моћ, САД.*

I Увод

Аргумент економске ефикасности у оцени концентрација лежи на сазнању да концентрација може да има ефекте противречно на друштвено благостање. С једне стране, концентрација може да, услед нестанка међусобне конкуренције учесника у концентрацији, доведе до успостављања знатне тржишне моћи или до њеног увећања, што доводи до повећања цена (изнад нивоа граничних трошкова), чиме се *ceteris paribus* умањује друштвено благостање. С друге стране, концентрација може да, услед дејства већег броја чинилаца, попут, на пример, економије обима, доведе до увећања економске ефикасности. Постојање уочених ефеката на друштвено благостање са супротним смером дејства допушта могућност да концентрација која доводи до знатне тржишне моћи, чиме се нарушава конкуренција, истовремено доводи и до увећања друштвеног благостања,¹ тако да би било контрапродуктивно забранити такву концентрацију.

Овај аргумент познају и америчко и европско право конкуренције и то тако да је у данашње време тај аргумент део подзаконских аката на основу којих се регулише процес испитивања концентрације. Управо су ови документи од кључног значаја за примену аргумента ефикасности, будући да јасно стављају до знања који све то услови морају бити испуњени како би се применом овог аргумента могла одобрити она концентрација којом се ствара или увећава знатна тржишна моћ учесника на тржишту којег та концентрација ствара. Смернице за оцену концентрација америчког Министарства правде и Федералне трговинске комисије указују на то да је за примену аргумента ефикасности, како би се одобрила концентрација, потребно да тврдње о ефикасности буду верификоване, да буду специфичне и да буду довољне да се њима предупреди штета коју би концентрација имала на купце услед повећања цене.² То Услов да тврдње буду верификоване значи да се неће разматрати оне тврдње о ефикасности које су нејасне, спекулативне и које се не могу

1 Први формално-теоријски налаз на тему противречних ефеката концентрација на друштвено благостање може се наћи у: Oliver Williamson, „Economies as an Antitrust Defence: The Welfare Tradeoffs“, *American Economic Review*, Vol. 58, 1968, стр. 18–36.

2 Horizontal Merger Guidelines, US Department of Justice and Federal Trade Commission, 2010, стр. 29–32. Доступно на адреси: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

верификовати неким разумним (*reasonable*) средствима, при чему се посебан значај даје оним тврдњама које се могу поткрепити аналогijом у пословном искуству везаним за раније концентрације. Специфичност значи да се ефикасности о којима се ради, односно за које се тврди да ће се постићи, не могу остварити нити јединим другим, алтернативним начином који не би имао негативне ефекте на конкуренцију, бар не у оној мери у којој их има предложена концентрација. Органски раст је типична алтернатива те врсте, али алтернативу могу да чине и хоризонтални споразуми између учесника концентрације. Коначно, разматра се положај купца (не неминовно потрошача), односно као потребан услов за одобравање концентрације поставља се да не дође до раста цена, односно да су ефикасности толико снажне да могу да анулирају повећање цена до којег би дошло услед јачања тржишне моћи учесника концентрације.³ Наведени потребни услови су кумулативни, тј. једино се њиховим кумулативним испуњењем добија довољан услов за одобравање концентрације.

Право конкуренције ЕУ на сличан начин приступа аргументу ефикасности и његовој примени. Као кумулативни потребни услови да би се концентрација одобрила наводе се: да увећање ефикасности мора, односно да може да буде потврђено (*verifiable*), да мора да буде специфично и да мора да створи погодности за потрошаче.⁴ У том смислу, разлика између америчког и европског, односно ЕУ приступа, практично постоји једино у погледу благостања потрошача. Док се у праву САД води рачуна о купцима (што не мора да укључује само потрошаче), у ЕУ се води рачуна искључиво о благостању потрошача.

Примена аргумента ефикасности се најбоље може анализирати у случају контроверзних концентрација – оних око чијих последица не постоји сагласност. Најпогоднији скори пример те врсте је концентрација два учесника на тржишту мобилне телефоније у САД: *AT&T* и *T-Mobile USA*. Ова концентрација је била прилика да аргумент ефикасности при-

3 Овим је Вилијамсонова дилема (*tradeoff*) између увећања произвођачевог вишка на штету потрошачевог вишка практично решена на тај начин што се не допушта било какво умањење потрошачевог вишка – цене после концентрације не смеју да буду више. Овим је критеријум друштвеног благостања замењен практично критеријумом благостања потрошача, будући да се штета купцима може тумачити као штета потрошачима, нарочито уколико купци своју увећану цену у доброј мери преносе на цену свог производа, тј. цену коју плаћају потрошачи. Европско право је у потпуности одбацило ову дилему и своди се на то да концентрацијом не сме да се умањи потрошачев вишак, односно благостање потрошача.

4 Европско право ефикасност посматра као „технички и економски напредак“. Видети: Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2004/C 31/03, *Official Journal of the European Union*, C31/5. 5.2.2004, Section VII, para 78. Доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:EN:PDF>.

мене врхунски зналци области заштите конкуренције који су се нашли на различитим странама ове капиталне трансакције.⁵ Стога се јасно може видети разлика како аргумент ефикасности употребљавају учесници у концентрацији, њихови конкуренти, као и тела надлежна за заштиту конкуренције. Сви релевантни документи, они који садрже анализе и аргументацију, везани за овај случај су доступни јавности, па је то прилика да се унапреди знање у области примене аргумента ефикасности приликом оцене концентрација.

Циљ рада је, користећи случај концентрације *AT&T* и *T-Mobile USA*, прикаже примену аргумента ефикасности и резултате његове примене, како би се на тај начин стекла искуства у примени тог аргумента у другим случајевима и другим јурисдикцијама.

Структура рада је опредељена наведеним циљем. Прво ће се размотрити основни параметри концентрације две телекомуникационе компаније која се разматра. Затим ће се размотрити анализа ефеката предложене концентрације на тржишну моћ и могућност повећања цена на тржишту мобилне телефоније. Потом ће се приступити кључном делу рада а то је разматрање ефеката концентрације на економску ефикасност, како примене аргумента ефикасности на одлучивање о њеној забрани, односно дозвољености. Следи закључак.

II Случај концентрације *AT&T* и *T-Mobile USA*

Учесник на тржишту мобилне телефоније у САД *AT&T* је започео преузимање другог учесника на том истом тржишту *T-Mobile USA* дајући понуду његовом власнику (*Deutsche Telekom*) за куповину свих акција по укупној цени од 39 милијарди USD. Ова капитална трансакција је обнародована 20. марта 2011. године и пријављена је надлежним телима. Будући да је у случају мобилне телефоније подељена надлежност у одобравању концентрације између америчког Министарства правде (*Department of Justice*, у даљем тексту *DOJ*) и Савезне комисије за комуникације (*Federal Communication Commission*, у даљем тексту *FCC*),⁶ оба надлежна тела су самостално размотрила случај, *DOJ* је 31. августа 2011. године надлежном суду (Окружни суд у Вашингтону) поднело захтев (*complaint*) којим

5 На пример, Денис Карлтон (*Denis Carlton*) са *University of Chicago* био консултант *AT&T*-а, Стивен Салоп (*Steven Salop*) са *Georgetown University* био је консултант *Sprint*-а, који се као конкурент оба учесника у концентрацији одлучио да изнесе своје виђење предвиђене капиталне трансакције.

6 Више о подели надлежности у случају концентрација у области телекомуникација у САД видети: *Laura Kaplan*, „One Merger, Two Agencies: Dual Review in the Breakdown of the AT&T-T-Mobile Merger and a Proposal for Reform“, *Boston College Law Review*, Vol. 53, 2012, стр. 1571–1612.

је од Суда тражило да се предложена концентрација забрани,⁷ а потом је FCC истом суду поднела своје мишљење о ефектима концентрације на конкуренцију на тржишту мобилне телефоније у САД.⁸ Не чекајући да почне претрес, подносилац пријаве концентрације повукао је понуду за преузимање и одустао од концентрације, што је и објавио 19. децембра 2011. године.

Структура тржишта мобилне телефоније у САД у време у које се разматрала наведена концентрација била је таква да су постојала четири национална оператора (учесника на тржишту која су својим услугама „покривала“ практично цело подручје САД) и већи број регионалних оператора. При томе је структура тржишта била асиметрична. Учесници у концентрацији су заједнички имали, мерено њихових укупним приходом, око 45% тржишног учешћа (AT&T око 31%, а T-Mobile USA око 14%), Verizon је имао нешто мало изнад 35%, док је преосталих око 19% имао Sprint.⁹ Поред националних оператора, у САД постоји велики број регионалних оператора који не покривају цело подручје земље, већ само одређено, регионално подручје.¹⁰

Наравно, кључно питање у случају мобилне телефоније, као и било ког другог диференцираног производа, јесте дефинисање релевантног тржишта производа. Да ли се ради о тржишту *pre-paid* корисника или тржишту *post-paid* корисника? Да ли се ради о тржишту физичких лица (индивидуалних потрошача) или о тржишту корпоративних корисника? Да ли се ради о тржишту услуга мобилне телефоније у локалу (без коришћења *roaming-a*) или на националном нивоу (са коришћењем *roaming-a*). Коначно, поставља се и питање релевантног географског тржишта: да ли се ради о националном тржиште или о више локалних, односно регионалних тржишта? Занимљиво је, међутим, да утврђивање релевантног тржишта није било спорно. DOJ је као релевантно тржиште производа одредило тржиште свих услуга мобилних телекомуникација, док је као посебно релевантно тржиште издвојило тржиште корпора-

7 Complaint, United States v. AT&T Inc., Case No. 1:11-cv-01560 (D.D.C. Aug. 31, 2011), доступно на: <http://www.justice.gov/atr/cases/f274600/274613.htm>.

8 Staff Analysis and Findings, AT&T Inc., FCC WT Dkt. No. 11-65 (Nov. 29, 2011), доступно на: http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-11-1955A2.pdf.

9 Вид: P. Pittmann, Y. Li, „AT&T and T-Mobile: Economies As an Antitrust Defence Applied“, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 9, 2013, стр. 23–47 и FCC 14. Report, 2010.

10 Однос између „покривености“ коју пружају национални и регионални оператори мобилне телефоније у САД могу се видети из „покривања“ најмање националног учесника на тржишту T-Mobile USA са 289 милиона људи и највећег регионалног MetroPCS са свега 105 милиона. Видети: Stanley Besen et al., „An Economic Analysis of the AT&T-T-Mobile USA Wireless Merger“, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 9, 2013, стр. 23–47.

тивних корисника и на њему спровело одвојену анализу. Као релевантно географско тржиште утврђено је национално тржиште. Подносилац пријаве није оспоравао овако утврђена релевантна тржишта, тврдећи да се негативни ефекти концентрације не осећају нити на једном од релевантних тржишта.

III Ефекти на тржишну моћ

Неспорно је да концентрација два велика учесника доводи до успостављања знатне тржишне моћи или до њеног увећавања, будући да се елиминише међусобна конкуренције између два учесника на тржишту. Прво питање је оно о ефектима на цене. У случају мобилне телефоније, то се увећање цена не односи само на цену услуга крајњим корисницима, већ и на цене услуга које се наплаћују осталим учесницима на тржишту, пре свега цена приступа, односно цена интерконекције. У самој пријави концентрације није било процене колико ће бити увећане цена до којег ће нестанак међусобне конкуренције довести, већ је само указано на то да ће увећање тржишне моћи бити умерено и да ће бити више него компензовано повећањем ефикасности, тако да цене после концентрације уопште неће порасти: „Наша анализа је показала да ће умањење трошкова и увећање квалитета бити више него довољно да би се компензовао *било који* притисак на повећање цене.“¹¹

Насупрот томе, стандардна анализа коју је, према Смерницама којима се вреднују концентрације, применило *DOJ*, довела је до забрињавајућих резултата у погледу успостављања знатне тржишне моћи, односно њеног јачања. Наиме, коришћење *HHI*, показало је да ће после реализације концентрације, *HHI* којим се описује тржишна структура бити изнад 3.100, док ће само повећање износити 700 јединица. Концентрације које доводе до тржишне структуре коју описује вредност *HHI* од преко 2.500 и промену која је већа од 200 наведене Смернице сврставају у концентрације за које се претпоставља да увећавају тржишну моћ, тако да имају неповољне унилатералне ефекте на конкуренцију. Претпоставка се, наравно, може побити, али је у терет доказивања на учесницима у концентрацији. Сходно наведеном, за пријављену концентрацију се претпоставља да увећава тржишну моћ. Подносилац пријаве се није бавио побијањем ове претпоставке, већ се усредсредило на то да употреби аргумент ефикасности, тј. да покаже да су ефикасности које настају довољне да компензују губитак друштвеног

11 Пријава концентрације, Acquisition of T-Mobile USA by AT&T Inc., Description of Transaction, Public Interest Showing and Related Demonstrations, Filed with the FCC, April 21, 2011, стр. 56. Курзив ауторов.

благостања услед увећања тржишне моћи и очекиваног раста цена на тој основи.

Надаље, анализа коју је наручио конкурент учесницима у концентрацији применила је два стандардна механизма којима се оцењује повећање тржишне моћи, односно повећање цена до кога *ceteris paribus* доводи то повећање.¹² Примена првог механизма, компензујућег умањења граничних трошкова (*Compensating Marginal Costs Reduction, CMCR*), показује за колико је потребно да се умање гранични трошкови како би се могло компензовати повећање цене услед новоуспостављене тржишне моћи услед губитка међусобне конкуренције између учесника у концентрацији. Овај тест постоји у две варијанте: једна при којој се претпоставља да се ради о конкуренцији количинама, описаној Курноовим (*Cournot*) моделом, а друга је да се ради о конкуренцији ценама, описаној Бертрановим (*Bertrand*) моделом.¹³ Добијени индикатор представља релативни износ за који је потребно да се умање гранични трошкови како би цена остала непромењена. Примена овог теста на случај који разматрамо је довела до закључка да је потребно да се, како би се омогућило да цене остану на истом нивоу, гранични трошкови умање за 23,9% (за *T-Mobile USA*) и за 11,2% (за *AT&T*).

Следећи тест који је примењен је тест индекса притиска на повећање цена (*Upward Pricing Pressure Index, UPPI*) чија је критична вредност 5%.¹⁴ То значи да уколико је вредност овог индекса изнад 5%, онда се процењује да концентрација увећава тржишну моћ и да ју је по-

12 Видети: Stanley Besen *et al.*, *нав. чланак*, стр. 32–33.

13 Видети: Gregory Werden, Luke Froeb, „Choosing Among Tools for Assessing Unilateral Merger Effects“, *Vanderbilt Law and Economics Research Paper*, No 11/19, 2011, стр. 5–7. Уобичајено је да се конкуренција количином примењује у случају хомогених, а конкуренција ценом у случају диференцираних производа. Ипак не постоји јасна граница степена диференцираности производа при којој се користе један, односно други модел. Примена овог теста на бази конкуренције количинама захтева познавање тржишних учешћа, па тиме и релевантног тржишта, али не захтева познавање граничних трошкова. Насупрот томе, прихватање Бертрановог модела не захтева утврђивање релевантног тржишта, али је потребно познавање граничних трошкова, како би се одредила тржишна моћ пре концентрације (разлика између цене и граничних трошкова). У анализама се гранични трошкови добијају тако што се „херојски“ претпостави постојање константних приноса, што значи да су гранични трошкови једнаки просечним, па се на рачуноводствене податке о расходима додају трошкови ангажованог капитала и то се подели са обимом производње, како би се добили просечни трошкови за које се сматра да су једнаки граничним.

14 *UPPI* се предлаже као једноставан механизам којим се прелиминарно разматра ефекат концентрације на тржишну моћ. Више о овом индексу, видети: G. Werden, L. Froeb, *нав. чланак*, стр. 7–8. Овај приступ је развијен у: Joseph Farrell, Carl Shapiro, „Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition“, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, Vol. 10, 2010, стр. 1–39.

требно темељито преиспитати, пре свега употребом аргумента ефикасности. Добијени резултати показују да су вредности *UPPI* и за једног и за другог учесника у концентрацији изнад 5%: 14,3% (за *T-Mobile USA*) и 6,5% (за *AT&T*).

Подносилац пријаве се није бавио ни налазом *DOJ*-а, нити квантификацијама ефеката увећања тржишне моћи до којег доводи пријављена концентрација. Уместо тога, *AT&T* наводи налаз сопственог модела да ће реализација пријављене концентрације довести до пада цена за између 3,8% и 9,4%. Тиме се ставља до знања да ће повећање ефикасности бити више него довољно да предупреди повећање цене услед губитка међусобне конкуренције, тако да ће довести до пада цена и повећања благостања купаца, односно потрошача.

Стога је занимљиво питање колико је повећање ефикасности потребно да би се омогућио овакав пад цена телекомуникационих услуга после реализоване концентрације. Због тога је *FCC* упутила директно питање подносиоцу пријаве о облику функције тражње за телекомуникационим услугама које је користио у свом моделу. На упит *FCC*-а, *AT&T* је доставио податак да они претпостављају да се ради о линеарној функцији тражње, што претпоставља да се око 50% уштеда у погледу граничних трошкова користи за обарање цене, док остатак одлази на увећање профита.¹⁵ То значи да је подносилац пријаве дошао до резултата да је увећање ефикасности до кога доводи концентрација између 7,6% и 18,8%. Стога се расправа мора окренути искључиво аргументу ефикасности.

IV Ефекти на економску ефикасност

Кључно питање које се поставља јесте које се видљива побољшања ефикасности могу идентификовати у овом случају. Подносилац пријаве је у то учинио тврдећи да ће концентрацијом да се успостави далеко већи капацитет новог оператора на комбинованој мрежи, него што би то био случај да мреже остану неповезане, тј. да не дође до концентрације, и то на пет начина: (1) повећањем густине мреже услед нових ћелија којима се увећава укупни капацитет; (2) повећањем расположивог радио-фреквенцијског спектра, после консолидације непотребних *GSM* контролних канала; (3) повећањем ефикасности постојећег спек-

15 То је последица раздвојености криве тражње (просечних прихода) и криве граничних прихода, што подразумева да у условима равнотеже цена није једнака граничним трошковима, што је и сама дефиниција тржишне моћи. У условима савршене конкуренције, целокупан износ умањења граничних трошкова био би преточен у умањење цене, будући да је услов равнотеже једнакост цене и граничних трошкова.

тра сједињавањем канала који се користе; (4) повећаним коришћењем недовољно коришћених мрежа; и (5) ослобађањем спектра за оне услуге којима се спектар ефикасније користи и на тај начин повећањем броја подручја на којима ће се те услуге пружати. Закључује се да ће се на овај начин превазићи ограничења капацитета у домену коришћења радио-фреквенцијског спектра, што ће оптимизовати коришћење радио-фреквенцијског спектра и довести до ефикасности на том плану. Наведена процена је извршена на основу резултата техничког („инжењерског“) модела, што значи да је заснован искључиво на егзогеним трошковима са становишта произвођача, оним на које произвођач не може да утиче.¹⁶

Но, поставља се питања о врсти ефикасности, односно о преклу опадања просечних трошкова до којег долази. Наиме, још давно је економска теорија, најпре у случају авио-саобраћаја, направила дистинкцију између економије обима (при којој расте број аеродрома који се опслужују, тј. увећава се територија која се опслужује) и економије густине (у којој се не мења територија која се опслужује, односно број аеродрома који се опслужују остаје исти, већ се само увећава број, тј. фреквенција летова).¹⁷ Наведена дистинкција између економије обима и економије густине у постоји и случају других мрежних или сличних делатности¹⁸ и у потпуности може да се примени на случај мобилне телефоније, што значи да увећање учесника на тржишту не мора неминувано да доведе до реализације економије густине на сваком подручју.

Зачуђујуће је да се у пријави ове концентрације, иако се учесник у концентрацији позива на аргумент ефикасности, наведене ефикасности, биле оне производ економије обима или економије густине, уопште не квантификују, једино што се наводи да ће они бити „огромни“ (*immense*).

16 Алтернатива је стохастички, тј. економетријски модел, који поред егзогених, обухвата и ендogene трошкове, чиме су његови резултати, начелно посматрано, поузданији од техничког. Проблем за оба ова модела јесте то што су они историјски, тј. заснивају се на прошлим технологијама. Већи заостатак у том погледу имају инжењерски модели, тако да они нарочито губе на значају у гранама у којима је технолошки напредак интензиван, попут телекомуникација. Видети: Bela Gold, „Changing Perspectives on Size, Scale and Returns: An Interpretative Survey“, *Journal of Economic Literature*, Vol. 19, 1981, стр. 5–33.

17 Видети: Douglas Caves *et al.*, „Economies of density versus economies of scale: Why trunk and local service airline cost differ“, *RAND Journal of Economics*, Vol. 15, 1984, стр. 471–489.

18 Економија густине везана је за све оне уштеде у укупним трошковима до којих долази за повећањем обима пословања на датој, непромењеној територији. На пример, економија густине постоји у одношењу смећа и у железничком саобраћају. Видети: Борис Беговић, „Смеће у економској теорији: случај природног монопола“, *Економски анали*, година XXIX, 1996, стр. 35–48 и William Waters II, „Evolution of Railroad Economics“, *Research in Transportation Economics*, Vol. 20, стр. 11–67.

Будући да се осново увећање ефикасности до којег концентрација доводи види у управљању додељеним спектром, остаје нејасно због чега подносилац пријаве није квантификовао то увећање ефикасности. Тим пре што је квантификовао пад цена до којег ће, услед увећања ефикасности довести концентрација.

Другу врсту ефикасности подносилац пријаве концентрације види у ефикасностима у коришћењу мање антенских торњева (укључујући и продају оних који после концентрације неће бити потребни, што води реалокацији ресурса), као и у уштедама услед заједничког малопродајних делатности, подршке корисницима, маркетинга и набавки (како телефона, тако и мрежне и инфраструктурне опреме). Процењено је да би уштеде на овом плану биле укупно у износу од 39 милијарди USD, док би се с њима почело у трећој години после концентрације и износиле би 3 милијарде годишње.¹⁹

Независно од недостатака квантификације у првом случају (задржавању на формулацији „изузетно увећање ефикасности“) питање је да ли су наведене тврдње веродостојне. За одговор на ово питање треба утврдити у којој мери је велика телекомуникациона компанија попут *AT&T*-а већ искористила економију обима и економију густине. Другим речима, да ли се ова компаније већ приближила зони константних приноса или се већ у њој налази? Одговор на ово питање може се наћи у савременој економетријској анализи функције трошкова у области мобилне телефоније. Таквог истраживања, међутим, нема. Коришћењем резултата сличних истраживања и њиховим прегледом, може се доћи до закључка да је за компанију величине *AT&T*-а велики део економије обима, нарочито у домену управљања додељеним спектром, већ искоришћен, тако да се не може очекивати повећање ефикасности на том плану до којих би дошло реализацијом пријављене концентрације. Уколико то не би био случај, тј. уколико постоји значајна економија обима или густине која још увек није реализована, онда се мора поставити питање да ли су савремене мобилне комуникације природни монопол, тј. да ли у домену целокупне тржишне тражње делује економија обима. Уколико је то тако, мобилне телекомуникације треба да буду грана у режиму економске регулације, а не слободне конкуренције какав је сада.

Све наведено говори у прилог тези да није испуњен први потребан услов за примену аргумента ефикасности при одлучивању: вери-

19 Укупна износ уштеда представља садашњу вредност свих будућих уштеда и сасвим случајно је једнака укупној вредности капиталне трансакције. Узгред, као део ових уштеда наведено је то што се више неће плаћати међусобне накнаде за приступ мрежи. Проблем је у томе што ће реални трошкови интерконекције и даље постојати, једино што неће бити исказани као издаци, што значи да се не могу урачунати у повећање ефикасности.

фиковано повећање ефикасности.²⁰ Иако је извесно да би до одређеног повећања ефикасности неминовно дошло, неизвесно је колики бу то износ био и да ли би био довољан да компензује негативне ефекте јачања тржишне моћи.

Свестан да није испунио први потребан услов за примену аргумента ефикасности, односно суочен са мноштвом чињеница које оспоравају да би увећање ефикасности било довољно да компензује увећање тржишне моћи, подносилац пријаве је одустао од планираног преузимања.

V Закључак

Зачуђује да је компанија такве историје и репутације какав је *AT&T* себи допустила да у ову концентрацију уђе тако неприпремљена. Квалитет пријаве и аргументација која је у њој употребљена далеко је од оног нивоа који је потребан да се аргумент ефикасности примени, односно концентрација одобри. Начин на који је подносилац пријаве употребио технички модел указује на избегавање озбиљних питања. Међутим, та питања су поставили други, тако да се ова концентрација завршила неуспехом *AT&T*-а. Не само у виду великих трансакционих трошкова за капиталну трансакцију до које није ни дошло, него значајним губитком репутације озбиљне, промишљене и добро организоване корпорације.

Спекулација би могла да буде да су челници *AT&T*-а од почетка знали да побољшања нису довољна за примену аргумента ефикасности, односно да се бар не може показати да су ефикасности довољне да би се компензовала увећана тржишна моћ (коју нико није спорио), па да су се одлучили на коцкарски потез, имајући у виду очекивано увећање профита од одобрене концентрације. Ни највећи у пословном свету, очигледно, нису без слабости и без погрешних потеза.

Поука из овог целог случаја за све заинтересоване је да се аргумент ефикасности треба примењивати само уколико ефикасности заиста постоје, уколико су јасне и уколико се могу квантификовати и тврдње о њима могу поткрепити чињеницама. Јасно је да уколико долази до увећања тржишне моћи основни начин одобравања концентрације јесте аргумент ефикасности. Ипак, на њему не треба инсистирати по сваку цену, будући да су потребни услови за његово прихватање од стране надлежног тела, било у Америци, било у Европи, веома строги. Та се строгост нарочито исказује у гранама у којима је технолошки напредак

20 Штавише, у свом извештају FCC указује на методолошке мањкавости техничког модела који подносилац пријаве користио за оцену ефикасности.

интензиван, попут мобилних телекомуникација, у којима се учесници концентрације не могу позвати на претходне случајеве, будући да су се претходни случајеви одиграли када је технологија, па самим тим и функција трошкова, била значајно различита у односу на данашњу.

Да ли су оваква решења у погледу примене аргумента ефикасности уграђена у амерички и европски правни оквир пожељна? Извесно је да строгост у примени аргумента ефикасности увећава вероватноћу да се почини грешка типа I (лажно позитиван налаз) у односу на грешку типа II (лажно негативан налаз). То значи да се увећава вероватноћа да буду забрањене оне концентрације које би требало да буду дозвољене. За развијене капиталистичке привреде, оне које се налазе близу границе доступне технологије и у којима, услед ниских баријера уласку, постоји велики број нових улазака, ова грешка није од великог значаја. За привреде у транзицији, међутим, које су далеко од границе доступне технологије, и у којима су, превасходно због институционалних слабости, баријере уласку високе, цена коју друштво плаћа грешкама типа I далеко је већа. О томе треба водити рачуна приликом прихватања аргумента ефикасности у земљама попут Србије.

Boris BEGOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

EFFICIENCY DEFENSE IN MERGER CONTROL: THE CASE OF AT&T AND T-MOBILE USA

Summary

Efficiency defense in merger control is based on the notion that merger could have countervailing effects to social welfare – although substantial market power is created, economic efficiency is also enhanced. Accordingly, the issue is to select the cases in which the enhanced economic efficiency is enough to offset the effects of distorted competition. The paper addresses the issue by analyzing the case of merger of AT&T and T-Mobile USA. It was demonstrated that this merger would substantially distort (lessen) competition on the mobile telecommunication market of the USA and that efficiency gains would not be sufficient to offset the negative effects of this distortion to the social welfare. Accordingly AT&T, facing the possibility of merger to be blocked by the authorities, abandoned the merger project. It has been concluded that the stringent rules for

application of efficiency defense increases the probability for false positive findings that can have very serious negative consequences in the case of transition countries, i.e. emerging markets, whose economies are in the process of intensive adjustments.

Key words: *mergers, efficiency defense, social welfare, mobile telecommunications, market power, USA.*

др Душан В. ПОПОВИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПОЈЕДИНАЧНА ИЗУЗЕЋА ОД ЗАБРАНЕ РЕСТРИКТИВНИХ СПОРАЗУМА У ПРАВУ СРБИЈЕ*

Резиме

За разлику од њојиса Евројске уније о зашћићи конкуренције, као и њојиса већине држава чланица ЕУ, у њраву конкуренције Србије је, њоред колећићивних изузећа од забране рестрићићивних сћоразума, задржан и механизам њојединаћних изузећа од забране. Појединаћна изузећа одобравају се њод оћићићим условима за изузеће рестрићићивних сћоразума, коћи су њреузетћи из њрава конкуренције Евројске уније. Сћоразум се може изузетћи ако дојриноси унајрећењу њроизводње и њромећта, односно њодсћићцању њтехничкоћ или економскоћ најрећка, а њојрошачима обезбећује њравичан део корисћић њод условом да не намеће учесницима на њржићићу оћраничења коћа нису неоћходна за њосћизање циља сћоразума, односно не искључује конкуренцију на релеванћном њржићићу или њећовом бићном делу. У раду се анализира сваки од ових услова њонаособ, уз осврћћ на њпраксу Комисије за зашћићићу конкуренције Републице Србије. У друћом делу рада аућор анализира њравила њосћућка за одобравање њојединаћноћ изузећа, нарочићићо с обзиром на њресуду Врховноћ касационоћ суда Републике Србије у њредметћу Телеком Србија/

* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошкћи аспекти)“. Аутор се захваљује др Борису Беговићу, редовном професору Правног факултета Универзитета у Београду, на коментарима и сугестијама.

Центросинерџа и усвајање Закона о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције, у октобру 2013. године.

Кључне речи: *право конкуренције, рестриктивни споразуми, изузећа, економска ефикасност.*

I Уводна разматрања

У праву конкуренције, рестриктивни споразуми дефинишу се као споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на релевантном тржишту.¹ Поред уговора, односно појединих одредаба уговора, рестриктивни споразуми могу се јавити у облику изричитих или прећутних договора, усаглашене праксе² или одлука облика удруживања учесника на тржишту.³ По узору на право Европске уније, српски законодавац наводи неколико примера рестриктивних споразума: (1) споразуми којима се непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине; (2) споразуми којима се ограничава и контролише производња, тржиште, технички развој или инвестиције; (3) споразуми у којима се примењују неједнаки услови

1 Вид. Закон о заштити конкуренције Републике Србије (надаље, ЗЗК РС), чл. 10, ст. 1; Уговор о функционисању Европске уније (надаље, УФЕУ), чл. 101, ст. 1.

2 Српски законодавац је концепт усаглашене (договорне) праксе преузео из права конкуренције Европске уније. Концепт усаглашене праксе (енгл. *concerted practice*) осмишљен је како би се омогућило санкционисање оних облика понашања учесника на тржишту којима се нарушава конкуренција, а који не произилазе из прећутног или изричитог договора. Ипак, усаглашена пракса је више од пуког паралелизма у понашању учесника на тржишту. Тело надлежно за примену прописа о заштити конкуренције мора доказати да усаглашено понашање учесника, тј. *de facto* сарадња на тржишту, не може бити објашњено другим, вероватнијим разлозима. Усаглашена пракса доводи до елиминације сваке неизвесности у погледу будућег поступања учесника на тржишту.

3 Удружења привредника могу послужити прикривању дослуха између учесника на тржишту. Удружења пружају институционални оквир за сусрете представника учесника на тржишту, који се касније могу правдати да су само следили одлуке или препоруке удружења. Управо из ових разлога, у право конкуренције ЕУ и Србије уведена је категорија рестриктивних споразума – одлуке облика удруживања учесника на тржишту (енгл. *decision by association of undertakings*). Појам одлуке требало би тумачити екстензивно, тако да може обухватити и статут удружења. У скромној пракси Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије у области санкционисања рестриктивних споразума, наилазимо на решење којим је утврђено да једна одлука облика удруживања учесника на тржишту представља рестриктивни споразум. Вид. *Ветеринарска комора Србије*, решење бр. 4/0-01-293/08-11, 21. новембар 2008. год.

пословања на исте послове у односу на различите учеснике на тржишту, чиме се учесници на тржишту доводе у неповољнији положај у односу на конкуренте; (4) споразуми чије се закључивање условљава прихватањем додатних обавеза које с обзиром на своју природу и трговачке обичаје и праксу нису у вези са предметом споразума; (5) споразуми којима се деле тржишта или извори набавки.

Забрана рестриктивних споразума није апсолутна.⁴ Рестриктивни споразуми могу се изузети од забране појединачно или групно. До групног (колективног, блок) изузећа долази на основу одговарајућег општег правног акта – у праву Србије, на основу уредбе коју доноси Влада, у праву ЕУ – на основу уредбе (енгл. *regulation*) коју усваја Европска комисија. Уредбом се утврђују категорије споразума код којих, по правилу, позитивна дејства надилазе евентуална негативна дејства по конкуренцију на релевантном тржишту. Уредбом се прописују и додатни услови који одређени тип споразума мора испунити како би био изузет, као и максимални временски период трајања изузећа. Додатни услови најчешће се односе на тржишни удео који имају учесници у посматраном споразуму (нпр. може се изузети одређени тип споразума уколико тржишни удео учесника не прелази 20%). Уколико испуњава прописане услове, споразум се од забране изузима „аутоматски“ на основу одговарајуће уредбе. Влада Србије усвојила је три уредбе о групном изузећу од забране рестриктивних споразума – две које се односе на хоризонталне споразуме⁵ и једну која се односи на вертикалне споразуме.⁶ Механизам колективног изузећа споразума има две основне предности. Прво, учесници на тржишту могу једноставним упоређивањем свог споразума са спецификацијом изузетих утврдити да ли је споразум законит или не. Друго, систем доводи до ниских административних трошкова тела за заштиту конкуренције, која не морају да процењују законитост сваког споразума понаособ. Механизам групних изузећа подобан је за изузимање само типичних споразума код којих по правилу не претежу дејства нарушавања конкуренције. У свим осталим случајевима, мора се прибећи другачијем, алтернативном механизму, а то је у српском праву конкуренције механизам појединачног изузећа од

4 За разлику од забране злоупотребе доминантног положаја.

5 Уредба о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране (*Службени гласник РС*, бр. 11/2010); Уредба о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране (*Службени гласник РС*, бр. 11/2010).

6 Уредба о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране (*Службени гласник РС*, бр. 11/2010).

забране. Овај механизам подразумева да учесници на тржишту подносе захтев за појединачно изузеће Комисији за заштиту конкуренције, при том доказујући да су испуњени законом прописани услови за изузеће.

У праву конкуренције Европске уније механизам појединачних изузећа напуштен је приликом реформе 2003/2004. године, због тога што је, у комбинацији са системом обавезне нотификације споразума Европској комисији, готово довео до блокаде рада Директората за конкуренцију Европске комисије. Основни разлог за увођење тзв. система самовредновања била је потреба да се Европска комисија ослободи разматрања огромног броја нотификација споразума, који најчешће нису били штетни по конкуренцију.⁷ Споразуми којима се у значајној мери нарушавала конкуренција по правилу нису ни били нотификовани. Уместо тога, уведен је систем самовредновања (самопроцењивања) споразума, у коме је задатак самих учесника да оцене да ли споразум који су закључили испуњава услове за изузеће или не. Међутим, систему самовредновања може се приговорити да ствара одређену дозу правне несигурности. Наиме, учесници могу погрешно проценити да је споразум противзаконит и од њега одустати или, чешће, могу погрешно проценити да је споразум законит, па у накнадно покренутом поступку бити санкционисани од стране тела за заштиту конкуренције.⁸ Како би се макар делом отклонили ови недостаци, задржана је могућност да се од Комисије затраже неформалне смернице о законитости појединог споразума.⁹

7 До ступања на снагу Уредбе бр. 1/2003 (*Службени листи ЕУ*, бр. L 1/1 од 4. јануара 2003. год.) у мају 2004. године Европска комисија била је искључиво надлежна за спровођење забране рестриктивних споразума и забране злоупотребе доминантног положаја (чл. 101 и 102 УФЕУ).

8 На пример, учесници могу погрешно проценити свој тржишни удео и веровати да је споразум изузет због тога што је њихов тржишни удео испод „прага“ који је прописан одговарајућом уредбом. У касније покренутом поступку, тело за заштиту конкуренције може другачије проценити тржишни удео на релевантном тржишту или чак може другачије дефинисати релевантно тржиште.

9 Могућност подношења захтева за давање смерница прописана је како би се умањиле могуће негативне последице по правну сигурност настале престанком важења Уредбе бр. 17/62, јер укидањем система претходне нотификације споразума учесници на тржишту морају сами проценити да ли је споразум законит или не. Неформалне смернице се од Европске комисије могу затражити: (1) уколико се покреће ново правно питање; (2) уколико је корисно да се за разјашњење тог новог питања дају смернице, нарочито због његових значајних економских последица; и (3) уколико је смернице могуће дати само на основу расположивих чињеница, тј. ако никакво додатно прикупљање чињеница није потребно. Вид. Саопштење Комисије о неформалним смерницама о новим питањима која се јављају у појединачним случајевима у погледу чланова 81 и 82 УЕЗ (*Службени листи ЕУ*, бр. C-101 од 27. априла 2004. год., стр. 78–80), § 8.

Као што је већ поменуто, у српском праву конкуренције механизам појединачних изузећа од забране рестриктивних споразума (још увек) није напуштен. У овом раду тај механизам ће бити подробно анализиран. Најпре ће бити анализирани општи услови под којима споразум може бити изузет, прописани Законом о заштити конкуренције. С обзиром на чињеницу да су услови преузети из права Европске уније, као и на оскудну праксу домаћег тела надлежног за примену прописа о заштити конкуренције, приликом анализирања ових услова у значајној мери ослонићемо се на праксу Европске комисије у периоду који је претходио реформи права конкуренције ЕУ.¹⁰ Након тога, осврнућемо се на одређена процесна питања која су се поставила током спровођења поступка одобравања појединачног изузећа пред Комисијом за заштиту конкуренције Републике Србије.

II Општи услови под којима рестриктивни споразум може бити изузет од забране

Рестриктивни споразуми могу бити изузети од забране уколико доприносе унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког или економског напретка, а потрошачима обезбеђују правичан део користи под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума, односно не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом битном делу.¹¹

10 Постоји још један разлог због кога је оправдано анализирати праксу Европске комисије у овој области. Наиме, на основу чл. 73 Споразума о стабилизацији и придруживању закљученог са Европском унијом, односно чл. 38 Прелазног споразума, Србија је дужна да тумачи домаћа правила о рестриктивним споразумима, злоупотреби доминантног положаја и контроли државне помоћи у складу са критеријумима који проистичу из примене чл. 101, 102, 106 и 107 УФЕУ и интерпретативних инструмената које су усвојиле институције ЕУ, у оним предметима који могу утицати на трговину између Србије и ЕУ. Не видимо препреку да се критеријуми који проистичу из примене права конкуренције ЕУ користе као својеврсно помоћно средство у правном тумачењу и у предметима који не могу утицати на трговину између Србије и ЕУ, а где постоји правна празнина у домаћем праву конкуренције. Исти став заузео је Уставни суд Хрватске, тумачећи истоветни члан споразума о стабилизацији и придруживању закључен између Хрватске и ЕУ. Вид. Уставни суд Хрватске, предмет бр. У-III-1410/2007 од 13. фебруара 2008. год, *Народне новине*, бр. 25/2008.

11 ЗЗК РС, чл. 11; УФЕУ, чл. 101, ст. 3. Док се у пропису ЕУ помиње унапређење производње или промета, у српском пропису је услов постављен кумулативно (унапређење производње и промета). Сматрамо да је реч о ненамерном пропусту приликом рецепције ове одредбе.

1. Унапређење производње или промета, или подстицање техничког или економског напретка

Наведена унапређења, тј. позитивна дејства споразума морају бити објективног карактера – од њих корист мора имати читаво друштво, а не само учесници споразума. Поједини споразум не мора имати све побројане позитивне ефекте; довољно је да се могу утврдити само неки. На пример, споразум о специјализацији¹² може довести до унапређења производње, пре свега услед деловања економије обима.¹³ Споразуми о истраживању и развоју¹⁴ могу, пак, водити техничком и економском напретку. Споразуми између произвођача и дистрибутера, логично, могу водити унапређењу промета.

Поставља се, међутим, питање да ли би овај услов требало тумачити рестриктивно или екстензивно. Рестриктивним приступом ограничили бисмо његову интерпретацију на контекст економске ефикасности. Наиме, рестриктивни споразум био би забрањен уколико би могао водити алокативној неефикасности, а изузет од забране у-

- 12 Споразум о специјализацији је врста хоризонталног споразума којим се уређују услови под којима се учесници на тржишту специјализују у производњи. Јављају се у три основна облика. Споразум о једностраној специјализацији је споразум којим се један учесник у споразуму обавезује да обустави производњу релевантних производа или да се уздржава од производње тих производа и да те производе купује од другог учесника у споразуму, а други учесник у споразуму се обавезује да те производе производи и продаје. Споразум о узајамној специјализацији је споразум којим се два или више учесника у споразуму обавезују да престану да производе или да се уздрже од производње одређених али различитих производа и да их купују од других учесника у споразуму који се обавезују да их продају. Споразум о заједничкој производњи јесте споразум којим се два или више учесника у споразуму обавезују да заједнички производе одређене производе.
- 13 Ситуација у којој просечни трошкови опадају са повећаним обимом производње назива се економија обима (енгл. *economies of scale*). Са повећањем обима производње долази до повећања производне ефикасности, будући да се обара износ просечних трошкова, па тиме и количина ангажованих ресурса по јединици производа. Уколико постоји економија обима, повећање обима производње је пожељно, како са становишта појединачног произвођача, тако и са становишта друштва у целини. Вид. Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за њравнике*, Београд, 2013, стр. 142–148.
- 14 Споразум о истраживању и развоју је врста хоризонталног споразума који се јавља у три основна облика. Најпре, споразум за предмет може имати заједничко истраживање и/или развој производа или производног процеса и заједничко коришћење резултата истраживања и развоја. Потом, споразум за предмет може имати заједничко коришћење резултата истраживања и/или развоја производа или производног процеса у складу са претходним споразумом између истих учесника на тржишту. Најзад, споразум за предмет може имати заједничко истраживање и развој производа или производног процеса без обавезе заједничког коришћења резултата истраживања и развоја.

лико се тај „недостатак“ може компензовати повећањем производне ефикасности.¹⁵ Европска комисија је недвосмислено одабрала овај рестриктивни приступ.¹⁶ Тело надлежно за примену прописа о заштити конкуренције требало би да у сваком поједином случају утврди: (1) природу ефикасности која наводно наступа услед закључења одређеног споразума, а нарочито да ли је објективног карактера; (2) везу између споразума и ефикасности, која би пожељно требало да буде непосредна а не посредна; (3) вероватноћу наступања ефикасности, као и њен обим; (4) начин и време постизања наведене ефикасности.¹⁷ Позитивна дејства споразума могу произилазити из развоја нове технологије или новог пословног метода, или пак наступити као резултат економије обима¹⁸ или економије опсега.¹⁹ Такође, позитивно дејство споразума може се огледати у одређеном квалитативном унапређењу, што је чест случај код споразума о истраживању и развоју, споразума о заједничкој производњи новог производа или заједничком пружању нове услуге, као и код уговора о лиценци. Учесници на тржишту који су поднели захтев за појединачно изузеће споразума морају изнети убедљиве аргументе у прилог наступања одређене економске ефикасности. Претпоставке, односно спекулације да ће позитивна дејства наступити тело надлежно за заштиту конкуренције, наравно, не може прихватити. Из малобројних решења Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије о појединачном изузећу од забране рестриктивних споразума, која су у целини доступна јавности,²⁰ издвајамо решење о изузећу доне-

15 Алокативна неефикасност произилази из одступања цене производа од граничних трошкова, а доводи до умањења равнотежног обима понуде и увећања равнотежне цене у односу на равнотежу до које долази при савршеном тржишту. Алокативни губитак благостања који наступа представља онај део благостања потрошача који није прерасподељен произвођачу у облику економског профита. Поред умањења друштвеног благостања, алокативна неефикасност индиректно доводи до прерасподеле благостања од потрошача ка произвођачима. Непостојање конкуренције уклања подстицаје монополисти да увећа краткорочну производну ефикасност, а нема ни подстицаја за улагање у истраживање и развој, због чега се не увећава дугорочна производна активност, која се огледа у обарању трошкова по јединици производа. Вид. Борис Беговић *et al.*, *Антимонополска политика у СР Југославији*, Београд, 2002, стр. 10.

16 Вид. нпр. Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора (Службени лист ЕУ, бр. С-101 од 27. априла 2004. год., стр. 97–118), § 11, 32, 33, 42, 48–72.

17 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 52–54.

18 Вид. фусноту бр. 14.

19 Економија опсега (енгл. *economies of scope*) означава ситуацију у којој заједничка производња два или више различитих производа доводи до нижих трошкова по јединици него што би довела одвојена производња тих производа.

20 Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије обавезна је да објави изреку својих решења у Службеном гласнику РС. Наравно, истинско упознавање са прак-

то у предмету *Carnex/Direct Brands/Direct Group*, где је Комисија, ценећи испуњеност првог услова за изузеће, закључила да би се применом уговора о заступању са елементима ексклузивности на страни трговинског заступника „(...) *послила боља дистрибуција и продаја производа, што подразумева досљивости одговарајуће асортимана у највећем броју малопродажних објеката чиме би се постепено продаја, смањило број посредника у трговини и створила могућности за смањење маржи, а самим тим и повећала конкурентности*“.²¹

Екстензивно тумачење првог услова за изузеће од забране рестриктивних споразума подразумевало би уважавање не само разлога економске ефикасности, већ и циљева неких других политика, нпр. индустријске политике, политике запошљавања, регионалне политике, културне политике... Уважавање ових циљева ретко када се изричито помиње у одлукама тела надлежних за примену прописа о заштити конкуренције, што не значи да није присутно у пракси. Као пример изричитог уважавања циљева политике запошљавања и регионалног развоја у пракси Европске комисије можемо навести одлуку донету у предмету *Ford/Volkswagen*, где је Комисија „примила к знању изузетне околности“ које се састоје у отварању великог броја радних места у једном од најсиромашнијих региона у ЕУ. Ипак, одмах је појашњено да се такве изузетне околности могу уважити поврх, а не уместо разлога економске ефикасности.²²

2. Правичан део користи припада потрошачима

Рестриктивни споразум може бити изузет од забране уколико потрошачима обезбеђује правичан део користи. Споразумом се, дакле, не може отежати положај потрошача. Положај потрошача треба да буде побољшан, што ипак не значи да целокупна ефикасност постигнута

сом тела надлежног за примену прописа о заштити конкуренције није могуће без увида у интегрални текст решења, пре свега у образложење одлуке. Због тога тела за заштиту конкуренције у цивилизованим државама објављују одлуке у целини на својим сајтовима, притом штитећи податке који имају карактер поверљивих информација о пословању учесника који је предмет поступка. Домаћа Комисија за заштиту конкуренције, нажалост, истрајава у свом нетранспарентном раду, објављујући интегрални текст решења само у појединим (малобројним) предметима, које бира по само себи знаним критеријумима. Овакав нетранспарентан рад Комисије, по мишљењу аутора, угрожава правну сигурност учесника на тржишту, отежава рад адвокатима и правницима у привреди, те онемогућава критичку анализу рада Комисије од стране стручне и научне јавности.

21 Комисија за заштиту конкуренције РС, предмет бр. 4/0-03-242/2013-27, *Carnex/Direct Brands/Direct Group*, 4. јули 2013. год., стр. 8.

22 Европска комисија, предмет бр. IV/33.814, *Ford/Volkswagen*, 23. децембар 1992. год., § 23, 28 и 36.

споразумом треба да буде преточена у побољшање њиховог положаја. Довољно је да потрошачи, опште узев, имају корист од рестриктивног споразума, тј. од укупних економских ефикасности које генерише споразум. Када је реч о економским користима ценовног карактера, сматра се да је вероватније да ће на положај потрошача позитивно утицати смањење варијабилних трошкова него фиксних трошкова учесника у споразуму, пошто је ценовна политика пре свега условљена варијабилним трошковима и условима тражње.²³ Обим користи која ће припасти потрошачима зависиће од пораста тражње за производом чија цена је смањена.²⁴ Када је реч о економским користима квалитативног карактера, сматра се да на положај потрошача у појединим случајевима позитивно може деловати појава новог производа као последица закључења рестриктивног споразума, и поред чињенице да споразум доводи до повећања цена. Несумњиво је да нови или унапређени производи воде благостању потрошача, али треба пажљиво одмерити да ли ово позитивно дејство споразума надилази негативна дејства по положај потрошача која се обично огледају у могућности повећања цене посматраног производа.²⁵

Приликом оцене испуњености овог услова за изузеће од забране рестриктивног споразума, појам потрошача треба ценити екстензивно тако да обухвати не само крајњег потрошача посматраног производа, већ и све посредне и непосредне кориснике производа (произвођачи који користе посматрани производ као сировину, трговци на велико и на мало...).26

Из праксе Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије издвајамо одлуку о појединачном изузећу од забране рестриктивног споразума донету у предмету *Дунав осигурање/Делџа Ђенерали осигурање*. Реч је о конзорцијуму закљученом између два осигуравајућа друштва која послују на територији Србије. Процењујући да ли овај споразум обезбеђује потрошачима правичан део користи, Комисија је закључила да споразум нема рестриктивне ефекте на тржиште, ни на потрошаче, јер се организује за обављање тачно одређеног посла и нема за циљ трајно и заједничко наступање осигуравајућих друштава

23 Варијабилни трошкови су они трошкови који се мењају са обимом производње. Насупрот томе, фиксни трошкови се не мењају са обимом производње. Типични фиксни трошкови су трошкови капацитета.

24 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 98–99.

25 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 102–104.

26 Ипак, уколико се купац налази далеко од потрошача, питање је да ли ће се погодности прелити до њега. Аргумент удаљености од потрошача Европска комисија користила је, на пример, приликом оцене концентрације учесника на тржишту у предмету *Inco/Falconbridge* (предмет бр. COMP/M.4000, 4. јули 2006. год.).

на тржишту. Лимитираност дејстава уговора о конзорцијуму наглашена је, по мишљењу Комисије, временском ограниченошћу његовог трајања, док сам корисник услуге осигурања ужива већу сигурност у случају осигурања од стране конзорцијума.²⁷

3. Ограничења која се намећу учесницима на тржишту неопходна су за постизање циља споразума

Трећи услов за изузеће од забране рестриктивних споразума могао би се означити као специфичан облик начела сразмерности (пропорционалности): учесницима на тржишту не смеју се наметати ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума. Трећи услов заправо је требало да буде постављен као други услов за изузеће споразума, јер правичан део користи не може припасти потрошачима уколико се учесницима на тржишту намећу ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума.²⁸ У праву конкуренције Европске уније се испуњеност овог услова процењује у два корака. Најпре је потребно утврдити да ли је споразум заиста неопходан како би се постигла одређена економска корист, а потом да ли је ограничење конкуренције које произилази из споразума неопходно за постизање одређене економске користи.

Према томе, тело надлежно за примену прописа о заштити конкуренције најпре би требало да утврди да ли је одређена економска ефикасност специфична за посматрани рестриктивни споразум. Другим речима, надлежни орган заправо треба да утврди да ли постоји неки други, мање рестриктивни начин да се постигне иста економска ефикасност. Након тога, потребно је утврдити да ли је интензитет ограничавања конкуренције, до ког долази услед закључења рестриктивног споразума, заиста неопходан да би се постигла одређена економска ефикасност. Ограничење конкуренције биће неопходно само уколико би у његовом одсуству посматрана економска ефикасност била значајно умањена или у потпуности елиминисана.²⁹ Наравно, она ограничења која су у уред-

27 Комисија за заштиту конкуренције РС, *Дунав осигурање/Делија Ђенерали осигурање*, 8. новембар 2012. год., стр. 4. За подробнију анализу праксе Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије у односу на учеснике на тржишту који обављају делатност осигурања вид. Зоран Р. Томић, Наташа Петровић Томић, „Нарушавања конкуренције у осигурању рестриктивним споразумима“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, стр. 13–51.

28 На овакво тумачење наводи и чињеница да се у Смерницама Европске комисије о примени чл. 81, ст. 3 УЕЗ најпре анализира трећи, па други услов за изузеће од забране рестриктивних споразума. Тако и: Richard Whish, *Competition Law*, Oxford, 2009, стр. 157.

29 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 75–82.

бама о групном изузећу од забране рестриктивних споразума наведе-на у облику тзв. црних клаузула (нпр. подела тржишта или утврђивање цена), по правилу неће моћи да буду сматрана неопходним ни приликом процењивања испуњености услова за појединачно изузеће. Из малобројних одлука Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије о појединачном изузећу од забране рестриктивних споразума које су у целини доступне јавности није могуће закључити на који начин српско тело за заштиту конкуренције утврђује испуњеност овог услова, пошто се у образложењу одлука, по правилу, једино наводи да је у конкретном случају утврђено да је овај услов испуњен.³⁰

4. Конкуренција на релевантном тржишту или његовом битном делу није у потпуности искључена

Рестриктивни споразум не може бити изузет од забране уколико доводи до искључења конкуренције на релевантном тржишту или његовом битном делу. Што је конкуренција слабија на релевантном тржишту пре закључења рестриктивног споразума, и што више сâм споразум слаби конкуренцију, то је извесније да ће тело надлежно за примену прописа о заштити конкуренције утврдити да се посматраним споразумом искључује конкуренција на релевантном тржишту. Приликом утврђивања испуњености овог услова за изузеће требало би узети у обзир како постојећу, тако и потенцијалну конкуренцију. Подсетимо, под потенцијалном конкуренцијом подразумевамо конкурентски притисак који врше учесници изван релевантног тржишта, који у релативно кратком року могу усмерити инвестиције неопходне ради уласка на релевантно тржиште, чиме ће постати конкуренти посматраном учеснику на тржишту. Приликом идентификовања постојеће конкуренције на релевантном тржишту не треба се ослонити само на критеријум тржишних удела, већ на ширу квантитативну и квалитативну анализу. У праву Европске уније, анализа препрека за улазак на тржиште ослања се, између осталог, на оцену трошкова уласка на тржиште (укључујући иреверзибилне трошкове),³¹ снаге потенцијалних конкурената, регула-

30 Вид. нпр. Комисија за заштиту конкуренције РС, предмет бр. 4/0-03-560/2013-7, *Телеком Србија/DTM Investments*, 13. септембар 2013. год., стр. 10-11: „Након свеобухватне анализе предметног захтева и уговорне документације, Комисија је оценила да предметни уговор не намеће учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума (...).“

31 Иреверзибилни трошкови (енгл. *sunk costs*) су они трошкови који су настали у прошлости, пре одређене пословне одлуке, па та одлука не може да промени њихов износ. Иреверзибилни трошкови се називају трошковима изласка из гране, иако они заправо настају приликом уласка у грану. Уколико су иреверзибилни трошкови високи, потенцијални конкуренти ће теже одлучити да уђу у посматрану

торног оквира, евентуалних улазака на релевантно тржиште у ранијем периоду.³²

Овај услов за изузеће од забране рестриктивних споразума не би требало посматрати издвојено од критеријума за утврђивање доминантног положаја. Наиме, забрана потпуног искључења конкуренције на релевантном тржишту, садржана у овом услову, изражава став законодавца да је основни циљ норме којом се забрањују рестриктивни споразуми – заштита конкурентског надметања. Када се конкуренција елиминише долази до, између осталог, повећања цена и смањеног улагања у истраживање и развој. Норма којом се забрањују рестриктивни споразуми и норма којом се забрањује злоупотреба доминантног положаја имају исти циљ који се огледа у одржању делотворне конкуренције, па четврти услов за изузеће од забране рестриктивних споразума по правилу не може бити испуњен у случају да рестриктивни споразум, тј. понашање предузето на основу њега, представља радњу злоупотребе доминантног положаја. То ипак не значи да сви рестриктивни споразуми које закључи учесник на тржишту који има доминантан положај представљају радњу злоупотребе таквог положаја. На пример, неће постојати злоупотреба доминантног положаја уколико доминантан учесник на тржишту закључи споразум о кооперативном заједничком улагању³³ којим се ограничава конкуренција, али који истовремено доводи до суштинског интегрисања активне.³⁴

У пракси Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије наилазимо на одлуку о појединачном изузећу од забране донету у предмету *Телеком Србија/Центросинерџија*, у којој је Комисија подробније анализирала испуњеност четвртог услова за изузеће. У овом предмету испитивана је могућност изузећа споразума о дистрибуцији који има или може имати елементе ексклузивности. Комисија је закључила да услед споразума неће доћи до искључења конкуренције на релевантним тржиштима, пошто су предвиђени јасни и транспарентни услови за

делатност. Оног тренутка када су иреверзибилни трошкови начињени, они више немају значај за доношење пословних одлука, чак ни одлуке о изласку из гране.

32 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 108–115.

33 Кооперативна заједничка улагања су последица уговора о сарадњи уколико за циљ или последицу имају координацију надметања између учесника на тржишту који настављају да послују као независна правна лица. Уколико, пак, заједничко улагање мења структуру гране, односно уколико правно лице које је настало заједничким улагањем трајно обавља функције које обављају или су обављали учесници на тржишту који су његови оснивачи, ради се о концентративном заједничком улагању. Концентративна заједничка улагања се у праву конкуренције сматрају обликом концентрације учесника на тржишту. Вид. Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2012, стр. 63–64.

34 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 105–106.

улазак на тржиште генералне дистрибуције, међусобна контрола учесника, као и систем подстицаја за актере на низводним тржиштима да напредују како би се квалификовали за улазак на вертикално повезано тржиште. На тржишту поддистрибуције, услови пословања указивали су да ће дистрибутер примењивати објективне, једнаке и економски засноване услове према свим учесницима на том тржишту, услед чега не може доћи до значајнијег нарушавања конкуренције.³⁵

III Поступак одобравања појединачног изузећа од забране рестриктивних споразума

Захтев за појединачно изузеће од забране рестриктивних споразума подноси се Комисији за заштиту конкуренције. Покретање поступка по захтеву странке представља изузетак од општег правила по коме се испитни поступак покреће по службеној дужности.³⁶ Терет доказивања да постоје законом прописани услови за изузеће је на подносиоцу захтева. О појединачном изузећу Комисија доноси решење. У решењу се посебно наводи период на који је изузеће одобрено, као и услови изузећа. Изузеће не може бити дато на период дужи од осам година. Тумачењем ове одредбе закључујемо да осам година није максимални рок за изузимање одређеног рестриктивног споразума, већ је то максимални рок на који се може дати појединачно изузеће.³⁷ Странка може захтевати продужење периода трајања појединачног изузећа посебним захтевом који се подноси најкасније два месеца пре истека тог периода. Уколико одлучи да трајање изузећа продужи, Комисија може одредити исте или различите услове и период трајања појединачног изузећа.³⁸

Решење по захтеву за појединачно изузеће рестриктивног споразума доноси се у року од шездесет дана од дана подношења захтева.³⁹ За издавање решења по поднетом захтеву подносилац плаћа накнаду у висини од 1.200 евра у динарској противвредности, по средњем курсу Народне банке Србије важећем на дан уплате.⁴⁰ Решење Комисије је ко-

35 Комисија за заштиту конкуренције РС, предмет бр. 4/0-03-147/2012-18, *Телеком Србија/Центросинерџија*, 17. јули 2012. год., стр. 36–37.

36 Осим у случају појединачног изузећа од забране рестриктивних споразума, поступак се води по захтеву странке само још у случају пријаве концентрације. Вид. ЗЗК РС, чл. 36.

37 ЗЗК РС, чл. 12, ст. 3. Тако и: Б. Беговић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 66.

38 ЗЗК РС, чл. 60, ст. 3–5.

39 ЗЗК РС, чл. 60, ст. 1.

40 Тарифник о висини накнада за послове из надлежности Комисије за заштиту конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 49/2011, чл. 2, ст. 2.

начно, а против њега се може покренути управни спор. Законом о заштити конкуренције није прописано ко има право на подношење тужбе против решења Комисије о појединачном изузећу, па ће се у том случају применити општа правила о управним споровима. Законом о управним споровима прописано је да тужилац може бити било које лице коме је управним актом повређено неко право или на закону заснован интерес.⁴¹ Дилему о томе ко све има активну легитимацију за покретање управног спора против решења Комисије за заштиту конкуренције о одобравању појединачног изузећа разрешио је Врховни касациони суд у пресуди донетој у већ помињаном предмету *Телеком Србија/Центросинергија*.⁴²

Наиме, Комисија за заштиту конкуренције изузела је уговор о дистрибуцији закључен између Телекома и привредног друштва Центросинергија. Тим уговором, Центросинергија постала је генерални дистрибутер Телекомових електронских допуна за мобилне телефоне. Центросинергија даље дистрибуира допуне преко своје мало-продајне мреже, као и преко својих поддистрибутера. Уговорено је да Центросинергија буде једини дистрибутер најмање током почетног периода важења уговора, а уговорне стране су у захтеву за појединачно изузеће навеле и да је могуће да ово друштво буде једини дистрибутер и током читавог периода важења уговора. Након закључења овог уговора, Телеком је раскинуо уговоре са осталим дистрибутерима. Управо ти некадашњи дистрибутери поднели су тужбу Управном суду захтевајући поништај решења Комисије којим се уговор о дистрибуцији закључен између Телекома и Центросинергије изузима од забране рестриктивних споразума. Управни суд је, међутим, одбио тужбе дистрибутера, наводећи да тужиоци немају активну легитимацију с обзиром на чињеницу да се нападнутим решењем не дира у њихова права или на закону засноване интересе, већ се решење односи само на права и обавезе учесника изузетог споразума.⁴³ Три од некадашња четири дистрибутера поднела су Врховном касационом суду захтев за преиспитивање судске одлуке. У захтеву су навели да имају активну легитимацију за покретање управног спора против решења Комисије пошто су им решењем повређена права и на закону засновани интереси тиме што је Телеком Србија са њима раскинуо уговоре о дистрибуцији, што је последица закључења изузетог уговора закљученог са Центросинергијом. На тај начин им је онемогућено да обављају своју пословну делатност. Тужиоци су навели и да њихов правни интерес да покрену управни

41 Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009, чл. 11. За коментар вид. Зоран Р. Томић, *Управно право*, Београд, 2010, стр. 261–262.

42 Вид. четврто поглавље другог дела овог рада.

43 Управни суд Републике Србије, решење бр. 11 У 11283/12, 25. октобар 2012. год.

спор произилази из чињенице да су у поступку за испитивање повреде конкуренције пред Комисијом за заштиту конкуренције имали право да поднесу иницијативу.⁴⁴ Врховни касациони суд пресудио је, међутим, да тужиоци немају активну легитимацију, јер се оспорени акт односи искључиво на права и обавезе учесника изузетог споразума.⁴⁵ Управни спор против решења Комисије о појединачном изузећу од забране рестриктивних споразума могу, дакле, покренути једино странке које су учествовале у поступку пред Комисијом, односно учесници у изузетом споразуму.

Поређења ради, у праву Европске уније лица која нису учесници у споразуму који је појединачно изузет могу имати активну легитимацију за подношење тужбе за поништај одлуке Европске комисије о одобравању изузећа. Такво тумачење дао је Првостепени суд (данас, Општи суд ЕУ) у предмету *Metropole television et al. v. Commission*.⁴⁶ Тужбу за поништај одлуке Европске комисије⁴⁷ могу, поред тзв. привилегованих тужилаца (институције ЕУ и државе чланице), поднети и физичка и правна лица којих се спорни акт непосредно и појединачно тиче.⁴⁸ У поманутом предмету, Првостепени суд је закључио да су тужиоци имали

44 Поступак за испитивање повреде конкуренције покреће се по службеној дужности (осим поступка одобравања појединачног изузећа од забране рестриктивних споразума), а свако лице може поднети Комисији за заштиту конкуренције иницијативу за покретање поступка. Комисија ни на који начин није везана таквом иницијативом и самостално одлучује да ли ће поступак покренути или не.

45 Врховни касациони суд, предмет бр. 547/2012, 14. фебруар 2013. год. Пресуда је доступна на сајту Врховног касационог суда: <http://www.vk.sud.rs> (10. фебруар 2014. год.).

46 Првостепени суд, спојени предмети бр. Т-528/93, Т-542/93, Т-543/93 и Т-546/93, *Metropole television et al. v. Commission*, 11. јули 1996. год. Одлука о појединачном изузећу, која је предмет овог спора, односила се на споразум о сарадњи закључен између неколико европских произвођача емисије, у циљу унапређивања размене програма између чланова. Сарадња је подразумевала и заједничко стицање и вршење тзв. телевизијских права на пренос спортских догађаја. Произвођачи емисије који су били учесници овог споразума одбили су да уступе овлашћење на реемитовање преноса одређеног спортског догађаја једном емитеру који није био учесник споразума. Након што је Европска комисија донела одлуку о појединачном изузећу од забране споразума, тај емитер је, уз још неколико других произвођача емисије, поднео тужбу за поништај одлуке Комисије о одобравању појединачног изузећа споразума.

47 У овом периоду још увек је важила Уредба бр. 17/62 (*Службени лист ЕЗ*, бр. 13 од 21. фебруара 1962. год.), којом је успостављен систем обавезне нотификације рестриктивних споразума. Европска комисија је тада била искључиво надлежна за одобравање појединачних изузећа од забране споразума. Систем обавезне нотификације важио је до ступања на снагу Уредбе бр. 1/2003 у мају 2004. године.

48 Више о тужби за поништај: Александра Чавошки, Ана Кнежевић Бојовић, Душан Поповић, *Европски суд њравде*, Београд, 2006, стр. 71-82.

појединачни и непосредни интерес за подношење тужбе за поништај одлуке о појединачном изузећу од забране рестриктивних споразума, пошто их је изузети споразум онемогућио да уживају одређене погодности које учешће у њему (споразуму) са собом носи.⁴⁹

Најзад, усвајањем Закона о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције, у октобру 2013. године, проширена су овлашћења Комисије за заштиту конкуренције у вези са одобравањем појединачних изузећа од забране рестриктивних споразума. Комисија је сада овлашћена да укине решење о одобравању појединачног изузећа од забране рестриктивног споразума ако се битно измене услови под којима је изузеће одобрено, односно да решење поништи ако се изузеће заснива на нетачним или неистинито приказаним чињеницама, или ако се изузеће злоупотребљава.⁵⁰

IV Завршне напомене

Механизам групних изузећа од забране рестриктивних споразума примењује се само у односу на типичне рестриктивне споразуме чији учесници имају тржишни удео који не прелази „праг“ прописан одговарајућом уредбом о групном изузећу. Остали рестриктивни споразуми могу се изузети од забране једино на основу појединачног изузећа које одобрава Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије. Услови за одобравање изузећа од забране рестриктивних споразума преузети су из права конкуренције Европске уније. Из оних одлука Комисије за заштиту конкуренције које су у целини доступне јавности, може се закључити да домаће тело за заштиту конкуренције неуједначено приступа оцени испуњености појединих услова за изузеће. Наиме, док се испуњеност једних услова подробно образлаже, испуњеност других услова се само констатује. Законом о заштити конкуренције и подзаконским актима нису дате подробније смернице за оцену испуњености услова за појединачно изузеће од забране рестриктивних споразума. Због тога сматрамо да би Комисија за заштиту конкуренције могла да приликом оцене испуњености услова за изузеће као помоћно средство тумачења користи критеријуме који произилазе из праксе Европске комисије и критеријуме који произилазе из Смерница о примени чл. 81, ст. 3 УЕЗ. Наравно, услове за изузеће од забране требало би тумачити и с обзиром на критеријуме установљене домаћим уредбама о

49 Првостепени суд, *Metropole television et al. v. Commission*, § 59–78.

50 Закон о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 95/2013, чл. 16, ст. 1. За коментар овог закона вид. Dusan Popovic, „Amendments to the Serbian Competition Act – A Much Needed ‘Fine Tuning’“, *European Competition Law Review*, бр. 3/2014, стр. 124–129.

групном изузећу од забране, уз уважавање специфичности механизма појединачног изузећа. Најзад, с обзиром на опредељење законодавца да, за разлику од права ЕУ, у праву конкуренције Србије задржи механизам појединачних изузећа од забране рестриктивних споразума, проширење овлашћења Комисије за заштиту конкуренције у погледу укидања, односно поништења решења о одобравању изузећа сматрамо неопходним и пожељним. На тај начин, Комисији се омогућава делотворан надзор над поштовањем услова под којима је изузеће одобрено.

Dušan V. POPOVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

INDIVIDUAL EXEMPTIONS FROM PROHIBITION OF ANTI-COMPETITIVE AGREEMENTS IN SERBIAN LAW

Summary

Contrary to EU competition rules and competition rules in most EU Member States, which abolished the system of mandatory notification of anti-competitive agreements as well as the mechanism of individual exemptions from prohibition of such agreements, Serbian legislator opted to maintain the possibility of individual exemptions. Individual exemptions are being granted under general conditions which were modeled upon EU competition law. An agreement may be exempted if it contributes to improving the production and distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and does not impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives, and does not afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question. The author analyzes each of these four exemption conditions, while commenting the case law of the Serbian Competition Authority. The author proceeds to the analysis of the rules of procedure, especially with respect to the decision of the Supreme Court of Cassation of the Republic of Serbia adopted in the case Telekom Srbija/Centrosinergija, and the Amendments to the Serbian Competition Act adopted in October 2013.

Key words: *competition law, anti-competitive agreements, exemption, economic efficiency.*

др Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ
ванредни професор Факултета политичких наука,
Универзитета у Београду
члан Савета, Комисија за заштиту конкуренције РС

РЕФОРМА КОНЦЕПТА (ЗЛОУПОТРЕБЕ) ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА ТРЖИШНОГ УЧЕСНИКА^{*}

Резиме

Овај рад има за предмет анализу правног односа пословне конценџрације, доминантног тржишног положаја и његове злоупотребе, која означава повреду ефективне конкуренције. Посебна пажња повећана је инстџицији условне конценџрације, када се даје сагласност за њено спровођење након што је прихваћен предлог посебних услова и мера које су учесници трансакције спреми да предузму, а Комисија за заштити конкуренције их сматра адекватним за предузетје ојасности нарушавања конкуренције услед спроведене конценџрације.

Конценџрација привредних субјеката на одређеном тржиштју није забрањена – најојив, ојозијивна је претјоставка превалентности ојозијивних пословних, у односу на нејојивне ефекте у домену нарушавања тржишног баланса. Није недојуштјено ни стварање доминантног ојоложаја конценџрацијом, чак и у ситуацији када је њен искључиви циљ била злоупотреба тржишне моћи, односно ојраничавање ефективне конкуренције. Конценџрација ће ући на штерен правног режима забране само уколико се њом објективно изврши злоупотреба доминантног ојоложаја. Дакле, за разлику од ресјриктијивних споразума као

^{*} Овај чланак је резултат рада на пројекту број 47026 Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

другог облика повреде конкуренције, који познају субјективно-објективни концепти забране, у смислу да је ништав договор који за циљ или последицу има значајно нарушавање конкуренције – код злоупотребе доминантног положаја на снази је правни модел објективне, односно ефективне, односно последичне забране.

Закључак рада је да постоји суштинскијална и функционална правна веза између условног одобрења концентрације и доминантног положаја на тржишту, у смислу да се инститорит условне концентрације истовремено јавља и као начин превентивног надзора над пословањем тржишног учесника који има доминантну позицију – консеквентно омогућавајући да се предузреди њена злоупотреба која би значила повреду ефективне конкуренције. Резултат истраживања указује, са друге стране, на велики значај који у смислу превентивног деловања, али и рационалног постојања, има правни модел прекида постојућег истраживања повреде конкуренције услед прихватања предлога обавеза странке ради отклањања могућих повреда конкуренције, уз закључак да постоји значајно шири домен примене у случајевима злоупотребе доминантног положаја у односу на ретриктивне, а посебно хоризонталне споразуме – представљајући, од 2013 године када је уведен у домаћи легислативни амбијент, актуелно најзначајнији инститорит у домену реформе домаће права конкуренције.

Кључне речи: ефективна конкуренција, условна концентрација, злоупотреба доминантног положаја, нагодба у истраживању, правило резона.

I Доминантан положај пословног субјекта: тржишни сатус између (појединачног) успеха и (системске) претње

1. Утврђивање тржишне доминације

Поседовање доминантног положаја је природна интенција сваког учесника тржишне утакмице и израз његове тежње за рационалним и ефикасним пословањем, са једне, и намере да буде бољи и снажнији у односу на конкуренте, са друге стране. Максимизација профита и јачање тржишне позиције примарни су циљеви сваког пословног подухвата. Зато стицање и одржавање доминантног положаја на тржишту нису по себи недозвољени. Уколико је једно привредно друштво способно да елиминише конкуренцију законитим средствима, нема основа за забрану таквог понашања. Нема смисла, ни основа кажњавати некога само зато што је успешан – а у тржишној утакмици то значи да је доминантан. Оно

што савремена законодавства санкционишу у циљу заштите ефективна конкуренције јесте објективна злоупотреба доминантног положаја, при чему се као релевантно узима фактичко тржишно понашање субјекта, а не његови мотиви и намере.¹ При томе, савремено европско право конкуренције схвата поседовање доминантног положаја као „нарочиту одговорност“ пословног субјекта да води рачуна о томе да он не прерасте у злоупотребу,² дакле као одређену врсту обавезе и додатног напора који је потребно уложити да се не пређе осетљива гранична линија, и да својим понашањем не наруши ефективну конкуренцију на односном тржишту.

Сваком тржишном амбијенту иманентан је сукоб интереса привредних субјеката, који је неминован јер произилази из тежње за остварењем истог циља у одређеном пословном домену и на одређеном географском простору. На тржишту се сусрећу субјекти са истим или сличним предметом пословања и заједничким циљем остварења добити, што нужно рађа сукоб интереса и њихове односе опредељује као ривалске и као односе конкуренције. Сваки учесник покушава да коришћењем различитих средстава и стратегија буде јачи и тржишно успешнији од других. Понашање привредних субјеката у том смислу је усмерено на измену тржишне структуре или на ограничавање, односно извитоперавање тржишне утакмице, а последице су олигополска или чак монополска тржишна ситуација.

Тржишна доминација подразумева реалну правну или фактичку моћ одређеног тржишног учесника да се понаша независно од постојеће или потенцијалне конкуренције и потрошача, односно да утврђује и намеће своје услове пословања. Доминантан положај има пословни субјект који поседује такву тржишну снагу која му омогућава да на релевантном тржишту послује у значајној мери независно у односу на друге, стварне или потенцијалне, учеснике, као и купце, добављаче или потрошаче.³ Категорија тржишне снаге учесника је вишекомпонентна и променљива, утврђује се у односу на релевантне економске, правне и дру-

1 За разлику од рестриктивних споразума као другог облика повреде конкуренције, који познају субјективно-објективни концепт забране, у смислу да је до повреде конкуренције дошло услед споразума који је такав ефекат имао за циљ или последицу – код злоупотребе доминантног положаја на снази је објективни концепт забране.

2 *Michelin v. Commission* (1983) ECR 3461, 322/81.

3 Наведено решење представља повратак на концепт који је познавао Закон о заштити конкуренције из 2005. године, сходно коме је доминантан положај на релевантном тржишту имао учесник који пословне одлуке доноси независно од понашања конкурената, односно добављача, купаца и крајњих корисника робе или услуга; при томе, околност поседовања тржишног удела од најмање 40% није нужно значила и квалификацију доминантног положаја на релевантном тржишту.

ге објективне показатеље, узимајући у обзир као посебно важне следеће критеријуме: структуру релевантног тржишта, тржишни удео пословног субјекта – с тим да је значајан индикатор постојања доминације вредност удела на релевантном тржишту већа од 40%, економска и финансијска снага пословног субјекта, степен вертикалне пословне интегрисаности, стварни и потенцијални конкуренти, правне или чињеничне препреке за приступ других учесника тржишту, технолошке предности, права интелектуалне својине и објективна тржишна снага купца.⁴ Тржишна моћ представља вид слободе понашања привредних субјеката да утичу на тржишне законитости и услове. Прекомерно кумулирање тржишне моћи је непожељно јер води повећању цена и смањењу понуде на тржишту. Са друге стране, одређени интензитет тржишне моћи је потребан, јер пораст профита омогућава даља улагања у развој. Тржишна доминација је пресудом у случају *United Brands v. Commission*⁵ дефинисана као „позиција такве економске снаге која предузећу омогућава да спречи очување ефикасне конкуренције на тржишту, будући да је због своје снаге у могућности да се понаша „довољно независно“ од конкуренције, клијената и у крајњој линији од потрошача“. Критеријуми за утврђивање доминантног положаја на тржишту прецизирани су у домаћем праву⁶ преваходно у складу са концептом који прихвата пракса Европског суда правде. Доминантан положај на тржишту представља ситуацију у којој један од конкурената поседује знатну тржишну моћ, а то у економском смислу значи способност да цену свог производа може одрживо формирати изнад сопствених граничних трошкова. Постојање доминантног положаја подразумева кумулативно испуњење три услова: знатно тржишно учешће, постојање баријера за улазак на тржиште и умањену снагу купаца. Тржишна доминација може бити индивидуална или колективна. Колективна тржишна доминација постоји у случају да два или више правно независних учесника могу да остваре доминантан положај ако су повезани економским везама тако да заједнички наступају или делују као један учесник на релевантном тржишту.⁷

У домаћем праву више (од 2013. године) не постоји позитивна претпоставка поседовања доминантног положаја на тржишту за учес-

4 Закон о заштити конкуренције (Службени гласник РС, бр. 51/09 и 95/13; даље у фуснотама: Закон), чл. 15, ст. 2.

5 *United Brands v. Commission* (1976) C 27/76.

6 Закон о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције (Службени гласник РС, бр. 95/13), чл. 1.

7 До ступања на снагу измена и допуна Закона 2013. године, на снази је била позитивна законска претпоставка о постојању колективне тржишне доминације у случају да два или више учесника на тржишту имају збирни тржишни удео од најмање 50%, а да при том између њих не постоји значајна конкуренција.

ника чији удео на релевантном тржишту износи најмање 40%, односно најмање 50% у случају колективне доминације.⁸ Околност поседовања тржишног удела који је већи од 40% представља само индиректни индикатор поседовања значајне тржишне снаге, а не више околност која *per se* значи постојање доминантног положаја. Уколико пословни субјект има удео на релевантном тржишту већи од 40% то може и не мора значити да на њему има и доминантан положај, јер на то утичу и други фактори (као што су вредности удела других тржишних учесника, постојање и природна препрека уласку на односно тржиште или постојање доминације на страни купца). Доминантан је онај тржишни учесник који има значајно бољи положај у односу на конкуренте, пре свега захваљујући економској снази и слободи приступа тржиштима снабдевања и дистрибуције. У сваком појединачном случају постојање доминантног положаја се мора установити, без могућности да се у одређеним категоријалним ситуацијама – претпостави, с тим да терет доказивања лежи на страни Комисије за заштиту конкуренције. Поступак утврђивања постојања тржишне доминације има следеће конститутивне елементе: дефинисање релевантног и географског тржишта; утврђивање односа између послова које предузима односни привредни субјект и укупног обима послова на тржишту; испитивање објективне могућности независног тржишног понашања, без узимања у обзир положаја, услова и интереса конкурента, односно потрошача; значајан индикатор постојања индивидуалне тржишне доминације јесте вредност тржишног удела већег од 40%, односно у распону 20–40% за значајно дисперзована тржишта, односно од 50% у случају колективне доминације; додатни критеријуми за утврђивање тржишне доминације су и: дужина пословања на тржишту, приступ финансијским и технолошким изворима и фактичко понашање привредног субјекта.

а) Концентрација – доминација – злоупотреба

Доминантан положај на тржишту настаје као резултат индивидуалног економског раста или, знатно чешће, услед оствареног пословног повезивања. Тако поседовање доминантног положаја у пракси често представља међустаницу између пословне концентрације и злоупотребе доминантног положаја. Могуће је, међутим, да спровођење злоупотребе

8 Претходним законским решењем – Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/09), била је установљена претпоставка да учесник на тржишту има доминантан положај уколико вредност његовог тржишног удела износи најмање 40% (у случају колективне доминације – 50%), и терет доказивања да то није случај био је на тржишном учеснику; терет доказивања је био на Комисији за заштиту конкуренције у случајевима када је вредност индивидуалног тржишног удела била мања од 40%, односно у случају колективне доминације мања од 50%.

тржишне доминације буде остварено и у форми уговорног односа; један вертикални споразум се може двоструко квалификовати и као облик рестриктивног споразума и као акт којим се испољава злоупотреба доминантног положаја.⁹

Анализа правног односа пословне концентрације, доминантног тржишног положаја и његове злоупотребе, која означава повреду ефективне конкуренције, води ка институту условне концентрације као компромисном решењу између опасности које са собом носи увећање тржишне моћи као последица концентрације, са једне, и разлога пословне оправданости и поља слободе удруживања привредних субјеката који су концентрацији иманентни, са друге стране. Постоји супстанцијална и функционална правна веза између условног одобрења концентрације и доминантног положаја на тржишту, у смислу да се институт условне концентрације истовремено јавља и као начин превентивног надзора над пословањем тржишног учесника који има доминантну позицију – консеквентно омогућавајући да се предупреди њена злоупотреба која би значила повреду ефективне конкуренције.

Злоупотребом доминантног положаја на релевантном тржишту сматрају се радње којима се нарушава, ограничава или спречава конкуренција и омогућавају материјалне користи и друге погодности засноване на неравноправним односима у пословању; може бити ексклузивна – када је усмерена према конкурентима, и експлоативна – када је усмерена према потрошачима. Критеријуми који се узимају у обзир приликом оцене да ли је пређена танка линија између поседовања доминантног положаја и његове злоупотребе односе се, између осталог, на: утврђивање чињенице да ли се одређено искоришћавање тржишног положаја може постићи само при постојању доминантног положаја или и у другим случајевима, наступање неправедне штете за трећа лица – клијенте, конкуренте и потрошаче, и постојање неадекватне користи за привредног субјекта, односно – важно је утврдити да ли доминантни учесник остварује одређене предности које би при пуном дејству конкуренције на тржишту биле недостижне.

II Прекид поступка испитивања повреде конкуренције на предлог странке

1. Кауза и битни елементи

У ситуацији када је поступак испитивања повреде конкуренције у току, могуће је да одлуком Комисије а на предлог странке, односно при-

9 Став Европског суда правде заузет у случају *Hoffmann La Roche v. Commission* (1979) ECR 461.

вредног друштва – тржишног учесника, буде прекинут. У материјално-правном смислу, то је случај нагодбе који значајно доприноси ефикасности поступања, а у перспективи и максимизацији степена заштите ефективне конкуренције на односном тржишту. Иницијално, реч је о једностраној, обавезујућој изјави воље коју друга страна прихвата – креирајући споразум, у смислу размене обавезујућих и међусобно условљених обећања. Правни резултат је условна нагодба, али ипак не поравнање, јер је могуће да поступак буде настављен.

Институт прекида поступка услед нагодбе (*commitment decision*) је релативно нов институт у комунитарном праву, уведен 2004. године.¹⁰ Иако се правила о прекиду поступка услед нагодбе могу потенцијално применити на оба облика повреде конкуренције: рестриктивно споразумевање и злоупотребу доминантног положаја на тржишту, у европској правној пракси у области недопуштених договора овај институт се сусреће само изузетно; разлог за то представља њихова правна природа, која претпоставља постојање различитих вишестраничких интереса, чије је усаглашавање, са једне стране, управо супротно *ratio legis* заштите конкуренције, а са друге стране институт прекида поступка услед нагодбе претпоставља једнострану изјаву воље о добровољном прихватању обавеза тржишних учесника који су странка у поступку по основу претпостављеног нарушавања конкуренције. Институт прекида поступка услед нагодбе се примењује превасходно у случајевима злоупотребе доминантног положаја, ретко за вертикалне споразуме и никада за картеле као најтежи вид повреде конкуренције.

Ефекат који се постиже применом модела прекида поступка услед нагодбе је значајан и двострук: подиже се ниво ефективне конкуренције, у односу на претпостављену тржишну ситуацију без спровођења договорених мера понашања, а са друге стране ефикасност се огледа у остваривању позитивних последица у знатно краћем времену него што би то био случај да је поступак спроведен редовним током (и окончан утврђивањем повреде конкуренције и изрицањем санкције).

Битни елементи института прекида поступка услед нагодбе су: предлог за прекид поступка искључиво подноси странка – тржишни учесник;¹¹ предлог је прецизиран, временски орочен и образложен;

10 Уредба бр. 1/2003 која уређује процесна питања увођењем значајних новина у европско право конкуренције, у домену примене правила чл. 101 (о забрани рестриктивних споразума) и чл. 102 (о забрани злоупотребе доминантног положаја) УФЕУ, чл. 9 (*Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1, 04.01.2003, pp. 1–25*).

11 Рок за подношење предлога није прецизиран у комунитарном праву, па су могућа два решења: предлог се подноси до пријема Обавештења о битним чињеницама (*Statement of objections*), које усваја и домаће право, или до доношења решења.

предлог може бити прихваћен само уколико је подобан да анулира разумну опасност по ефективну конкуренцију (*competition concern*);¹² подобност предлога мора бити тржишно тестирана.

2. Процесни аспект

Институт прекида поступка услед нагодбе у процесном смислу у домаћем праву подразумева пет фаза поступања.

Најпре, поступак се покреће по пријави странке. Тржишни учесник, на основу података садржаних у закључку Комисије о покретању поступка или чињеница које су утврђене током њега, свестан својих поступака и квалификујући их са становишта правила о заштити конкуренције и претходне праксе поступања Комисије у сличним случајевима, а затим процењујући са становишта *pro et contra* ефекте добровољног претходног прихватања одређених мера, извесно ограничавајућих са становишта сопственог пословног интереса, и стављањем тог сценарија у шири концепт чију другу колону чини могући исход поступка који је започет од стране Комисије – доноси одлуку о давању понуде за нагодбом. На следећем нивоу, пошто је таква стратешка одлука донета, налази се креирање оптималног модела предлога: који ће са једне стране испуњавати (очекиване) услове Комисије за прихватање, а са друге стране садржати најмањи степен обавеза привредног друштва, који се објективно морао прихватити, односно понудити. Тржишни учесник поводом чијег понашања је покренут поступак испитивања повреде конкуренције може најкасније до пријема обавештења о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на коме ће бити засновано решење поднети Комисији предлог да се поступак обустави, на основу једностране изјаве о обавезама које је спреман да преузме ради отклањања потенцијалних повреда конкуренције. У супстанцијалном смислу, предложене обавезе подразумевају мере које ће странка добровољно предузети како би се отклониле евентуално учињене повреде конкуренције, са једне стране, и предупредиле оне потенцијалне у будућности, са друге стране. То су превасходно мере понашања, и(ли) структурне мере (које се примењују и у поступку контроле пословних концентрација). Предлогом се прецизирају услови и рокови сходно којима би обавезе биле реализоване. Најзад, конститутивни део предлога мера чини поступак контроле њиховог спорвођења, укључујући и начин обавештавања Комисије.

12 Предлог мера странке је подобан да буде прихваћен у случају да Комисија оцени да су оне адекватне и довољне да буде анулирана претпостављена опасност по нарушавање конкуренције на односном тржишту услед понашања тржишног учесника – предлагача мера, и да након њихове примене не би више постојали елементи оправдане, разумне сумње у повреду конкуренције.

У другој фази, Комисија прелиминарно разматра предлог за прекид поступка и адекватност наведених мера. Уколико оцени да предлог не садржи битне законске елементе, она га у овој фази може одбацити. Уколико процени да је предлог иницијално подобан, али да га је потребно изменити, односно допунити, Комисија може странку о томе обавестити, и дати смернице у ком правцу би корекција требало да буде учињена. Ово, међутим, може бити случај само уколико је реч о изменама мањег обима (у квантитативном смислу) и степена (у квалитативном смислу), јер би супротно поступање било противно самом *ratio legis*, односно каузи института: прекид поступка иницира и предлог мера даје и образлаже странка.

У трећој фази, након што оцени да је предлог странке прелиминарно прихватљив, Комисија објављује обавештење о подношењу предлога странке за прекидом поступка (које садржи опис битних елемената предмета и предложених мера) и подвргава га тржишној евалуацији, тако што упућује јавни позив заинтересованим лицима,¹³ преваходно тржишним учесницима, да се о његовој подобности изјасне. Резултати тржишне евалуације предлога захтевају накнадну редакцију и извесну резерву приликом примене, јер неретко тржишни учесници своје налазе и мишљење заснивају на личном, а не јавном интересу. Комисија је обавезна да сваки поднети предлог који садржи сажети опис предлога и битних елемената предлога објави и изложи тржишној евалуацији, чак и у ситуацији када већ има профилисан став о његовој неприхватљивости.

У следећем, централном сегменту поступања, који се диференцира у две поткатегорије: евалуације и одлучивања, Комисија, узимајући у обзир дотадашња сазнања о предмету, изнета мишљења, односно достављене податке од стране трећих лица, и на основу анализе релевантног тржишта – заузима став о томе да ли спровођењем предложених обавеза странке, са високим степеном вероватноће, може остварити циљ законом предвиђених мера понашања које би биле примењене уколико би се поступак окончао одлуком да је до нарушавања конкуренције дошло. Мере имају двоструки циљ: отклањање учињене и утврђене повреде конкуренције и спречавање могућности настанка исте или сличне повреде у будућности; могу бити позитивно или негативно профилисане, у смислу налагања одређеног понашања или уздржавања од њега. Даље, мере које Комисија изриче требало би да буду пропорционалне тежини и природи утврђене повреде конкуренције, и додатно – да буду у супстанијалној и директној вези са радњама и актима тржишног субјекта

13 Позив се објављује на интернет страници Комисије, а није искључено ни достављање посебних позива за изјашњење учесницима на релевантном тржишту за које Комисија цени да је њихово мишљење од посебног значаја за доношење одлуке у односном предмету.

који су резултирали повредом. Структурна мера се изриче само изузетно, уколико не постоји мера понашања којом би се постигао исти или приближан ефекат за заштиту конкуренције, или ако је то повољније за странку него изрицање мере понашања, или уколико раније изречена мера понашања није у целини реализована;¹⁴ нужан претходни услов за њено изрицање јесте висок степен вероватноће понављања исте или сличне повреде услед објективне тржишне структуре.

Поставља се, међутим, питање како се процењују ефекти предложених мера у односу према циљу које би законске мере имале уколико би се поступак окончао утврђивањем повреде, када је то ситуација прерано постављеног питања. Најпре, поступак је прекинут па није познато да ли је повреда постојала или не, а уколико јесте – да ли је у питању нарушавање, ограничавање или чак искључивање конкуренције. И даље: не може се перципирати која би мера, односно која комбинација мера, била изречена да је чињенично стање сагледано у целини, односно поступак доведен до краја. Најзад, предвиђено је изрицање мера установљених за отклањања повреде конкуренције, а ово је ситуација када повреда није утврђена. Постоји дакле двоструко ограничење у погледу утврђивања пропорционалног односа: најпре, не зна се које би мере биле изречене јер није окончан поступак, а оне су нужан чинилац једначине – да би се довеле у релацију са предложеним обавезама, а затим је потребно још утврдити и висок степен вероватноће да би ефекат био аналоган; наведени параметри указују на значајно широк домен „слободне оцене“ у поступању Комисије. У овом сегменту поступка Комисија и странка не могу усаглашавати предлог мера који би био подобан да резултира прекидом поступка. Наиме, предлог, који је могао бити измењен и допуњен у другој фази, прошао је тест тржишне процене и новелирано усаглашавање налагало би да тај тест буде поновљен, што би значило повреду начела ефикасности и економичности вођења управног поступка.¹⁵ Такође, одлука коју Комисија доноси о прихвату предлога не може бити условна, као што је то случај код условног одобрења концентрације,¹⁶ с обзиром да је читав институт прихвата предлога мера странке по својој природи – условног карактера, јер се поступак прекида и може бити настављен уколико странка не буде испунила предложене, и договорене обавезе.

Ова фаза поступања се окончава одлуком Комисије, која може бити прихватајућа или одбијајућа. Афирмативан став поводом предло-

14 Закон, чл. 59, ст. 3.

15 Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/01, *Службени гласник РС*, бр. 30/10; даље у фуснотама: Закон о општем управном поступку), чл. 7 и 14.

16 Закон, чл. 66, ст. 3.

га се заузима на основу два кумулативно испуњена, позитивно профилисана показатеља: предлога странке, у материјално-правном смислу, и резултата спроведеног тржишног теста. У случају када оцени да је вероватно да ће применом предложене мере (понашања, ређе структурне) бити остварен циљ отклањања учињене повреде, односно сперчавања могућности настанка исте или сличне повреде конкуренције, Савет Комисије доноси закључак о прекиду поступка, који као битне елементе садржи рок за испуњење обавеза и обавезу обавештавања о реализацији договорених мера. *Argumentum a contrario*, одбијајућа одлука Комисије требало би да буде донета само у случају оцене да предложене мере неће резултирати остварењем циља у погледу заштите ефективне конкуренције. Међутим, сама квалификација синтагме „оцени вероватним“ оставља Комисији широк дискрециони простор да предлог не прихвати чак и када објективни показатељи указују другачије.

Уколико Комисија предлог не прихвати, не постоји директна законска обавеза да о томе обавести странку, мада је то неспорно потребно учинити. Надаље, одлука о одбијању предлога не мора бити образложена. У прилог томе говори и околност да само закључак против кога се може изјавити посебна жалба мора бити образложен,¹⁷ што овде није случај. Са друге стране, тржишни учесник задржава право да предлог у истој правној ствари поново поднесе. Као проблем у процесном смислу тада би се могла јавити околност да евентуални нови предлог странка може (и надаље) поднети најкасније до пријема Обавештења о битним чињеницама, а у ситуацији када није примила одговор о првобитном, односно претходно поднетом предлогу за прекид поступка, она нема сазнање да је то, евентуално, целисходно и могуће учинити. С обзиром да је реч о питању у вези са управљањем поступком, одлука Комисије би могла била донета у форми закључка.¹⁸ Међутим, у овој правној ствари коначна одлука о прихвату предлога странке о прекиду поступка доноси се у форми закључка. Одлука да се предлог не прихвата, иницијално исте правне природе, само опозитног правца у односу на одлуку о прихвату предлога – консеквентно значи да се поступак који је у току наставља, па се чини излишним доношење управног акта, у форми закључка, којим би се управо то констатовало. Следеће отворено питање се односи на стварну надлежност поступања. Са једне стране, доношење закључка од стране Савета у домену примене института прекида поступка услед нагодбе легислативно је предвиђено само у случајевима позитивне одлуке о прекиду поступка по основу прихвата предлога стране, или у ситуацији када се прекинут поступак наставља услед неиспуњења оба-

17 Закон о општем управном поступку, чл. 212, ст. 1.

18 Закон, чл. 38, ст. 5.

веза странке. *Argumentum a contrario*, надлежност Савета није конституисана за доношење закључка о одбијању предлога о прекиду поступка, а то даље имплицира два става: да такав акт Комисија и не доноси, или да је реч о аспекту управљања поступком о коме закључак доноси службено лице које води поступак.¹⁹ Опште је правило о вођењу управног поступка да закључак доноси службено лице које врши ону радњу поступка при којој се појавило питање које је предмет закључка.²⁰ Даљим системским, и тумачењем заснованим на аналогiji, долази се до става да је надлежни орган за доношење одбијајуће одлуке Савет Комисије, из два разлога: прво, његова надлежност је директно установљена у случају позитивне одлуке, односно доношења закључка о прекиду поступка и друго – с обзиром да је нужан претходни услов за доношење одлуке, била она у исходу позитивно или негативно профилисана – оцена степена усклађености предложених и, са аспекта оптималне заштите ефективне конкуренције, потребних мера, односно услова, јесте у надлежности Савета.²¹ Стога, одлуку о неприхватању предлога странке доноси Савет – у форми обавештења. Одлука се доставља странци, сходно њеном процесном праву обавештавања о постуку,²² али се (нужно) не образлаже, и против ње се не може изјавити посебна жалба.

Пета фаза, која се јавља само у случају позитивне одлуке, односно доношења закључка о прекиду поступка, претпоставља спровођење континуираног надзора над испуњењем преузетих обавеза и мера странке, односно тржишног понашања привредног субјекта. У закључку о прекиду поступка утврђује се начин информисања Комисије о спровођењу договорених мера (структурних или понашања), односно обавеза странке о достављању обавештења о извршењу договорених обавеза.

У року од три године од дана прекида поступка испитивања повреде конкуренције, може бити донет закључак о наставку поступка уколико наступе следеће околности: битно се измене претпоставке на којима је био заснован закључак о прекиду поступка; не буду испуњене обавезе из договорене мере у року који је одређен, или о томе не буду достављени одговарајући докази; накнадно се установи, од стране Комисије, да је закључак о прекиду поступка донет на основу нетачних, непотпуних или преварних података које је странка доставила. У овом случају, поступак који је био прекинут на предлог странке се окончава, а уколико буде утврђена повреда конкуренције биће изречене санкције, са великим степеном вероватноће да ће као отежавајућа околност бити узета у

19 Аналогно решењу чл. 38, ст. 7 Закона.

20 Закон о општем управном поступку, чл. 211.

21 Закон, чл. 58, ст. 9.

22 Закон, чл. 43, ст. 3.

обзир чињеница да се странци изашло у сусрет и да је на њен предлог поступак прекинут, након чега она није испунила обећање и реализовала мере које је сама предложила. Додатно, може бити установљено да је институт прекида поступка услед нагодбе био искоришћен без стварне намере да се предложене мере заштите конкуренције реализују, већ са циљем процесног пролонгирања, што је ситуација која се квалификује као *fraus legis*, односно злоупотреба права.

III Уместо закључка

Новине уведене у домаћи легислативни простор права конкуренције 2013. године доминантно су заступљене у области доминантног положаја, у двоструком смислу. У домену правне статике, измењена је методологија утврђивања постојања доминантног положаја привредног субјекта на тржишту. У сфери правне динамике, уведен је значајан институт поравнања, односно нагодбе на предлог странке да се поступак испитивања повреде конкуренције услед злоупотребе доминантног положаја прекине.

Доминантан положај не искључује могућност постојања конкуренције, али допушта тржишном учеснику да значајно утиче на начин на који ће се она испољавати. Концентрација привредних друштава на одређеном тржишту није забрањена; ни стварање доминантног положаја није по себи недопуштено. Пословна концентрација се неће сматрати недозвољеном чак иако је искључиви циљ било повећање тржишне моћи и њена злоупотреба, већ потпада под правни режим забране само уколико се и објективно учини злоупотреба доминантног положаја. Посебан значај има примена *rule of reason* правила, које као путоказ указује којим правцем треба кренути у дилеми да ли спровођење односне концентрације, које доприноси стварању или јачању тржишне доминације, истовремено означава и релевантну, односно разумну опасност у смислу нарушавања, ограничавања или чак спречавања ефективне конкуренције на односном тржишту.

Кауза обављања пословне делатности је максимизација профита. Инструмент за остваривање тог циља је рационализација пословања, превасходно коришћењем предности економије обима. Остваривање и јачање економске моћи правно дозвољеним средствима је разумљив пут развоја сваког пословног субјекта. Са друге стране, он је са системског аспекта пожељан, јер доприноси друштвеном благостању. Када се таква индивидуални концепт раста и резултат природне тежње да се буде успешан и бољи од других стави у контекст тржишних односа, стиже се до инстиута тржишне моћи, а укључивањем фактора других учесника

на релевантном тржишту и – доминантног положаја. На нивоу индивидуалне анализе економског раста и правног понашања – доминација је допуштена, чак разумљива. Међутим, када се та слика стави у мозаик једног релевантног тржишта и функционално повеже са другим пословним субјектима који на њему учествују – правила постају строжа и резултат може бити забрана злоупотребе доминантног положаја.

У случају постојања основане претпоставке о постојању повреде конкуренције на релевантном тржишту услед злоупотребе доминантног положаја, Комисија за заштиту конкуренције покреће испитни поступак. Закључак рада је да велики значај у смислу превентивног деловања, али и рационалног поступања, има увођење правног модела прекида поступка испитивања повреде конкуренције услед прихватања предлога обавеза странке ради отклањања (могућих) повреда конкуренције. Терминолошки посматрано, израз „прекид поступка“ није довољно прецизан јер супстанцијално не обухвата елемент договора по основу прихвата понуде тржишног учесника који је постигнут. Са друге стране, коришћење термина „поравнање“ не би било адекватно из два разлога: прво, у праву конкуренције постоји засебан концепт поравнања (*settlement proposal*), који се примењује у области картелних споразума, и друго, у случају прекида поступка, иако је до нагодбе дошло – још увек је активно актуелна опција наставка поступка у случају непоштовања добровољно преузетих обавеза странке. Стога, као „средње решење“, узет је у обзир термин „прекид (поступка) услед нагодбе“. Нагодба претпоставља договор, али без његове трајне компоненту коју имплицира поравнање; у случају нагодбе поступак се прекида, а поравнањем окончава. Предност овог терминолошког решења је и у обухватности, односно биполарности: садржи и процесни (прекид поступка) и материјално-правни аспект (нагодба као прихват понуде).

Постоји значајно шири домен примене института прекида поступка услед нагодбе у случајевима злоупотребе доминантног положаја у односу на рестриктивне, а посебно хоризонталне споразуме. У случају картела, као најозбиљнијих облика повреде конкуренције, код којих се природан и претпостављени однос такмичења и супарништва конкурентна на тржишту замењује договором, модел нагодбе се не примењује. За ове случајеве, предвиђени су институти (делимичног) ослобађања од санкција учесника рестриктивног споразума који га (први) пријави, односно достави адекватне доказе (*Leniency*) – за откривање, и директног поравнања – за оптимизацију нивоа ефикасности поступка. У области повреда конкуренције злоупотребом доминантног положаја, у комунитарној пракси се већина поступака окончава применом модела прекида услед нагодбе, а у националним правима конкуренције чак и квалификована већина. Стога, са великим степеном вероватноће треба

очекивати значајну, па и превасходну примену овог института у поступцима по основу (претпостављене) злоупотребе доминантног положаја у домаћем праву конкуренције у годинама које следе.

Остаје отворено питање обавезе Комисије да о својој негативној одлуци по предлогу за прекид поступка обавести странку. Закључак је овог рада да у правној дилеми управно-правне природе треба поступити сходно принципу Добре управе, као сервиса грађана (*Good administration*), и поступити у корист странке као слабије стране у односу који је јавно-приватног карактера. Услед отворене могућности да странка у истом предмету поново поднесе предлог за прекид поступка, са јединственим роком – до пријема Обавештења о битним чињеницама, неопходно је да Комисија о свом ставу обавести странку. Поступајући орган био би Савет, с обзиром да је претходно питање заузимање става о корелативној вези предложених мера и остваривања очекиваних ефеката заштите ефективне конкуренције у његовој законској надлежности. Са друге стране, не постоји законска обавеза да таква одлука буде и образложена, нити на њу странка може изјавити посебну жалбу. Излаз из овог правног лавиринта, везано за имплементацију новог института прекида поступка о претпостављеној повреди конкуренције, треба, дакле, тражити у решењу које претпоставља доношење одлуке Савета о неприхватању предлога, у форми обавештења. На тај начин би интерес странке да предлог за прекид поступка евентуално изнова поднесе у истој правној ствари био заштићен, а са друге стране не би се доносио правни акт у ситуацији када је поступак у току – који би за предмет имао да управо то и констатује, што је супстанцијално случај са одлуком о одбијању предлога за прекид поступка, и, са друге стране, не би се образлагала одлука о одбијању предлога која је иначе у склопу широког дискреционог права Комисије.²³ У процесном смислу, Комисија би након што је предлог добила могла тројно да поступи: да предлог одбаци, да предложи његове измене, односно допуне или да га одмах објави и изложи тржишној евалуацији. Одлука о одбијању (или о прихвату) предлога доноси се у четвртој фази поступка по предлогу странке, као својеврсног „(пост)поступка унутар (главног) поступка“ испитивања повреде конкуренције.

Комисија у случају неусвајања предлога свој став не мора образложити, али интерес странке тиме није супстанцијално повређен, јер је поступак иначе покренут и наставља да тече истим током као и пре скретања које је учињено у покушају остваривања поравнања, које није реализовано, с тим да је одређено време, са аспекта странке, поступак суштински мировао, и била јој је дата прилика да предложи сценарио нагодбе, а реч је о могућности која до 2013. године у домаћем

23 Закон, чл. 58, ст. 5.

легислативном окружењу није постојала. Са друге стране, овлашћење за решавање по слободној оцени претпоставља поступање које уважава законом утврђене границе овлашћења, са једне, и циљ са којим је овлашћење дато, са друге стране,²⁴ што консеквентно значи да Комисија у овој правној ствари доноси одлуку за коју сматра да је најцелисходнија, водећи посебно рачуна о пуној заштити, и екстензивном тумачењу у погледу процесних права странке.

Институт прекида поступка услед нагодбе у случајевима злоупотребе доминантног положаја, представљајући актуелно најзначајнији институт у домену реформе домаћег права конкуренције – значајно доприноси, уз уважавање чињеничних специфичности, баласнирање између једнообразности поступања и јавног интереса у области заштите конкуренције и екстензивну примену правила резона – досезању принципа правичности као правде сваког појединачног случаја.

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

REFORM OF THE NOTION OF THE ABUSE OF DOMINANT MARKET POSITION BY MARKET PARTICIPANT

Summary

The subject of this paper is the analysis of the legal relationship of business concentration, dominant market position and its abuse, which indicates a violation of effective competition. Special attention is dedicated to the institute of conditional concentration, especially when giving permission for its implementation after the acceptance of the proposal of special conditions and measures that participants in the transaction are willing to undertake, and when Commission for Protection of Competition considers them as appropriate for the prevention of the risk of distortion of competition caused by the implemented concentration.

The concentration of economic entities in a particular market is not prohibited – on the contrary, the assumption of the prevalence of positive business,

24 Закон о општем управном поступку, чл. 5, ст. 2.

compared to negative business effects is positive, in the field of distortion of market balance. Furthermore, the creation of a dominant position via concentration is not inadmissible, even in the case when its sole objective is the abuse of the market power that is the restriction of effective competition. Concentration will enter into the field of the legal regime of prohibition only if the abuse of a dominant position is committed by it. Therefore, unlike the restrictive agreement, as another form of violation of competition, which is familiar with the subjective-objective concept of prohibition, in the sense that the agreement is null and void if it, as a purpose or effect, has a significant distortion of competition – in the case of the abuse of a dominant position, the legal model of objective or effective or consequential prohibition is in force.

The conclusion of this paper implies that there is a substantial and functional legal connection between the conditional approval of the concentration and the dominant position in the market, in the sense that the institution of conditional concentration also represents a matter of preventive supervision over business activities of market participant who has a dominant position – consequently making it possible to prevent its abuse, which would indicate a violation of effective competition. On the other hand, research results indicate the great importance, in terms of preventive and rational action, of the legal model which interrupts the examination of infringement procedure due to the acceptance of the proposal of obligation on the side of parties in order to eliminate possible violations of competition, with the conclusion that there is a significantly broader scope of application in cases of abuse of a dominant position in relation to restrictive, and especially horizontal agreements – representing, since 2013 when it was introduced in the domestic legislative environment, the current most important institute in the area of domestic competition law reform.

Key words: *effective competition, conditional concentration, abuse of a dominant position, the alignment in the examination procedure, rule of the reason.*

мр *Ивана РАКИЋ*
истраживач сарадник Института за упоредно право у Београду

ПРИМЕНА ПРОПИСА О КОНТРОЛИ КОНЦЕНТРАЦИЈА НА СТРУКТУРНЕ ВЕЗЕ – ОСВРТ НА ПРЕДЛОГ ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ

Резиме

У раду се анализира контролиран предлог Европске комисије да измени прописе ЕУ о контроли концентрација и да прошири примену ових прописа на стицање неконтролног мањинског учешћа у основном капиталу другог учесника на тржишту (структурне везе). Европска комисија указује на то да се структурним повезивањем учесника на тржишту може нарушити конкуренција, али да се прописи о контроли концентрација не могу у том случају применити, јер стицање неконтролног мањинског учешћа не подлеже контроли концентрација коју врши Европска комисија.

Аутор даје крајњак приказ предлога Европске комисије и оцену ефикасности ових предлога на административно ошерење Европске комисије и учесника на тржишту, на правну сигурност и на прописе о контроли концентрација Републике Србије. Иако се структурним везама може нарушити конкуренција, у раду се указује на то да се усвајањем предлога може значајно ошерити Европска комисија и да се увећава правна несигурност у погледу мањинских улагања. Узимајући у обзир све аргументе који се износе у раду, аутор закључује да прописе ЕУ о контроли концентрација не би требало проширити на структурне везе и да је најбоље решење да се ништа не ради поводом најављених предлога, тј. да се ти предлози не прихватају.

Кључне речи: *структурне везе, мањинско учешће, неконтролно учешће, контрола концентрација, право конкуренције, ЕУ.*

I Уводне напомене

Европска комисија врши контролу концентрација са тзв. комунитарном димензијом пре спровођења концентрације (*ex ante* контрола), тако да учесници на тржишту који намеравају да спроведу концентрацију морају да је пријаве и да од Европске комисије добију одобрење за њено спровођење, под условом да пријављена концентрација подлеже контроли, односно да се на њу могу применити прописи о контроли концентрација.¹ Уредба ЕУ о концентрацијама не предвиђа дефиницију концентрација, већ само наводи појединачне правне облике концентрација којима се обухватају све капиталне трансакције које доводе до укрупњавања учесника на тржишту и које морају бити предмет контроле концентрација.

У Преамбули Уредбе ЕУ о концентрацијама прописано је да се појам концентрација мора одредити тако да се обухвате капиталне трансакције које доводе до трајних промена у контроли учесника на тржишту и стога у структури тржишта (т. 20). То значи да је за право конкуренције најбитније стицање контроле над другим учесником на тржишту, па је за примену прописа о контроли концентрација потребно утврдити да ли се након концентрације мења контрола, како би се утврдило да ли пријављена капитална трансакција представља концентрацију.² Пошто је остваривање контроле над другим учесником

1 На нивоу Европске уније примењује се Уредба Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту из 2004. године (Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24/2004; даље у тексту: Уредба ЕУ о концентрацијама), којом су регулисане оне концентрације које могу да угрозе конкуренцију на јединственом тржишту ЕУ или на његовом битном делу. Уредба ЕУ о концентрацијама прописује тзв. финансијске прагове чијим преласком за учеснике у концентрацији настаје обавеза пријаве, чиме ограничава своју примену само на концентрације које имају тзв. комунитарну димензију. Прописани прагови имају искључиви значај разграничења надлежности између органа ЕУ и надлежних тела земаља чланица – уколико концентрација има комунитарну димензију она је у искључивој надлежности Комисије и на њу се примењује Уредба ЕУ о концентрацијама, а искључује се надлежност тела земље чланице и примена њеног националног права. Више о концепцији *комунићарне димензије* вид. Edurne Navarro Varona *et al.*, *Merger Control in the European Union – Law, Economics and Practice*, New York, 2005, стр. 66–68; André Decocq, Georges Decocq, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Paris 2004, стр. 208–209.

2 Примери капиталних трансакција у којима нема промене контроле над учесником на тржишту углавном се односе на случајеве када тржишни учесник који већ поседује већински удео у капиталу другог друштва жели да стекне и преостале уделе (нпр. када већински акционар упућује понуду за преузимање преосталих акција циљног друштва) или на операције повезаних учесника на тржишту које се односе на њихову унутрашњу реорганизацију (нпр. спајање контролног и за-

на тржишту (стицање *контиролној* учешћа) основни услов за примену Уредбе ЕУ о концентрацијама, стицање мањинског учешћа у сопственом капиталу не представља концентрацију, под условом да се тиме не остварује контрола над другим учесником на тржишту, односно да се не стиче *контиролно* мањинско учешће.

Европска комисија, међутим, најављује могућност измене прописа о контроли концентрација и, између осталог, предлаже да се примена правила о контроли концентрација прошири и на капиталне трансакције којима се стиче неконтролно мањинско учешће у основном капиталу другог учесника на тржишту (*сџрукџурне везе*), па је тим поводом, у јуну 2013. године, покренула и јавну расправу.³ Полази се од тога да и такве трансакције могу угрозити конкуренцију (иако веома ретко), а да се Уредба ЕУ о концентрацијама не може у том случају применити, јер се примењује само на стицање контролног учешћа. Посебно се указује на то да таква могућност већ постоји у неким земљама чланицама (Немачка, Велика Британија и Аустрија), као и у САД, Канади и Јапану.⁴

Овај рад је отуда посвећен анализи предложених решења и могућем утицају ових предлога на стварање подстицаја учесницима на тржишту за повезивањем, на административно оптерећење Европске комисије и на правну сигурност, а посебно ће се указати на могућност измене Закона о заштити конкуренције Републике Србији⁵ под утицајем најављене реформе ЕУ регулативе, уколико она буде извршена.

висног друштва, спајање зависних друштава или пренос учешћа које контролно друштво поседује у капиталу једног зависног друштва на друго зависно друштво). Концентрацију не представља ни повећање основног капитала зависног друштва чији је једини члан контролно друштво, као ни подела привредног друштва које престаје да постоји на нова друштва.

3 Најављене измене прописа о контроли концентрација укључују и одређена процедурална питања у вези са упућивањем концентрације на процену Европској комисији, али се може рећи да проширење домена контроле на стицање неконтролног учешћа представља најконтроверзнији предлог и изазива највећу пажњу. Вид. European Commission, *Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control*, Part 1/3, Brussels 2013, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/merger_control_en.pdf, 7.12.2013, стр. 3–23. Вид. и http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/index_en.html, 7.12.2013.

4 Вид. European Commission, *Annex to the Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control, Annex II – Non-controlling minority shareholdings and EU merger control*, Brussels 2013, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/consultation_annex2_en.pdf, 7.12.2013, стр. 10–18.

5 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013, даље у фуснотама: ЗЗК).

II Појам концентрације

Одређивање појма концентрације чини суштину поступка контроле,⁶ јер од квалификације одређеног понашања учесника на тржишту зависи примена правила о контроли концентрација. Ако се такво понашање не може одредити као концентрација, оно не подлеже контроли, а на њега се евентуално могу применити одредбе о рестриктивним споразумима и забрани злоупотребе доминантног положаја, уколико је таквим понашањем нарушена конкуренција.

Имајући у виду потребу да се утврди појам концентрације и узимајући у обзир најзначајније карактеристике, концентрације се могу одредити као различити облици статусног или уговорног обједињавања учесника на тржишту којима се на трајној основи мења контрола над једним или више учесника на тржишту и којима се они доводе под заједничку контролу, чиме се остварује пословно јединство свих учесника у концентрацији који су до тада били самостални. Промена контроле над учесником на тржишту, при томе, настаје као последица значајних промена у власничкој и управљачкој структури тог тржишног учесника или у структури капитала, које доводе до губитка његове пословне независности и до настанка односа зависности од другог учесника на тржишту у погледу доношења пословних одлука. Отуда се концентрације могу одредити и као пословни подухвати који воде трајним променама у власничкој структури учесника у концентрацији услед које они губе пословну независност, без обзира на правни облик концентрације и на престанак правног субјективитета.⁷

Може се отуда закључити да се најважнија карактеристика концентрација, која одражава суштину концентрације, односи на могућност стицања контроле над другим учесником на тржишту након концентрације, због чега се оне у упоредном праву и дефинишу у складу са овом карактеристиком – навођењем оних облика повезивања учесника на тржишту којима се један тржишни учесник доводи под контролу другог учесника на тржишту. На тај начин се концентрацијама обухватају статусне промене спајања и припајања привредних друштава (фузије), стицања контроле или преузимања, и поједини облици заједничког улагања (енгл. *joint venture*).

Контрола се дефинише као могућност одлучујућег утицаја на другог или друге учеснике на тржишту, односно на њихово вођење

6 Jean Schapira *et al.*, *Droit européen des affaires – Tome 2*, Paris, 1999, стр. 711; D. G. Goyder, *EC Competition Law*, New York, 2003, стр. 346.

7 За потребе проучавања у овом раду, изразом *промене у власничкој структури* обухватају се и промене у управљачкој структури тржишног учесника и у структури његовог капитала.

послова, и може се остварити на различите начине.⁸ Контрола се заснива на правима, уговорима или било којим другим средствима, која појединачно или заједно, узимајући у обзир све чињеничне и правне околности конкретног случаја, пружају могућност одлучујућег утицаја на вођење послова другог или других учесника на тржишту.⁹ Није неопходно утврђивати да се овакав утицај заиста испољава, односно да ће заиста бити извршен (пошто до стицања контроле може доћи и када то није изричита намера учесника у концентрацији), али могућност остваривања одлучујућег утицаја мора бити стварна.¹⁰

III Структурне везе

Структурним везама се означавају везе које при мањинском власништву постоје између два учесника на тржишту,¹¹ тако да оне спадају у подврсту феномена корпоративног власништва.¹² Ове везе се најчешће успостављају између оних учесника на тржишту који послују на истом или повезаном (узводном или низводном) тржишту, и то улагањем једних учесника на тржишту у основни (сопствени) капитал других учесника на тржишту.

Учесници на тржишту су заинтересовани за оваква улагања због бројних користи које се остварују хоризонталним и вертикалним повезивањем на тржишту: учесници на тржишту који улажу у сопствени капитал другог учесника мотивисани су смањењем трошкова, посебно

8 Чл. 3(2) Уредбе ЕУ о контроли концентрација, чл. 5 ст. 2 ЗЗК.

9 Преузимање контроле се најчешће остварује куповином акција, односно стицањем удела у другом учеснику на тржишту и куповином имовине. Вид. т. 17 Обавештења Европске комисије о надлежностима према Уредби Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту (Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *OJ* C 95/2008, даље у тексту: Обавештење Европске комисије о надлежностима).

10 Вид. т. 16 Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. и пресуду у случају *Cementbouw v. Commission (Cementbouw Handel and Industrie BV v. Commission of the European Communities)*, бр. Т-282/02, одлука Општег суда (некада Првостепеног суда) од 23.2.2006, *ECR* 2006, II-319, т. 57–58. Суд је у овом случају утврдио да је за стицање контроле над другим учесником на тржишту битно да ли је контролни учесник стекао *мојућносћ* одлучујућег утицаја на другог учесника, без обзира на то да ли ће такву могућност заиста да користи.

11 Борис Беговић, „Структурне везе: ширење домена контроле концентрација и последице по правну сигурност“, у: Радмила Васић (уредник), *Правна сигурносћ у условима транзиције*, Београд, 2014 (у штампи), стр. 317 (Рад је изложен на конференцији „Правна сигурност у условима транзиције“, одржаној 5. и 6. новембра 2013. године на Правном факултету Универзитета у Београду).

12 *Ibid.*, стр. 318.

трансакционих трошкова (у случају вертикалних веза) и укупних фиксних трошкова (у случају хоризонталних веза), а учесници на тржишту у чији се капитал улаже остварују погодности, јер оваква улагања увећавају инвестиције у физички капитал.¹³

Европска комисија, међутим, у посебном документу указује на негативне ефекте трансакција којима се успостављају структурне везе између учесника на тржишту,¹⁴ сматрајући да структурна повезаност конкурената на тржишту може довести до значајног угрожавања конкуренције. Пошто стицање мањинског учешћа у сопственом капиталу представља концентрацију само ако се тиме остварује могућност одлучујућег утицаја на вођење послова другог учесника на тржишту, односно ако се стиче (правна или фактичка) контрола над другим учесником на тржишту, Европска комисија сматра да би контролом концентрација требало обухватити и капиталне трансакције којима се не успоставља одлучујући утицај на другог учесника на тржишту, а које означава као *структурне везе*.¹⁵

У погледу врста структурних веза, Европска комисија наводи да је потребно разликовати две основне врсте структурних веза,¹⁶ позивајући се на академске радове у којима је ова подела извршена.¹⁷ Прва врста структурних веза се односи на финансијски интерес који се заснива на праву стицаоца мањинског учешћа на присвајање дела профита који оствари учесник на тржишту у којем се стиче власништво, сразмерно стеченом учешћу.¹⁸ Финансијски интерес стицаоца мањинског учешћа отуда јесте да учесник на тржишту у којем има мањинско власништво оствари што већи профит, како би он путем дивиденди присвојио што већи део стеченог профита. Уколико стицалац мањинског учешћа има само право на присвајање профита, без икаквих управљачких права по основу стеченог учешћа, односно без утицаја на пословање учесника на тржишту у којем поседује мањинско учешће и без утицаја на одлуке које тај учесник доноси, реч је само о финансијском интересу, тзв. немом

13 *Ibid.*, стр. 318–319.

14 Вид. European Commission, *Annex to the Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control, Annex I – Economic Literature on Non-Controlling Minority Shareholdings (“Structural links”)*, Brussels 2013, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/consultation_annex1_en.pdf, 7.12.2013 (даље у тексту: *Annex I*), стр. 2 и даље.

15 European Commission, *Annex I*, стр. 6.

16 European Commission, *Annex I*, стр. 7.

17 Вид. Daniel P. O’Brien, Steven C. Salop, „Competitive Effects on Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 67, No. 3/2000, стр. 559–614.

18 D. P. O’Brien, S. C. Salop, *нав. чланак*, стр. 568.

финансијском интересу (енгл. *silent financial interest*), односно о пасивним структурним везама (енгл. *passive structural links*).¹⁹

Друга врста структурних веза се односи на корпоративну контролу која стицаоцу учешћа омогућава утицај на пословне одлуке које доноси тржишни учесник у којем има учешће, укључујући одлуке о ценама, о производњи или о продаји имовине тог учесника.²⁰ Степен корпоративне контроле може одговарати степену финансијског интереса, али то не мора увек да значи, пошто се у великом броју случајева степен корпоративне контроле и степен финансијског интереса значајно разликују (нпр. ако један учесник има 49% учешћа у основном капиталу неког учесника на тржишту, без икаквих управљачких права, а други власник има учешће 51% у капиталу истог учесника).²¹

IV Предлози Европске комисије

Вероватни повод за најављену измену прописа ЕУ о контроли концентрација преставља случај *Ryanair/Aer Lingus*, који се односи на покушаје ирске нискобуџетне (енгл. *low cost*) авиокомпаније *Ryanair* да преузме ирску авиокомпанију *Aer Lingus*, у којој (тренутно) има учешће 29,82%. Европска комисија је два пута забранила пријављену концентрацију путем јавне понуде за преузимање, сматрајући да би преузимање контроле над компанијом *Aer Lingus* угрозило конкуренцију, а поред тога, компанија *Ryanair* једном је одустала од концентрације.²² Након прве одлуке о забрани, Општи суд је донео две пресуде којима су потврђене одлука Комисије о забрани преузимања²³ и одлука Комисије којом је одбила да одреди мере деконцентрације, односно да захтева продају стеченог учешћа компаније *Ryanair* у компанији *Aer Lingus*.²⁴ У наведеним пресудама, Општи суд је потврдио мишљење Комисије да учешће компаније *Ryanair* у компанији *Aer Lingus* није контролно учешће и да због тога Комисија и не може да одреди мере деконцентрације, будући да није дошло до преузимања контроле и да није спроведена концентрација.

19 *Ibid.*, стр. 577; European Commission, *Annex I*, стр. 8.

20 D. P. O'Brien, S. C. Salop, *нав. чланак*, стр. 568.

21 Вид. *ibid.*, стр. 569–570; European Commission, *Annex I*, стр. 7.

22 Вид. случајеве *Ryanair/Aer Lingus* (бр. COMP/M.4439, одлука Европске комисије од 27.6.2007), *Ryanair/Aer Lingus II* (бр. COMP/M.5434, одлука од 23.1.2009), *Ryanair/Aer Lingus III* (бр. COMP/M.6663, одлука од 27.2.2013).

23 Вид. случај *Ryanair Holdings plc v. European Commission* (бр. T-342/07, одлука од 6.7.2010, ECR 2010, II-03457).

24 Вид. случај *Aer Lingus Group plc v. European Commission* (бр. T-411/07, одлука од 6.7.2010, ECR 2010, II-03691).

Иако није дошло до преузимања контроле над компанијом *Aer Lingus*, компанија *Ryanair* је задржала учешће које је стекла пре објављивања понуда за преузимање.²⁵ Будући да се радило о непријатељском преузимању, компанија *Aer Lingus* је сматрала да компанија *Ryanair* користи стечено значајно мањинско учешће како би приступила њеним поверљивим стратешким плановима, открила пословне тајне, блокирала доношење посебних одлука и захтевала ванредне седнице скупштине друштва у циљу промене постојећих стратешких одлука компаније, и да на тај начин угрожава конкуренцију на тржишту.

Имајући у виду могуће негативне ефекте структурних веза на конкуренцију и постојећа решења у упоредном праву, Европска комисија је дала одређене предлоге за измене регулативе који још увек нису прецизирани, будући да се постављају бројна питања и да постоје бројне могућности комбиновања различитих решења. Ипак, издвојена су два алтернативна предлога: први је систем пријављивања (*ex ante* контрола), а други је дискрециона могућност накнадне оцене трансакција којима се остварује структурна повезаност учесника на тржишту (*ex post* контрола).²⁶

Систем пријављивања (енгл. *notification system*) значи да се *ex ante* контрола проширује на оцену трансакција којима се стиче неконтролно мањинско учешће, тако да би учесници у овим трансакцијама били обавезни да поднесу претходну пријаву концентрације, која би требало да садржи ограничен број података и била би слична скраћеној пријави концентрације.

Другим предлогом су обухваћена два решења: систем самовредновања (енгл. *self-assessment system*) и систем обавештавања (енгл. *transparency system*). У првом случају, Комисија би накнадно могла да испитује било коју структурну повезаност за коју сматра да би могла угрозити конкуренцију, полазећи од података до којих је сама дошла и од података које је добила од трећих лица. Учесници у трансакцији тада не би морали да унапред подносе било какву пријаву. У другом случају, учесници би имали обавезу да кратким саопштењем обавесте Комисију о стеченом „проблематичном“ учешћу, које би након тога било објављено на интернет сајту Комисије у циљу обавештавања трећих лица о спроведеној трансакцији који би тада могли да дају своје коментаре. У оба случаја,

25 После приватизације авиокомпаније *Aer Lingus*, компанија *Ryanair* је постепено повећавала своје учешће у приватизованој компанији, тако што је прво стекла 16,03% учешћа, па је затим повећала учешће на 19,21%, односно 25,17%, да би у моменту подношења последње пријаве концентрације имала 29,82% учешћа у капиталу компаније *Aer Lingus*.

26 Вид. European Commission, *Commission Staff Working Document – Towards more effective EU merger control*, стр. 7.

Комисија разматра да ли да учесницима пружи могућност добровољне пријаве у циљу обезбеђивања правне сигурности, да ли да у том случају предвиди суспензију за оне трансакције које још нису спроведене и да ли би у интересу правне сигурности требало ограничити период у којем би Комисија могла да испитује наведене трансакције и на који рок би тај период био ограничен. Комисија такође разматра да ли би од учесника захтевала подношење пријаве концентрације у пуној форми, уколико би након прве процене трансакције одлучила да спроведе испитивање концентрације и да ли би тада учесници морали да прекину спровођење трансакције ако она већ није реализована.²⁷ У сваком случају, за наведене трансакције би вероватно важили исти прагови нотификације и исти тест за оцену концентрација, као код концентрација којима се стиче контролно учешће.

Потребно је утврдити и критеријуме помоћу којих би се дефинисале трансакције које би биле обухваћене контролом, као и тзв. критеријуме „сигурне луке“ (енгл. *safe harbour*) којима би се одређене трансакције искључиле из примене нових правила (нпр. стицање учешћа мањег од 10%; непостојање специјалних права мањинских чланова – право вета или представљање у органима управе; остваривање значајног конкурентског утицаја – *competitively significant influence*, или суштинског утицаја – *material influence*). На тај начин би требало да се обезбеди правна сигурност за учеснике на тржишту, што значи да би требало утврдити јасне и недвосмислене критеријуме.²⁸

Иако су мишљења о увођењу измена у регулативу ЕУ о концентрацијама дубоко подељена,²⁹ постоји сагласност да ће проширење обухвата контроле значајно увећати трошкове повезивања учесника на

27 Вид. *ibid.*, стр. 10–11.

28 Вид. *ibid.*, стр. 8.

29 Вид. прилоге учесника у јавној расправи на интернет сајту Европске комисије, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/index_en.html, 7.12.2013. Вид. и Mark Friend, „Regulating Minority Shareholdings and Unintended Consequences“, *European Competition Law Review*, Vol. 33, No. 6/2012, стр. 303–306; Kyriakos Fountoukakos, Molly Herron, „Mergers and joint ventures: An overview of EU and national case law“, *e-Competitions*, No. 40270/2011; Alec J. Burnside, „Minority Shareholdings: An overview of EU and national case law“, *e-Competitions*, No. 56676/2013; Bojana Ignjatovic, Derek Ridyard, „Minority Shareholdings, Material Effects?“, *CPI Antitrust Chronicle*, No. 1/2012, стр. 2–8; Christian Riis-Madsen, Sophia Stephanou, Killian Kehoe, „Reform of the EU Merger Regulation: Looking Out for the Minority“, *CPI Antitrust Chronicle*, No. 1/2012, стр. 2–7; Bernard van de Walle de Ghelcke, „Minority Shareholdings in EU Merger Control: “No, Thank You” or a Gap to be Filled?“, *Concurrences*, No. 3/2011, стр. 19–22; Pieter Kalbfleisch, „Minority Shareholdings in Competing Companies“, *Concurrences*, No. 3/2011, стр. 37–41; Gavin Bushell, „Minority Report? The EC’s public consultation on minority shareholdings“, *Kluwer Competition Law Blog*, August 2013, доступно на адреси: <http://kluwercompetitionlaw->

тржишту и да ће додатно оптеретити Европску комисију, што се потврђује и у мишљењима која оправдавају уношење измена. Највећи терет за све учеснике у поступку контроле представља систем пријављивања, док остала два решења мање оптерећују све стране, али истовремено уносе велику неизвесност у пословање учесника на тржишту и умањују правну сигурност, будући да би се контрола вршила накнадно (*ex post*). Због тога би учесницима на тржишту, у том случају, требало дати право да добровољно поднесу пријаву или обавештење, а Европска комисија би морала утврдити одговарајуће смернице или бар посебне критеријуме „сигурне луке“ за оне капиталне трансакције које се не би уопште контролисале. Поред тога, неопходно је прецизирати временски рок у којем би се накнадна контрола могла вршити, а не би било пожељно предвиђати суспензију за наведене трансакције, будући да је веома мали број ових трансакција које би угрозиле конкуренцију и које би могле бити забрањене.

Чак и они који се залажу за измене регулативе ЕУ, као и сама Европска комисија, признају да је занемарљиво мали број трансакција којима се стиче мањинско неконтролно учешће које би могле угрожити конкуренцију и да су то практично изузеци. Истовремено се у академским радовима упућује на економске анализе хоризонталних и вертикалних структурних веза које показују да структурне везе ипак не представљају значајну опасност по конкуренцију,³⁰ због чега се може рећи да се најављене измене чине неоправданим, посебно ако се има у виду да се на „проблематичне“ трансакције могу *ex post* применити правила о рестриктивним споразумима и злоупотреби доминантног положаја. Могло би се рећи да су користи од нове контроле несразмерно мале у односу на негативне ефекте које би она имала на учеснике на тржишту и на Европску комисију. Европска комисија би административно била непотребно оптерећена, а учесници на тржишту не само што би били дестимулисани приликом мањих улагања (посебно на финансијском тржишту), која тренутно не подлежу контроли, претходној нотификацији и суспензији, него би била умањена правна сигурност у погледу ових трансакција на тржишту и извесност у пословању учесника на тржишту.

Примена правила о контроли концентрација на стицање неконтролног мањинског учешћа представљала би радикалну промену и проширење појма концентрације, будући да се цео систем *ex ante* контроле концентрација заснива на промени, односно преузимању контроле над другим учесником на тржишту и на околности да спровођењем

blog.com/2013/08/08/minority-report-the-ecs-public-consultation-on-minority-shareholdings, 7.12.2013.

30 Вид. Б. Беговић, *нав. чланак*, стр. 320–328.

концентрације настаје нови, јединствени пословни ентитет. Основни предуслов за постојање концентрације и разлог за њено испитивање јесте остваривање контроле над другим учесником на тржишту. Уколико повезивањем учесника на тржишту не долази до преузимања контроле, онда такву трансакцију и не треба контролисати, а евентуално би се касније могла *ex post* вршити контрола понашања ових учесника применом правила о рестриктивним споразумима и злоупотреби доминантног положаја.

То значи да у праву ЕУ не постоји правна празнина која би захтевала овакву радикалну промену регулативе (којом би се обухватиле различите структурне везе између учесника на тржишту), а која се не би могла попунити широким тумачењем постојећих правила. Појам „контроле“ утврђен је довољно широко, тако да се њиме могу обухватити све ситуације у којима би стицање мањинског учешћа могло утицати на пословање другог учесника на тржишту. Уколико стечено учешће нема одлике „контролног“ учешћа, то значи да је утицај на пословање другог учесника толико мали да не завређује пажњу тела надлежног за заштиту конкуренције и да се таквим повезивањем вероватно не може угрозити конкуренција, с обзиром на то да се повезивањем стиче само мањинско власништво, које не омогућава „одлучујући“ утицај на другог учесника на тржишту.

Може се поставити и питање како би измене регулативе утицале на рад тела надлежних за заштиту конкуренције у земљама чланицама ЕУ и на њихов однос за Европском комисијом, као и на промену законодавства у земљама чланицама, будући да већина земаља утврђује појам „контроле“ и појам „концентрација“ по узору на право ЕУ и не предвиђа контролу стицања мањинског учешћа уколико се тиме не остварује контрола над другим учесником.

У том погледу се поставља питање како ће се измене одразити и на правила о концентрацијама у Републици Србији? Вероватно би у Србији поново биле извршене измене Закона о заштити конкуренције и постојећих подзаконских прописа, по угледу на промене регулативе ЕУ. Комисија за заштиту конкуренције би тиме била (пре)оптерећена контролом концентрација, а због смањења ресурса не би могла адекватно да се бави рестриктивним споразумима, који се сматрају највећим проблемом нарушавања конкуренције. На тај начин се *дугорочно* може нанети штета привреди Републике Србије, јер се проширењем домена контроле још више умањују подстицаји за мањинска улагања и правна сигурност.³¹

31 *Ibid.*, стр. 332-333. У домаћим академским радовима, већ се указује на негативне ефекте проширења домена контроле концентрација у Републици Србији, посебно

Ипак, ако се Европска комисија определи за измене регулативе, могли би се дати одређени предлози, који могу послужити и другим телима надлежним за заштиту конкуренције. Неке од могућих смерница су следеће:

- 1) Не би требало прихватити обавезну претходну пријаву концентрације (*ex ante* контролу структурних веза), будући да представља највећи терет за учеснике на тржишту и Комисију, односно тела надлежна за заштиту конкуренције, иако она уноси најмање неизвесности у пословање учесника на тржишту. Уколико се, међутим, предвиди овакво решење, пријава би требало да садржи минималан број података, што би важило и за добровољну пријаву, односно претходно обавештење о стеченом мањинском учешћу, уколико се таква могућност предвиди. То би значило да учесницима на тржишту треба дати право да могу да поднесу добровољну пријаву.
- 2) Требало би утврдити критеријуме „сигурне луке“ за оне трансакције које не би биле предмет контроле, мада остаје питање да ли тада утврдити квалитативне или квантитативне критеријуме. У сваком случају би се могло искључити повезивање учесника на неповезаним тржиштима, посебно учесника у конгломератским концентрацијама.
- 3) Могућност накнадне контроле (уколико она буде предвиђена) мора бити временски ограничена, тако да би се морала извршити само у предвиђеном року након реализовања трансакције. То значи да за стицање неконтролног мањинског учешћа не би требало да важи обавеза прекида спровођења. Осим тога, услови под којима би се накнадна контрола вршила морају бити јасни и прецизно утврђени, како би се у одређеној мери сачувала правна сигурност. Овакав предлог се чини оправданим и нужним, јер се накнадном контролом доводи у питање правна сигурност било којег мањинског улагања, с обзиром на то да концентрација може бити поништена након реализовања. Ипак, накнадна контрола се чини „мањим злом“ него *ex ante* контрола структурних веза,³² с обзиром на негативне ефекте *ex ante* контроле на друштвено благостање и на расипање ресурса због такве контроле. Накнадна контрола је у том погледу прихватљивије решење, упркос знатном умањењу правне сигурности.

на опасност умањења економске ефикасности и правне сигурности. Вид. *ibid.*, стр. 331–332.

32 *Ibid.*, стр. 331.

V Закључак

На основу досадашњег излагања може се закључити да би као оптимално, требало прихватити решење да Европска комисија ништа не мења у погледу прописа о контроли концентрација, јер се на тај начин неће умањити подстицаји за мањинска улагања и неће се додатно оптеретити Европска комисија, а сачуваће се правна сигурност. Ипак, остаје да се види да ли ће најављене измене прописа ЕУ о концентрацијама бити прихваћене, односно каква ће конкретна решења бити уколико измене буду уведене.

Постављена су бројна питања на које се чекају одговори (нпр. да ли омогућити добровољну пријаву, да ли предвидети суспензију, да ли контролом обухватити све врсте концентрација или изузети конгломератске концентрације, како утврдити критеријуме „сигурне луке“, односно критеријуме којима би се дефинисало неконтролно мањинско учешће и др.). Због тога се чини да потенцијални проблеми у вези са неконтролним мањинским учешћем нису довољни да оправдају уношење промена у систем контроле концентрација и проширење надлежности Европске комисије, па би било боље да се предложене измене не врше. Корист од најављене контроле могли би имати једино они учесници на тржишту који иначе желе и који су спремни да поднесу пријаву концентрације уколико нису сигурни да би она могла бити предмет контроле надлежних тела и да на тај начин добију потврду да могу да наставе са започетим улагањима.

Mag. Ivana RAKIĆ

Research Assistant at the Institute of Comparative Law, Belgrade

APPLICATION OF MERGER CONTROL RULES TO STRUCTURAL LINKS – A REVIEW OF EUROPEAN COMMISSION'S PROPOSAL

Summary

The article deals with the European Commission's controversial and radical proposal to change the EU Merger Regulation and extend its scope to the acquisition of non-controlling minority shareholdings (structural links). European Commission points out that structural links may in some cases lead to

anticompetitive effects, but current EU merger control rules do not enable the European Commission to review such capital transactions, because a minority shareholding which does not confer control falls outside the scope of the Merger Regulation.

The author gives short review of European Commission's proposals with aim to evaluate their impact on administrative burdens on European Commission and undertakings, on legal certainty and on merger control legislation of the Republic of Serbia. Whilst it may be that in very limited circumstances a structural link may give rise to anticompetitive effects, such proposals may result in a highly disproportionate regulatory burden and may introduce a greater legal uncertainty around investments in minority shareholdings. Considering the reasons why this is the case, which are explained in the article, the author concludes that the EU Merger Regulation should not be extended to structural link cases – the best answer to this proposal is to do nothing, i.e. not to accept it.

Key words: *structural links, non-controlling minority shareholdings, merger control, control of concentrations, competition law, EU.*

ПРАВО ОСИГУРАЊА

др *Нина ПЛАНОЈЕВИЋ*
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

НЕКА ПИТАЊА У ВЕЗИ ОСИГУРАЊА ОД ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТЕ ПО ЗДРАВЉЕ КЛИНИЧКИХ ИСПИТАНИКА^{*}

Резиме

Један од услова који мора испуњавати сваки субјекат на коме се у нашој држави сироводи клиничко испитивање је обавезно осигурање од штете по здравље, коју то испитивање може изазвати. Ову врсту осигурања аутор размајра кроз анализу регулативе следећих питања: шта је осигурани случај; каква је природа овог осигурања; ко су субјекти односа осигурања; трајање осигурања и одговорности за неизвршење ове обавезе. У закључном делу рада аутор предлаже начин на који би постојећа законска решења требало изменити и дојунити.

Кључне речи: *осигурање од одговорности, клиничко испитивање, испитаник.*

I Увод

Клиничка испитивања нових лекова на људима су претходна и незаобилазна фаза њихове будуће безбедне примене; па без њих нема ни напретка медицине, ни опстанка човечанства. Иако је њихов значај нео-

^{*} Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу „XXI век – век услуга и Услужног права“, бр. 179012, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

споран, клиничка испитивања¹ представљају ризик по здравље субјекта на коме се изводе; а бројни скандали² показали су и склоност спонзора и истраживача ка њиховој злоупотреби. Зато се последњих деценија и на међународном и на националним нивоима интензивно ради на регулисању положаја испитаника³ у циљу њихове што потпуније заштите. То се чини кроз прописивање детаљних правила за извођење клиничких испитивања и посебних услова које испитаници морају испуњавати за учешће у њима.

Један од таквих услова је и обавезно осигурање испитаника од штете по здравље изазване клиничким испитивањем, без чије испуњености извођење испитивања на њима није могуће. Регулатива овог услова домаћим прописима биће предмет наших анализа у даљем тексту. Разлог за овакав избор теме је најпре у чињеници да, с једне стране, број ових осигурања расте с бројем клиничких испитивања којих је и код нас из године у годину све више. С друге стране, регулатива овог вида обавезног осигурања није у складу са том тенденцијом, оскудна је, не даје прецизне одговоре на многа питања и захтева разматрање. Овој теми ни у правној теорији није поклањана већа пажња. Зато ће најважнији циљ наших анализа бити да извршимо процену у којој мери домаћи прописи о обавезном осигурању испитаника заиста и врше своју функцију заштите и поправљања положаја испитаника, захваљујући чијој хуманости и спремности да ризикују своје здравље користи има читаво друштво. Тему ћемо обрадити кроз следећа питања: шта је осигурани случај; каква је природа овог осигурања; ко су његови субјекти; трајање осигурања; каква је контрола испуњености ове законске обавезе и какве санкције сноси лице које је не изврши.

II Регулатива

У домаћем праву, а за разлику од права Европске уније оличеног у Директиви 2001/20/ЕС,⁴ осигурање испитаника од штете по здравље иза-

1 Хајрија Мујовић Зорнић, „Правни проблеми клиничког испитивања лекова“, *Правни животи*, бр. 9/1997.

2 О овој теми више: W. T. Rice, „The historical, ethical and legal background of human-subjects research“, *Respir Care*, бр. 10/2008, стр. 1325–1329.

3 Вид. Драгица Живојиновић, „Историјски развој и међународна регулатива клиничких испитивања која се изводе на људима“, *Зборник реферата са Међународној научној скупи на тему „Право и услуге“*, Крагујевац, 2012, стр. 677–697.

4 Према чл. 3 ст. 2 тач. ф Директиве 2001/20/ЕС, држава чланица може бирати да ли ће прописати осигурање испитаника или накнаду штете која покрива одговорност спонзора или истраживача. Наведена тачка Директиве гласи: „2. *A clinical trial*

зване клиничким испитивањем је законска обавеза. То сматрамо адекватним решењем, јер олакшава положај ових лица, која у испитивањима учествују као добровољци и по правилу без накнаде, за случај да се испитивање негативно одрази на њихово здравље. Обавезност осигурања предвиђе на је Законом о лековима и медицинским средствима⁵ (надаље: ЗЛМС), Смерницама добре клиничке праксе у клиничком испитивању⁶ (надаље: Смернице) и Правилником о садржају захтева, односно документације за одобрење клиничког испитивања лека и медицинског средства, као и начин спровођења клиничког испитивања лека и медицинског средства⁷ (надаље: Правилник); а узгредно и неким другим прописима из области медицинског права.⁸ Иако наведени прописи осигурању испитаника придају посебан значај, третирајући га као услов без кога он не може учествовати у испитивању, они га регулишу без много детаља, остављајући многа питања недоречена. Сва три прописа садрже готово исти текст,⁹ ограничен на уређивање основних питања у вези осигурања о коме је реч, а то су: дефинисање осигураног случаја, именовање уговарача осигурања и трајање осигурања – уз на знаку да се осигурање има извршити у складу са законом. То значи да на нерегулисана питања треба применити одредбе Закона о облигационим односима¹⁰ (надаље: ЗОО) које уређују уговор о осигурању. Имајући у виду одредбе ЗОО и наведених прописа у даљем тексту обрадићемо најважније питања односа осигурања о коме је реч.

may be undertaken only if, in particular...(f) provision has been made for insurance or indemnity to cover the liability of the investigator and sponsor.“

5 Сл. *иласник РС*, бр. 30/2010, 107/12. Вид. ЗЛМС, чл. 72–73.

6 Смернице добре клиничке праксе (*Guideline for Good Clinical Practice*) донете су на *International Conference on Harmonization of technical requirements for registration of pharmaceuticals for human use* 1997. Смернице добре клиничке праксе у клиничком испитивању које се примењују у Србији донео је министар здравља Републике Србије 2008 (Сл. *иласник РС*, бр. 28/2008). На њихову примену упућује чл. 59 ст. 6 Закона о лековима и медицинским средствима и оне заправо представљају превод текста *Guideline for Good Clinical Practice* из 1997. године на српски језик. Вид. Смернице, тач. 5.8.1.

7 Сл. *иласник РС*, бр. 64/11. Вид. Правилник, чл. 6 ст. 1 тач. 18.

8 То су Закон о здравственој заштити и Закон о правима пацијената.

9 Члан 72 ЗЛМС гласи: „Спонзор клиничког испитивања лека мора пре почетка клиничког испитивања лека да осигура лица која су подвргнута клиничком испитивању за случај настанка штете по здравље тих лица, а која је изазвана клиничким испитивањем лека, у складу са законом, као и да уговором одреди износ неопходних трошкова који припадају лицима која учествују у клиничком испитивању лека.“

10 Сл. *лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Сл. *лист СРЈ*, бр. 31/93, Сл. *лист СЦГ*, бр. 1/2003.

III Осигурани случај

Прво питање које се намеће у вези осигурања које разматрамо је: шта је ту осигурани случај? Осигурани случај, као догађај чијим наступањем долази до реализације ризика обухваћеног осигурањем, одређен је чл. 72 ЗЛМС као настанак штете по здравље испитаника, изазване клиничким испитивањем лека или медицинског средства. Штета по здравље дефинисана је затим у чл. 73 ст. 1 тач. 10 истог закона као *ћовреда или смрт* испитаника.

Из наведеног најпре произилази да је реч о штети која настаје у вези личних добара испитаника, а то су: живот, тело и здравље. Поред смрти, штета може бити последица и повреде испитаника, при чему законодавац, као што се може видети, не прецизира о каквој је повреди реч. Из тога се може закључити да осигурани случај представља штета која је последица *сваке ћовреде* испитаниковог тела, физичког или менталног здравља – независно од обима и врсте повреде. Према подацима из праксе, које наводе аутори¹¹ који су се бавили истраживањем овог питања, у уговорима о осигурању се као осигурани случај, међутим, обично наводе само смрт испитаника и *ћрајна ујроженост* његовог здравља – што није сасвим у складу са законским текстом из кога произилази да би осигурани случај требало да буде шире одређен: као штета која је последица *сваке* повреде испитаника. Исти аутор примећује да се као осигурани случај често наводе штете по здравље које се у клиничким испитивањима ређе догађају, а изостављају или искључују оне које се дешавају чешће – што шкоди интересима испитаника. Због мање вероватноће да се осигурани случај догоди фаворизују се интереси осигуравача и уговарача осигурања, тј. профитабилне фармацеутске индустрије, што је неприхватљиво. Зато се констатује¹² да би требало успоставити озбиљнију контролу садржине уговора о којима је реч од стране субјеката који одобравају извођење испитивања – пре свега Агенције за лекове и медицинска средства¹³ и етичких одбора,¹⁴ као и одговарајућих инспекција – са чим се морамо сложити, јер се на наведени начин, као што се види, заиста умањују права испитаника која им за-

11 Подаци преузети од Драгана Малетић, „Осигурање лица која учествују у медицинским огледима“, *Токови осигурања*, бр. 4/2007, стр. 30–31.

12 Д. Малетић, *нав. дело*, стр. 30.

13 О улози овог тела: Хајрија Мујовић Зорнић, М. Миленковић, „Правни аспекти рада Агенције за лекове и медицинска средства и значај за сигурност лекова“, *Правни живои*, бр. 9/2012, стр. 409–432.

14 О улози овог тела: Весна Клајн Татић, „Комитети за етику који оцењују истраживања на људима са биомедицинског, етичког и правног становишта“, *Правни живои*, бр. 9/2011, стр. 373–390.

кон гарантује. То значи да за одобравање испитивања не би требало да буде довољан формалан доказ да је осигурање извршено, већ се морају размотрити садржина и услови осигурања, па ако они нису у складу са законом испитивања не би требало одобрити. Иако одређени аутори,¹⁵ а на основу поређења услова под којима ово осигурање врше неки домаћи и неки од познатијих осигураваача у свету, изводе закључак да су ти услови у Србији можда и повољнији по испитаника – ми то сматрамо позитивним, али не и довољним, јер ма колико услови осигурања у Србији били бољи од услова у свету, они нису прихватљиви ако нису у складу са законом прописаним критеријумима.

Следеће својство које штета по ЗЛМС мора имати је да је *изазвана клиничким испитивањем* лека или медицинског средства.¹⁶ Наведена формулација може бити схваћена на више начина. У ширем смислу, она може значити да је осигурани случај свака штета по здравље испитаника која је последица његовог учешћа у клиничком испитивању (и која је у складу са теоријом адекватне узрочности), па би то нпр. могла бити смрт испитаника изазвана инфарктом услед узбуђења и стреса због учешћа у испитивању, његовог исхода или очекивања непријатности начина на који ће лек или медицинско средство бити примењени, а не дејством испитиваног лека или болести коју има. Ова штета није последица примене новог лека, али јесте изазвана клиничким испитивањем. У ужем смислу, осигурани случај би се могао схватити као штета по здравље која је последица искључиво примене и дејства испитиваног лека. Суштински, обе штете су *изазване* испитивањем, што је израз који користи законодавац и који се, пошто није прецизиран, можда мора схватити на први изложени начин, дакле у ширем смислу. Што се тиче питања да ли су по оба схватања штете адекватне клиничком испитивању као узроку,¹⁷ чини се да би одговор могао бити позитиван. Наиме, и евентуално негативно дејство примењеног лека; али и сама свест испитаника да ће се лек први пут на њему применити и да је неизвесно да ли ће му помоћи или нашкодити – што код њега ствара напетост, бригу и страх – могу подједнако бити узрок оштећења његовог здравља. Можда препознајући проблем о коме је реч, неки аутори¹⁸ предлажу да

15 Бојан Јовановић, „Осигурање од одговорности за штете настале из клиничких испитивања лекова и медицинских средстава у појединим земљама и Србији“, *Зборник радова савештовања Иззови усклађивања права осигурања Србије са европским (ЕУ) правом осигурања*, Палић, 2012, стр. 313–318.

16 Неда Ивовић, „Одговорност болнице за штету нанијету пацијенту услед недостатка медицинског средства“, *Правни животи*, бр. 9/2007, стр. 365–375.

17 О томе више вид. Јаков Радишић, *Облигационо право – општи гео*, Београд, 1982, стр. 188–189.

18 Б. Јовановић, *нав. дело*, стр. 318.

се ЗЛМС допуни или донесе посебна уредба којом би, поред осталог, биле прецизније наведене штете по здравље које треба да покрива ово осигурање, са чим се слажемо. Наиме, иако је најчешће етички одбор здравствене установе тај коме се поверава задатак¹⁹ да утврди да ли је штета по здравље испитаника изазвана конкретним испитивањем или не – наведеним прецизирањима би била постигнута већа правна сигурност, а задатак етичких одбора олакшан.

Оно што је на основу садашње формулације законског текста сасвим извесно је да ако је штета по здравље наступила током клиничких испитивања, али као последица неког другог узрока, нпр. постојеће болести испитаника коју испитивање ни на који начин није искомпликовало или изазвало – не може се узети да је осигурани случај наступио.²⁰ Иначе, сматрамо да штета по здравље испитаника изазвана клиничким испитивањем, како год је схватили, испуњава све у чл. 898 ЗОО прописане услове да може бити осигурани случај: то је догађај који је у моменту закључења уговора о осигурању будућа, неизвесна околност, независна од искључиве воље уговарача.

IV Природа осигурања

Следеће питање од кога зависи одговор на многа друга питања у вези ове теме, а пре свега положај субјеката осигурања је: каква је природа осигурања испитаника од штете по здравље изазване клиничким испитивањем? Имајући у виду формулацију законског текста у коме се користи израз „осигурање испитаника“, на први поглед се може учинити да је осигураник испитаник, а да је уговарач осигурања други субјекат, који организује спровођење испитивања; па да је у складу са тим у питању уговор о осигурању од несрећног случаја или о осигурању живота трећег лица (испитаника) из чл. 946 ЗОО. На основу пажљивијег разматрања околности осигурања о коме је реч, долази се до закључка да се овде ипак ради о другој врсти осигурања и да је у питању уговор о осигурању од одговорности за штету коју евентуално претрпи испитаник из чл. 940–941 ЗОО. О томе ко је субјекат који се осигурава од одговорности биће речи у наредном поглављу рада. У теорији²¹ се наглашава да овај уговор треба разликовати од осигурања од профе-

19 Податак преузет од Д. Малетић, *нав. дело*, стр. 27.

20 На такав начин размишљају и други аутори, али сматрају да би ипак добро било да саставни део уговора о осигурању буде и одредба у којој ће бити наведено да штета у виду погоршања здравља услед редовног тока испитаникове болести, до чега би дошло и да он није учествовао у клиничком испитивању, не спада међу ризике које осигурање покрива. Више о томе вид. Б. Јовановић, *нав. дело*, стр. 318.

21 О овој теми вид. Б. Јовановић, *нав. дело*, стр. 309–311.

сионалне одговорности испитаниковог лекара (ако је он истовремено и истраживач у клиничком испитивању); као и од осигурања од одговорности за употребу производа, када је предмет испитивања медицинско средство, а не лек.

Наведени закључак о врсти овог уговора потврђује и чињеница да по ЗЛМС свако лице у улози испитаника мора бити осигурано пре укључивања у испитивања, али да то не би било могуће учинити за сваког испитаника путем уговора о осигурању од несрећног случаја или о осигурању живота трећег лица. Наиме, према одредбама ЗОО²² осигурање за случај смрти трећег лица које је млађе од 14 година или је пословно неспособно је ништаво. То даље значи да ова лица не би могла да буду испитаници, што је неприхватљиво, јер постоје испитивања која се могу изводити само на њима. Ако, пак, овај уговор има природу уговора о осигурању од одговорности – сваки, па и малолетан²³ и пословно неспособан²⁴ испитаник би могао да потражује суму осигурања у циљу обештећења ако се горе описани осигурани случај догоди, па би императивне одредбе оба закона биле испоштоване: и она из ЗЛМС о обавезном осигурању сваког испитаника и она из ЗОО о ништавости одређених осигурања. Исто мишљење у вези правне природе овог уговора имају и други правни писци,²⁵ уз коментар да би његови битни елементи у интересу испитаника морали да буду императивно и прецизно одређени, јер је садашња регулатива недовољна – са чим се морамо сложити. Као што смо нагласили, то би посебно требало да се односи на прецизније дефинисање осигураног случаја, али и минималне суме осигурања, о чему сада у ЗЛМС нема одредби и што је препуштено споразуму осигуравача и уговарача осигурања.

За права и обавезе уговарача важе све одредбе ЗОО, које су заједничке за уговоре о осигурању имовине и лица; као и одредбе које се тичу осигурања од одговорности. При том се слажемо са општим мишљењем²⁶ да је регулатива осигурања од одговорности из ЗОО недовољна и да би је будућим грађанским закоником требало допуни-

22 Видети ЗОО, чл. 947.

23 О малолетницима у улози испитаника више вид. Нина Планојевић, Драгица Живојиновић, „Clinical Research Involving Minors in International and Serbian Regulations“, *Iranian Journal of Public Health*, vol. 42, бр. 7/2013, стр. 652–664.

24 О пословно неспособним лицима у улози испитаника више вид. Драгица Живојиновић, „Заштита вулнерабилних субјеката клиничких испитивања у Декларацији из Хелсинкија“, у: М. Мићовић (ур.), *Зборник реферата са Међународној научној скупи „Услужно право“*, Крагујевац, 2013, стр. 681–697.

25 Б. Јовановић, *нав. дело*, стр. 318; Д. Малетић, *нав. дело*, стр. 29.

26 То се посебно односи на моменат наступања осигураног случаја. О томе више вид. Предраг Шулејић, „Осигурање од одговорности у новом Грађанском закоником Србије“, *Осигурање у ЦЕФТА региону*, Златибор, 2010, стр. 27–39.

ти – што би било врло значајно и за осигурање о коме је реч, јер га ни ЗЛМС ни ЗОО, на чије одредбе ЗЛМС упућује, не регулишу у потпуности. За осигуравача је иначе посебно значајна обавеза уговарача осигурања на пријављивање околности од значаја за оцену ризика и обавештење о промени ризика. Као битни фактори за оцену ризика код овог осигурања у правној теорији²⁷ се наводе: фаза клиничког испитивања, при чему се у каснијим фазама ризик смањује; број испитаника и центара испитивања; ко су испитаници, при чему је ризик већи када су то тзв. вулнерабилне,²⁸ посебно осетљиве категорије лица (деца, труднице, старији...); број ранијих испитивања са сличним предметом²⁹ итд.

V Субјекти осигурања

Код уговора о осигурању од одговорности за штете нанете трећем лицу може се говорити о три субјекта: уговарачу осигурања, који је истовремено и осигураник, осигуравачу и трећем оштећеном лицу. То важи и за осигурање које разматрамо, при чему највише дилема изазива начин на који је у прописима одређен осигураник – уговарач осигурања.

1. Осигураник

На питање ко је осигураник код овог уговора није лако одговорити. Наиме, сваки од прописа који регулише област клиничких испитивања за осигураника именује друго лице. По ЗЛМС то је спонзор;³⁰ по Смерницама предлагач испитивања;³¹ а по Закону о здравственој заштити³² (надаље: ЗЗЗ) и Закону о правима пацијената³³ (надаље: ЗПП) здравствена установа у којој се оглед/истраживање изводи. У даљем тексту покушаћемо да утврдимо ко од наведених лица треба да закључи уговор о осигурању, што је за праксу од пресудног значаја и одакле несагласност наведених прописа. Поћи ћемо од несагласности између одредби ЗЛМС и Смерница.

27 Б. Јовановић, *нав. дело*, стр. 307–308.

28 R. Macklin, „Bioethics, vulnerability and protection“, *Bioethics*, бр. 5–6/2003, стр. 472–486.

29 О томе више вид. Нина Планојевић, „Предмет клиничког испитивања“, *Правни живоиш*, бр. 9/2013, стр. 373–390.

30 Вид. ЗЛМС, чл. 72.

31 Вид. Смерница, тач. 5.8.1.

32 *Сл. гласник РС*, бр. 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11.

33 *Сл. гласник РС*, бр. 45/2013.

Ако пажљиво анализирамо текст Смерница,³⁴ уочићемо да се у њима у више тачака користе оба термина – и предлагач испитивања и спонзор – али да није јасно да ли су то исти или различити субјекти. Наиме, у делу Смерница који дефинише употребљене изразе, термин „спонзор јесте“;³⁵ али израз „предлагач испитивања“ није дефинисан. Неке тачке Смерница нас наводе на закључак да су то иста лица, а друге да није тако. На први закључак нас наводе тачке³⁶ према којима предлагач испитивања има бројне задатке који се подударaju са задацима спонзора: он склапа уговор са уговорном истраживачком организацијом – што по ЗЛМС чини спонзор; он је тај који мора имати позитивну одлуку етичког одбора о протоколу и другим документима испитивања; он етичком одбору прилаже копију брошуре за истраживача и прослеђује током испитивања сва документа која су подложна изменама итд. Али, тачка 4.5.1. Смерница нас упућује на супротан закључак. Према овој тачки, *предлагач сироводи* испитивање у складу са протоколом који је *одобрио спонзор* и остали надлежни субјекти, па у том смислу ова два субјекта потписују протокол или уговор ради потврде договора. Тако, ипак, остаје нејасно ко је заправо предлагач испитивања: спонзор или неки трећи субјекат?

Решење ове дилеме смо пронашли у чл. 52 претходног Закона о лековима и медицинским средствима из 2004.³⁷ За разлику од садашњег закона и Смерница, поменути члан закона из 2004. користи израз „предлагач испитивања“ и одређује лица која могу имати ту улогу. То су: произвођач лека, спонзор или истраживач. Пошто су Смернице донете на основу закона из 2004. године, оне овај израз користе као већ познат, законом из 2004. године дефинисан, па га саме не дефинишу. С обзиром на то да ЗЛМС, донет 2010, поред термина „спонзор“ не користи и не дефинише израз о коме је реч, а текст Смерница у међувремену није мењан – то је разлог због кога је дошло до нејасноће око питања ко је субјекат кога Смернице називају предлагачем испитивања, па самим тим и до нејасноће око тога ко је субјекат који по Смерницама има обавезу осигурања. Да у пракси не би било недоумица, израз предлагач испитивања би требало избрисати из Смерница, у којима сада само ствара непотребну конфузију.

34 О правном значају Смерница вид. Хајрија Мујовић Зорнић, „Правни значај водича праксе у медицини и одговорност“, *Правни живоић*, бр. 9/2005, стр. 435 и др.

35 Спонзор је појединац или правно лице, које преузима одговорност за започињање, спровођење и финансирање испитивања. Видети чл. 2, ст. 1, т. 20 и 71 ЗЛМС и т. 1.53 и 1.54 Смерница.

36 Вид. Смерница, тач. 1.20, 4.4.1–4.4.3.

37 *Сл. гласник РС*, бр. 84/04, 85/05, 36/09.

Пошто смо утврдили разлог несагласности текста ЗЛМС, који осигураника назива спонзором; и текста Смерница, који осигураника назива предлагачем испитивања, поставља се питање како ту несагласност решити и утврдити ко је заправо уговарач осигурања: само спонзор, ко год био у тој улози, што предвиђа ЗЛМС; или то могу бити спонзор, произвођач лека или истраживач, односно лица која су се по закону из 2004. године сматрала предлагачима испитивања и на основу кога су Смернице донете? Пошто према сада важећем закону спровођење испитивања може предложити само једно лице, његов спонзор, а не као по закону из 2004. и спонзор и произвођач лека и истраживач – то значи да израз предлагач испитивања који користе Смернице, али га не дефинишу треба схватити управо на начин на који га уређује ЗЛМС, тј. као спонзора испитивања. То даље значи да независно од различите терминологије коју ЗЛМС и Смернице за уговарача осигурања користе то лице је увек спонзор. Ко све може бити у улози спонзора³⁸ је засебно питање, прописима детаљно регулисано и није од значаја за тему нашег рада. У улози спонзора ће често и бити неко од лица која је ранији закон из 2004. године одређивао као предлагаче испитивања, али је битно да она у испитивањима по ЗЛМС увек морају имати и улогу спонзора, без обзира да ли им је то једина улога или поред ње имају још неке улоге у испитивању (нпр. истовремено су и произвођачи лека). Алтернативно именовање осигураника као предлагача испитивања који може бити спонзор, произвођач или истраживач у контексту о коме говоримо из много разлога није добро, па решење ЗЛМС да то увек буде спонзор (ко год да је у тој улози), који између осталог и финансира испитивања, сматрамо најбољим.

Решење наведене дилеме није и крај проблема у вези питања ко је уговарач осигурања у овом контексту. По ЗЛМС, али и Смерницама, као што смо објаснили, то је спонзор; али по 333 и ЗПП то је здравствена установа у којој се медицински оглед/истраживање изводи. Без обзира на то што и клиничко испитивање представља врсту медицинских огледа,³⁹ ову несагласност по нашем мишљењу треба решити у корист одредби ЗЛМС, јер је он *lex specialis* у односу на 333 и ЗПП.⁴⁰ Зато би

38 О томе више вид. Нина Планојевић, „Правни положај спонзора клиничких испитивања у српским прописима и Директиви 2001/20/ЕС“, у: Божин Влашковић (ур.), *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*, књ. 1, Крагујевац, 2013, стр. 225–248.

39 То произилази из 333, чл. 38 и ЗПП, чл. 25.

40 И по мишљењу других аутора уговарач овог осигурања код клиничких испитивања увек треба да буде спонзор; док би код других врста медицинских огледа то могла бити здравствена установа, уз констатацију да и тада осигурање често уговара спонзор. О томе више вид. Д. Малетић, *нав. дело*, стр. 27 и 30.

коначно решење неусклађености наведених прописа и питања ко је од више именованих субјеката уговарач осигурања требало да буде: то је увек спонзор испитивања, а не здравствена установа или неки трећи субјекат. Од коликог је значаја за праксу решење овог питања и какве недоумица оно ствара јасно је, па наведене прописе треба што пре прецизирати и ускладити.

2. Осигуравач

Уговор о осигурању од одговорности спонзор може закључити са било којим осигуравачем, који пружа такву услугу у складу са одговарајућим прописима.⁴¹ Осигуравач и код овог осигурања има сва ЗОО предвиђена права и обавезе, с тим што неки аутори сматрају да посебну регулативу у овом контексту захтева питање приговора⁴² које он може истаћи оштећеном лицу, дејства понуде за закључење уговора, као и момента наступања обавезе осигуравача – са чим се слажемо. Битно је, такође, да осигуравач и осигураник не праве неетичке уговоре, како би се задовољила форма и спонзор добио дозволу за извођење испитивања, а којима се суштински не води довољно рачуна о интересима испитаника (на шта осигуравача обавезује и чл. 22 Закона о осигурању). Спонзор мора осигуравачу упутити понуду чија је садржина у погледу свих елемената, а посебно осигураног случаја у складу са ЗЛМС; а осигуравачи морају своје пословање прилагодити законским захтевима и ово осигурање пружити под реалним условима. У погледу контроле садржине ових уговора би, поред горе поменутих тела, значајну улогу могла имати и Народна банка (у складу са чл. 144 Закона о осигурању).

3. Треће оштећено лице је испитаник

Ако се догоди осигурани случај његов положај је знатно бољи у односу на ситуацију када овог осигурања не би било и када би оно зависило од воље спонзора, па морамо констатовати да се у домаћем праву води рачуна о заштити испитаника. Прво, испитаник има право да износ накнаде штете потражује непосредно од осигуравача до износа његове обавезе, али му мора поставити захтев у том смислу. То је за испитаника повољно, јер је осигуравач субјекат који је практично увек солвентан. Од дана када се догодио осигурани случај, оштећено лице –

41 Вид. Закон о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 61/2005, 85/2005, 101/2007, 63/2009, 107/2009, 99/2011, 119/2012 и 116/2013), чл. 3, 14 и 23.

42 Б. Јовановић, *нав. дело*, стр. 318. Слично за сва обавезна осигурања вид. П. Шулејић, *нав. дело*, стр. 38.

испитаник има сопствено право на накнаду из осигурања, па је свака каснија промена у правима осигураника према осигуравачу без утицаја на његово право. За ненамирени део износа накнаде испитаник се може обратити спонзору, који за ове штете одговара без обзира на кривицу.⁴³ Друго, испитаник задржава право и да накнаду штете потражује од спонзора, који је са осигуравачем солидарни дужник, тј. може бирати коме ће се од наведених субјеката обратити; а може захтев упутити и једном и другом. Наравно, ако пуну накнаду добије од једног, он је не може наплатити и од другог субјекта. Пошто законодавац за осигурани случај користи најшири тремин, штета по здравље, мишљења смо да испитаник има право на накнаду сваког облика штете коју претрпи,⁴⁴ како материјалне тако и нематеријалне;⁴⁵ како стварне штете тако и измакле добити. Право на накнаду могу имати и испитаникови наследници⁴⁶ за случај његове смрти изазване клиничким испитивањем.

VI Трајање осигурања

Једно од питања у вези уговора о осигурању чија регулатива није препуштена уговорним странама је време када спонзор мора да изврши осигурање од одговорности и трајање осигурања. ЗЛМС и Смернице⁴⁷ одређује моменат извршења обавезе осигурања, а Правилник период трајање осигурања.⁴⁸ Моменат закључења уговора мора бити пре почетка испитивања, што сматрамо адекватним решењем којим су интереси испитаника заштићени. Период који треба да буде покривен осигурањем је означен као период у коме се испитивање спроводи. То значи да овај период почиње са отпочињањем испитивања, што је тренутак за који се зна када наступа, али се тачан тренутак завршетка испитивања, која по правилу трају више година, не може увек унапред знати. Наиме, иако главни истраживач⁴⁹ одређује датум почетка и завршетка испитивања у договору са спонзором, оно се непланирано може окончати и раније и касније од предвиђеног термина (нпр. услед одлагања). Кашњење са завршетком испитивања може бити проблем када је уговор о осигурању

43 Вид. 333, чл. 38 и ЗПП, чл. 25.

44 Правилник о раду етичког одбора Клиничког центра Србије нпр. предвиђа да ће се испитаницима, у циљу олакшања њиховог положаја, накнаде претрпљених штета исплаћивати без вођења парнице ради утврђивања узрочне везе штете са испитивањем. Више о томе вид. Д. Малетић, *нав. дело*, стр. 28.

45 Исто мишљење вид. Б. Јовановић, *нав. дело*, стр. 317.

46 Вид. Б. Јовановић, *нав. дело*, стр. 306.

47 Вид. Смернице, тач. 5.8.1 и ЗЛМС, чл. 72.

48 Вид. Правилник, чл. 6 ст. 1 тач. 18.

49 Вид. Правилник, чл. 34 ст. 1 тач. 1.

закључен на одређено време, у складу са планираним термином окончања испитивања, јер се испитивање у тој ситуацији завршава након истека осигурања.

Решење Правилника, које се ограничава само на прописивање да осигурање треба да важи за период спровођења испитивања сматрамо и непотпуним. Наиме, искуство показује да се штете по здравље испитаника изазване управо клиничким испитивањем понекад догађају и после његовог завршетка, што значи након престанка важности осигурања – што се не може предвидети. Испитивања се, између осталог, и изводе да би се утврдила и тренутна и каснија, и позитивна и негативна дејства лека. Зато би решење Правилника требало допунити и прописати да осигуравач није у обавези само ако је осигурани случај настао за време важности осигурања, тј. у периоду спровођења испитивања; већ и када су штете по здравље узроковане испитивањем или штетне последице, узрочно повезане са осигураним случајем, наступиле после престанка уговора о осигурању (што је и једна од алтернатива предложених за регулативу осигурања од одговорности у новом грађанском закону). Неки аутори⁵⁰ предлажу да одговорност осигуравача законом буде ограничена на одређени временски период након истека осигурања, који би требало да износи годину дана. По нашем мишљењу, у зависности од својстава конкретнoг лека, могао би бити уговорен и дужи период од овог, који би требало да буде само законски минимум.

VII Контрола испуњености обавезе осигурања и могући облици одговорности због неизвршења

Законодавац обезбеђује вишеструку контролу испуњености обавезе осигурања о коме је реч: доказ о томе је услов за добијање дозволе за спровођење испитивања од стране Агенције,⁵¹ као и документ који етички одбор разматра пре доношења одлуке о одобравању испитивања.⁵² Податак о осигурању чини и садржину протокола испитивања,⁵³ па су и истраживачи и други субјекти који разматрају протокол заправо „контролори“ испуњености ове обавезе. На основу изнетог, мишљења смо да је контрола реализације обавезе овог осигурања адекватно уређена: прво, због чињенице да припада већем броју субјеката, па је тешко не уочити ако она није испуњена; и друго, зато што припада субјектима који одлучују о одобравању испитивања – што је условљено доказом

50 Б. Јовановић, *нав. дело*, стр. 319.

51 Вид. Правилник, чл. 6 ст. 1 тач. 18.

52 Вид. ЗЛМС, чл. 73.

53 Вид. Правилник, чл. 9 ст. 1 тач. 14.

о осигурању. То значи да се тешко може догодити да испитивање буде реализовано без осигурања спонзора од одговорности.

Ако се ипак догоди да спонзор испитивања не изврши обавезу осигурања (или да то не учини у складу са законом), независно од тога да ли је испитаник претрпео неку штету по здравље или не – његова одговорност може бити привреднопреступна, кривична и грађанскоправна. Прва два облика одговорности не могу бити реализована кумулативно, док је грађанскоправна одговорност могућа кумулативно са неким од прва два облика одговорности или самостално. Први облик одговорности предвиђен је ЗЛМС, други Кривичним закоником⁵⁴ (надаље: КЗ), а на трећи се примењују одредбе ЗОО.

Ако спонзор испитивања који је *правно лице* не изврши обавезу осигурања, биће одговоран за *привредни преступ* и новчано кажњен у складу са чл. 218 ст. 1 тач. 11 ЗЛМС (као и одговорно лице у правном лицу). Висину предвиђене новчане казне сматрамо адекватном за домаће услове.⁵⁵ За спонзора који је *физичко лице* ЗЛМС, међутим, не предвиђа прекршајну одговорност у тој ситуацији, што сматрамо пропустом. Можда је разлог за то и чињеница да је спонзор испитивања у пракси по правилу правно лице.

Кривична одговорност спонзора могућа је независно од тога да ли је он физичко или правно лице⁵⁶ и то, по нашем мишљењу, за кривично дело „противправно вршење медицинских експеримената и испитивања лека“ из чл. 252 КЗ, јер је реч о извођењу испитивања противно прописима – који налажу обавезно осигурање. То даље значи да ће спонзор који је физичко лице за неизвршење обавезе осигурања моћи да одговара само кривично; а спонзор који је правно лице привреднопреступно или кривично, зависно од околности. Ако упоредимо износе новчаних казни које се могу изрећи спонзору који је правно лице за кривично дело⁵⁷ и за привредни преступ,⁵⁸ видећемо да је новчана казна за кривично дело у свом минималном износу виша од минималне новчане казне за привредни преступ; а максимални износи ових казни су исти. У кривичном поступку, међутим, спонзору може бити изречена и казна престанка правног лица, као и условна осуда или нека од мера безбедности.⁵⁹ Он чак може бити и ослобођен од

54 *Сл. гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09.

55 Тај износ је од 800.000 до 2.000.000 дин. (ЗЛМС, чл. 218 ст. 1).

56 За правна лица кривична одговорност је могућа у складу са Законом о одговорности правних лица за кривична дела (*Сл. гласник РС*, бр. 97/2008).

57 Тај износ је од 1.000.000 до 2.000.000 дин. (Закон о одговорности правних лица за кривична дела, чл. 14 ст. 3 тач. 2 у вези КЗ, чл. 252 ст. 3).

58 Тај износ је од 800.000 до 2.000.000 дин. (ЗЛМС, чл. 218 ст. 1).

59 Вид. Закон о одговорности правних лица за кривична дела, чл. 18, 20 и 23.

казне⁶⁰ ако пријави кривично дело пре него што је сазнао за покретање кривичног поступка или добровољно и без одлагања отклони настале штетне последице. То значи да су кривичне санкције више „изнијансиране“, па се у већој мери могу прилагодити околностима конкретног случаја, него привреднопреступна санкција. Остаје да се види који ће од ових облика одговорности спонзора који није извршио осигурање у пракси бити чешћи.

Спонзор који није извршио обавезу осигурања може одговарати и *грађанској* правно. Он ће, свакако, бити обавезан на накнаду штете по здравље, као и других штета које је испитаник претрпео услед клиничког испитивања. Али, мишљења смо да ће он грађанскоправно ређе одговарати *зато што је прекршио законску обавезу на осигурање*, јер испитаник због самог непоштовања те обавезе обично неће трпети штету.

VIII Закључак

На основу изнетог можемо закључити да су у домаћем праву, захваљујући обавези спонзора на осигурање од одговорности за штете по здравље учесника клиничких испитивања, ова лица у знатно повољнијем положају него у државама у којима је то осигурање добровољно. Ипак, регулатива овог вида обавезног осигурања има и одређене недостатке на које је у раду указано, који би се изменама и допуном постојећих прописа могли отклонити. На првом месту требало би прецизније дефинисати штете по здравље испитаника које представљају осигурани случај, како би се искључила могућност различитог тумачења постојећих законских одредби и умањивања права испитаника у пракси. Такође би требало ускладити решења и терминологију Смерница и ЗЛМС, као и других прописа из области клиничких испитивања, како би се отклониле недоумице око питања ко је субјекат који треба да има својство уговарача овог осигурања. Законом би требало прописати минималну суму осигурања, прецизније уредити питање осигуравачевих приговора и моменат наступања осигураног случаја. Посебно је важно предвидети да осигуравач није у обавези само ако је осигурани случај настао за време важности осигурања, тј. у периоду спровођења испитивања; већ и када су штете по здравље узроковане испитивањем или штетне последице, узрочно повезане са осигураним случајем, наступиле после престанка уговора о осигурању, а можда прописати и минимални рок те обавезе. Коначно, све одредбе о овом осигурању требало би да се нађу на једном месту – у оквиру закона који уређује област клиничких испитивања.

60 Вид. Закон о одговорности правних лица за кривична дела, чл. 19.

Nina PLANOJEVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac

SOME ISSUES REGARDING INSURANCE FROM RESPONSIBILITY FOR DAMAGE AGAINST HEALTH OF CLINICAL RESEARCH SUBJECTS

Summary

One of the terms to be fulfilled by each subject, on whom (in our country) clinical research is conducted, is mandatory insurance from damage against health that may be caused by the research. This sort of insurance is elaborated by the author through analysis of regulation of following issues: what is an insured case; what is the legal nature of insurance contracts; what is the duration of insurance and responsibility if insurance obligation is not fulfilled. In the concluding part of the paper, the author proposes method to amend and supplement existing legal regulations.

Key words: *insurance from responsibility, clinical research, research subject.*

др *Предраг* ДЕДЕИЋ
ванредни професор на Београдској банкарској академији
Универзитета Унион

др *Гордана* ГАСМИ
виши научни сарадник у Институту за упоредно право, Београд
ванредни професор на Универзитету Сингидунум

НАДЗОР У ОСИГУРАЊУ И РЕЛЕВАНТНИ МОДЕЛИ У ЕУ

Резиме

Рад садржи резултате анализе битних елемената од којих се састоји модерно организована функција надзора у осигурању. Аутори полазе од прецизно одређења циљева којима тежи надзорни орган, поштом дају карактеристике тог органа и анализирају основне облике надзорне активности. У раду се посебно истиче постојање директног односа између промена на финансијским тржиштима и промена у структурама и процесима надзорних тела. Аутори тврде да су управо тржишне промене (интеграција финансијских тржишта у европском простору, преузимање пословне активности банака и друштва за осигурање, конкуренција међу њима, брже друштва у финансијском сектору и сл.) условиле промене (или захтев за променама) правноинституционалног оквира надзора. Истакнуто су те промене и релевантни узроци. Приказана су три модела надзора, институционални, функционални и интегрисани и издати аргументи који последњи наведен чине све прихватљивијим међу експертима.

Кључне речи: осигурање, надзор у осигурању, корпоративно управљање.

I Увод

Осигурање као значајан стуб финансијских тржишта захтева континуирани мониторинг који би требало да обезбеди сигурно пословање друштва за осигурање, висок степен заштите корисника осигурања и слободну тржишну утакмицу на овом сегменту тржишта, свакако у мери у којој је та слобода могућа у модерним привредама. Ефикасан надзор¹ у сектору осигурања даје свој интегрални допринос целокупном систему надзора (над банкарским сектором, тржиштем капитала и др.) и тиме потпомаже остварење веома важног циља остварења стабилности финансијског система једне земље и шире.

Значај надзора у осигурању је у директној вези са значајем делатности осигурања. Уколико суштинско обележје ове привредне гране разумемо као суптилан механизам који штити појединце и привредне субјекте од негативних последица по имовину и личност, а који могу настати услед деловања природних сила или људског фактора, онда није тешко видети сву ширину позитивног деловања адекватно постављеног система осигурања. Лако је видети и негативне последице које лоше функционисање овог сектора и злоупотребе унутар њега могу изазвати на тржишту и у целокупној привреди. Свакодневни живот, а посебно привредна активност, испуњен је ризицима, а тај ризик укључује и деловање оног чија је примарна делатност заштита других од ризика, а то су управо друштва за осигурање. То је уједно разлог да се у фокусу овог рада нађе механизам надзора који би требало да обезбеди да осигурање своје улогу и оствари.²

Адекватан надзор представља добро организована два нивоа. Први је интерни и он се успоставља и прати на нивоу друштва за осигурање, где му је задатак да обезбеди законито, поштено, сигурно и одрживо пословање, што је у интересу власника капитала и свих других носилаца интереса укључујући и најширу заједницу.³ Други ниво надзора је екстерни и њега обавља најчешће посебно тело у јавном интересу, односно ради заштите јавног добра.⁴ Овако одређен систем надзора

1 Разматрање неког система надзора свакако захтева претходно дефинисање надзора, те у том смислу може послужити следећа дефиниција: „делатност утврђивања да ли је одређено понашање у складу с нормама које га регулишу и примењивање санкција ако није у складу.“ Вид. *Правна енциклопедија*, Београд, 1985, стр. 854.

2 Најважније функције осигурања чине заштита имовине, социјална функција, финансијска функција. Вид. Веселин Авдаловић, *Осигурање*, Београд, 2007, стр. 5.

3 Посебно значајно место у том систему заузима интерна ревизија и њена улога у идентификовању ризика којима је друштво за осигурање изложено. Вид. Милутин Ђировић, *Финансијска тржишта: инструменти, инструменти, технологије*, Београд, 2007, стр. 231.

4 Код нас је та функција поверена Народној банци Србије.

у сектору осигурања свакако зависи од свеукупног деловања фактора правне државе, односно њених превентивних и репресивних механизма који успостављају правила на тржишту, а неопходни су за остварење свих нивоа извршења прописаних правила у сектору осигурања. Целовитост посматрања феномена надзора не би смела да изостави деловање политичког фактора. Синергија свих ових нивоа деловања утиче позитивно или негативно на квалитет осигурања, односно на кључни фактор, а то је поверење корисника услуга и улагача. Без тог поверења нема привредне активности, а посебно не инвестиционе на финансијским тржиштима.

II *Panta rei*

Финансијска тржишта не мирују. Процес дерегулације и глобализације снажно је захватио и тај сектор и довео до значајних промена у активности субјеката, а следствено томе до промена (или бар до захтева за променама) у систему надзора у сектору осигурања. Једна од крупних тржишних промена је и та да је дошло до приближавања два традиционално раздвојена сектора банкарства и осигурања,⁵ а тиме и до конкурентности између банака и друштава за осигурање⁶ (наравно у њиховом приближавању лежи и потенцијал сарадње-примера ради кога банке послују као заступници осигурања и своју клијентску базу користе за пружање ове нове услуге). Додатно, законом допуштена опција креирања група друштава у финансијском сектору донела је и носи могућност преплитања делатности чланова групе, а тиме потребу доношења оптималног решења на нивоу групе, у смислу најпрофитабилнијег пласмана конкретног финансијског производа. Примера ради, један финансијски производ који се тржишту може понудити преко банкарског сектора или у виду услуге осигурања може имати различит законски третман у зависности за коју се опцију одредимо те тиме и фактор утицаја на одлуку на нивоу групе.⁷ Ово преплитање делатности и обједињавање на нивоу групе друштава директно утиче на структуру надзорног тела и то неки аутори истичу као главни аргумент за успостављање интегрисаног тела надзора (један орган надзире и банкарске услуге и услуге осигурања и пословање на тржишту капитала).

5 М. Ђировић, *нав. дело*, стр. 8–9.

6 Јасно разграничење пословања банака и друштава за осигурање у ранијем периоду који се може означити и као традиционалан, значило је уједно и минимизирање конкуренције између њих. Вид. Glen Arnold, *Corporate Financial Management*, Harlow, 2002, стр. 31–32.

7 Eddy Wymeersch, „The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single Financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors“, *European Business Organization Law Review*, бр. 8, стр. 259–260.

Финансијске кризе у тржишним привредама долазе циклично и увек су кроз турбулентну историју, биле и јесу тренутак да се осветле бројне слабости финансијског система, преиспитају узроци који су довели до њих и потраже адекватна решења усмерена ка опоравку и стабилизацији. Најчешће се као кривци именују субјекти унутар самог система надзора и слабост казног механизма. Ово, стога, што кризама претходе бројни финансијски скандали услед превара и других незаконитих радњи. Пратеће појаве су често корупција и лош рад и лоша координација државних органа надлежних за надзор. Технички говорећи проблеми су везани за висину обавезног капитала и показатеље адекватности капитала, систем управљања ризицима, висину и структуру техничких резерви, слаб систем корпоративног управљања, нетранспарентност групе друштава, неадекватан третман моралног хазарда различитих облика, неадекватан механизам за откривање и решавање конфликта интереса и др.

Промене на тржишту свакако захтевају прилагођавање надзорног система, али у границама које не могу ићи преко неких од базичних принципа. Примера ради равноправност учесника на финансијским тржиштима је посебно важна и не сме бити угрожена. Равноправност није економска (субјекти су по правилу различите финансијске и стручне снаге) и то условљава да су за систем надзора посебно значајна највећа друштва за осигурање и групе друштава због директне везе њихове судбине и судбине стабилности финансијског система државе. Равноправност зато може и мора бити правна (једнака правила и једнак приступ телима јавноправних овлашћења, за субјекте припаднике исте категорије).⁸

III Систем надзора

Надзор целокупног финансијског система, унутар кога се одвија и делатност осигурања је сложена и комплексна функција. Остварење тих задатака је од посебне важности за привреду сваке земље. Фер, безбедно и стабилно тржиште услуга осигурања, је важно за све учеснике и општу стабилност сваке економије. Бројни деструктивни елементи од којих су преваре посебно опасне делују на овом тржишту, а које долазе и од стране корисника услуга и од друштава за осигурање.⁹

Надзор у осигурању се састоји од интерних и екстерних елемената јединственог система. Тај комплексан систем, од значаја за ста-

8 Вид. Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Београд, стр. 28.

9 Зоран Радовић, Живојин Алексић, Зоран Петровић, Томислав Петровић, *Преваре у осигурању*, Београд, 2003, стр. 5.

билност целокупног финансијског тржишта, потребно је сагледати у више димензија. Најважније је сагледати га у светлу основних циљева које би требало да оствари надзорно тело својом активношћу у сектору осигурања. При томе би требало имати у виду да остварење тих циљева у значајној мери зависи од адекватности организационог облика система надзора и опсега надлежности и одговорности субјекта којем је поверена та јавна функција. Дакле, разумевање циља којем се тежи, предмета контроле и потребне структуре, услов је успостављања адекватног система надзора.

Нарастајући значај осигурања условљава да феномен надзора у том сектору већ више од десет година значајно заокупља пажњу стручне јавности. Преиспитују се оптимална решења правно-институционалног оквира унутар кога ће надзор бити јефтин (оптимални трошкови) и ефикасан. У условима бурних транзиционих промена у једном делу Европе и света, глобализације, хармонизације, дерегулације, деетатизације није лако успоставити одржив модел који може да задовољи бројне интересе. Добро постављена структура и контролисани процеси, мора да постоји како код друштава за осигурање тако и код регулатора и надзорног тела. Успостављање тог софистицираног механизма је у вези са бројним дисциплинама као што су пословно и финансијско право, економија, корпоративне финансије, корпоративно управљање, а ту су и бројни техничко-технолошки, рачуноводствени, актуарски и други изазови. Све оне добро постављене и утемељене би требало да у условима опште стабилности финансијског система допринесу подстицају и несметаном одвијању делатности осигурања, слободне конкуренције и заштите корисника финансијских услуга. При томе не би требало заборавити на изузетно важно питање опсега надлежности надзорног тела и мере у којој се оно меша у статусне и пословне сегменте ентитета који обављају ову делатност. Судска пракса показује да они својим мерама могу проузроковати штету друштвима за осигурање и бити одговорни за њу.

Из поменутог проистиче да је надзор над друштвима за осигурање вишеслојно комплексан и захтеван посао. Посебно би требало истаћи да специфичност осигурања као привредне делатности захтева висок ниво стручности како управе и запослених у друштвима за осигурање, тако и од људи којима је поверено обављање функције надзора. Примера ради, стручан рад актуара је ванредно значајан за целокупну пословну политику друштва за осигурање и његову изложеност ризицима, што опет намеће потребу за адекватним стручњацима надзора над извештајима и калкулацијама. Ову сферу надзора могли бисмо означити као квантитативну. У ту сферу спада и надзор над свим обавезним рачуноводственим и финансијским извештајима и њиховом усклађеношћу с прав-

ном регулативом. Стручна а независна анализа тих извештаја даје тачну слику у вези релевантних показатеља стања: адекватности капитала, структуре инвестиција, интерних модела надзора и др. Дobar надзор није само у примени регулативе, већ и давању повратне информације за регулатора да мења. Квалитативна анализа је нешто комплекснија и односи се на структуре и процесе у вези група друштава и финансијске конгломерате. Такав приступ је посебно важан да се смање системски ризици и обезбеди транспарентно тржиште. У сваком случају треба истаћи да поред класичних прописаних услова које мора да испуни друштво за осигурање (финансијска кондиција, ресурси за мерење и управљање ризика, буде „*fit and proper*“ и др.), оно мора да буде подобно за контролу.¹⁰

Улазак на тржиште је прва контролна тачка и прави тренутак да надзорно тело адекватно примени своја овлашћења и не допусти улазак пословном субјекту које не испуњава прописане услове. Неки од њих је сасвим лако утврдити, а за друге треба више труда и информација. Ти услови се тичу организације, правних аката, управљачке структуре (организационо и персонално) и њихова испуњеност представља полазну гаранцију солвентности тог субјекта односно претпоставку поштеног, законитог и сигурног пословања и одрживости на тржишту. Код послова осигурања управо тај временски фактор и континуитет пружања услуге клијенту је кључни захтев и основ поверења на тржишту.

Једнако важна је и фаза активности надзорног тела која се наставља након давања дозволе за рад, а која се тиче различитих облика праћења понашања тог субјекта и усаглашености тог понашања с интерним (аутономним) и екстерним (законским и другим) правним правилима. Ако феномен посматрамо на простору Европске уније (ЕУ) видимо да је ствар још компликованија, јер имамо јединствено тржиште на коме је једна од примарних слобода вршење услуга без дискриминације (равноправност субјеката са седиштем у државама чланицама ЕУ), а истовремено имамо надзорни орган који је надлежан само за друштва за осигурање чији је седиште у земљи чланицама којој и он припада (потреба координиране сарадње, јер је рано говорити о могућности да се успостави тело на нивоу ЕУ које би вршило надзор на целокупном тржишту).¹¹ Можемо томе да додамо да пословна активност није статична категорија. На путу остварења свог лукративног циља друштва за осигурање и други пословни ентитети непрестално трагају за новим

10 The Bank of England, Prudential Regulation Authority, The PRA's approach to insurance supervision, стр. 6.

11 О новом дизајну надзорног система у ЕУ вид. Драган Момировић, „Нова архитектура регулаторног и надзорног дизајна Европске уније-макро и микро пруденцијални приступ“, *Банкарство*, бр.1/2012.

производима којима ће доћи до корисника и новим организационим облицима који ће им омогућити боље тржишно позиционирање.

Сама делатност осигурања се може сматрати хетерогеном, ако имамо у виду постојање две битно различите групе осигурања: имовинско и неимовинско (животно) осигурање. Посебно је значајна чињеница да осигурање лица има другачију финансијску структуру од осигурања имовине.¹²

IV Предмет надзора и директиве ЕУ

Надзор се усмерава у складу с предметом који му је поверен у надлежност. Традиционална подела обухвата два облика. Један за предмет има пруденцијалну супервизију (енгл. *Prudential*), а други се односи на надзор понашања субјекта на тржишту. Пруденцијалност се односи на надзор над веома значајном способношћу пословног субјекта да у дужем временском периоду извршава своје финансијске обавезе (солвентност) и све изазове које носи питање адекватности капитала и управљања ризицима и примене механизма гаранције (морални хазард).¹³

Ту је наравно актуелно питање примене *Solvency II* (еквивалент директиви која уређује банкарство – *Basel II*), која је постала правно обавезујућа од новембра 2012. године. Солвентност је основ стабилности пословања, функционисања тржишта и поверења корисника услуга. Усвајањем Директива Солвентност I¹⁴ и Солвентност II¹⁵ (2002. и 2007, 2008, 2009. година), ЕУ је поставила правни оквир предмета надзора у осигурању. Пре Директиве Солвентност II, право на надзор осигурања у ЕУ било је уређено у 14 различитих директива и у Солвентност I, директиви која је регулисала сектор животних осигурања и осигурања од штете.¹⁶

Директива Солвентност II дефинише предмет надзора у виду основног капитала и солвентности, затим управљање ризиком и коначно, финансијски надзор, те има за циљ да обезбеди органима надзора више овлашћења за контролу и интервенцију. Базира се на концепту

12 М. Ђировић, *нав. дело*, стр. 221-223.

13 Више о солвентности и управљању ризиком у осигурању видети код Предраг Капор, *Основе осигурања: теорија, пракса и регулатива*, Београд, 2008, стр. 35-63.

14 Директива ЕП и Савета о животним осигурањима, 2002/13, 2002/83.

15 Директива ЕП и Савета за обављање послова у сектору осигурања или реосигурања, 2007/361, 2008/119, 2009/138.

16 Дарко Самарцић, „Надзор осигурања у СР Немачкој према Закону о надзору осигурања и Директивама ЕУ о солвентности“, *Ревизија за право осигурања*, бр. 3/2011, стр. 17.

три стуба, слично директиви *Basel II*,¹⁷ која регулише стабилност капитала у сектору банака.

Први стуб уређује квантитативне критеријуме и услове за процену, као што су услови за минимални капитал и солвентност, обезбеђивање сопствених средстава и процена резерве. Други стуб регулише квалитативне и правно-надзорне критеријуме и установљавање унутрашњег управљања, контроле и управљања ризиком.¹⁸ Трећи стуб уређује транспарентност информација, тј. обавезу подношења извештаја надзорном органу и принцип јавности. У Директиви Солвентност II управљање ризиком је уређено у одредбама чл. 41–49 тако да у сагласности са одговарајућим профилем ризика, осигуравач мора израдити профил ризика и прилагодити га свом капиталу. Отуда ова Директива садржи и стандардни модел за израчунавање потребног капитала (одредбе чл. 103), али ипак препушта осигуравачима да донесу одлуку да ли ће прихватити стандардни модел или ће припремити сопствени модел ризика и модел за израчунавање потребног капитала (чл. 110).

Други облик надзора по предмету је онај у коме се пажња надзорног тела усмерава на понашање субјекта на тржишту. Она обухвата како однос према осталим друштвима за осигурање, тако и однос према корисницима услуга осигурања. Надзорно тело по правилу прописује елементе обавезне садржине уговора у циљу да се обезбеди минимум савесности и поштења у том односу. Подела надзора према предмету свакако има теоријски и практичан значај, али би требало имати у виду да је реч о повезаности ова два сегмента и да деловање у једном од њих утиче на други.¹⁹

V Структуре надзора и модели у ЕУ

Структуре надзора у осигурању које срећемо у европском простору (ЕУ) су разнолике. Ипак, три модела су најчешћа: институционални, функционални и интегрални.²⁰ Не тако давно поверење у сектор осигурања је у Србији било значајно пољуљано, а само тржиште

17 Директива ЕЗ, 2006/48, 2009/49.

18 Д. Самарџић, *нав. чланак*, стр. 17.

19 Е. Wymeersch, *нав. чланак*, стр. 245.

20 Код нас је тренутно у примени макро приступ у коме су предмет надзора који је поверен Народној банци Србије, сектор банкарства, осигурања и добровољни пензијски фондови (ту су и лизинг компаније које су такође учесници финансијских тржишта). Улазак Србије у Светску трговинску организацију је, такође, значајан изазов који се тиче и сектора осигурања (пословање филијала). Видети Јасна Догањић, „Надзор тржишта осигурања у Србији“, јуни 2013, доступно на адреси: <http://www.aktuar.rs/XI/4.pdf>, преузето 6. априла 2014. године.

дестабилизовано, тако да је од 2004. године примарна активност НБС приликом надзора, била усмерена на успостављање законитости и реда са циљем враћања поверења корисника услуга. Бројни проблеми које је требало отклонити обухватили су прецењену активу и подцењену пасиву, нереално исказане техничке резерве и неадекватна структура улагања, слабости управљања, лоше постављене интерне контроле и др. Последњих година бележи се раст у овом сектору упркос чињеници да економски показатељи укупне српске привреде нису позитивни.

Институционални модел је најстарији међу поменутиим и он следи традиционалну поделу на три стуба финансијских тржишта: банкарство, осигурање и тржиште капитала. Прихватање ове поделе као последицу има и постојање засебног органа контроле за сваку грану. Тај орган је некад државни (одељење неког министарства, централна банка) или посебна агенција.²¹ Када је у питању избор између ове две опције пуно је аргумената који иду у прилог избору независне, самосталне агенције, која је специјализовано тело, али услед експертског знања њених запослених и вишег степена независности има већи потенцијал да се опире притисцима који су политичке природе или, пак, долазе с тржишта од стране учесника.²² Основни аргументи против овако организованог надзора тичу се чињенице да се све више брише некада јасно разграничење активности у банкарском и сектору осигурања. За разлику од времена кад је постојала јасна подела међу тим делатностима, па следствено томе није ни било конкуренције међу њима, сада ствари стоје другачије јер је отворен простор за конкурентност. Те разлике утичу на пословну активност што је видљиво код банкарских група где се један производ може пласирати као банкарски или производ бирају у складу са осталим условима (различити трошкови услед регулативе, контроле и сл.).

Други облик надзора је функционални модел. Код овако организованог приступа није битан правни статус субјекта који је под надзором (небитно да ли је банка, друштво за осигурање или брокерско дилерско друштво), већ се контрола усмерава према предмету контроле. Конкретно то значи да контролни орган у оквиру своје надлежности контролише понашање свих субјеката на финансијском тржишту без обзира да ли су банке или друштва за осигурање. Други контролор своју активност усмерава на контролу прудентности и контролише све субјекте по том питању. Проблем је дефинисати поред ове две и друге различите области на које би се требало фокусирати или барем оне које су најзначајније а тичу се надзора (неки аутори истичу шест, други про-

21 У окружењу на пример Словенија, Црна Гора и Босна и Херцеговина имају независне агенције за контролу осигурања.

22 Е. Wymeersch, *нав. чланак*, стр. 251.

налазе и више од десет). Има смисла овакав приступ, али је јасно да су трошкови значајни а и други проблеми извиру приликом оваквог приступа. Такође, у пракси је компликована ситуација да је исти субјект изложен контроли више надзорних тела које примењују различита (свака своја) правила.

Трећи модел је интегрални (интегрисани). Овај модел је скоријег датума и он представља организационо обједињавање надзора над субјектима који су у банкарству, осигурању и на тржишту капитала. Он је последица схватања да сва три стуба у статусном и пословном смислу имају више сличности, него разлика и да је контролу свих субјеката на финансијским тржиштима добро објединити у једном телу. Свакако, то тело ће имати више специјализованих одељења, али је претпоставка да њихова чврста повезаност и синергија деловања даје боље резултате, него рецимо институционални приступ.²³

У ЕУ надзор у домену осигурања врши Удружење Европског осигурања и пензиони фондови²⁴ (*EIOPA*) као надзорна власт у циљу обезбеђивања финансијске стабилности. У питању је независно саветодавно тело Европског парламента и Савета ЕУ. Истовремено, *EIOPA* је део европског система финансијских супервизора који чине три надзорна органа, један за банкарски систем, један за сектор хартија од вредности и један за сектор осигурања и пензионих фондова. Основни циљ *EIOPA* је постизање ефикасног нивоа регулације, боље заштите потрошача и веће хармонизације, тј. доследности у примени правила за финансијске институтције и тржишта у ЕУ.

Тамо где је добро развијен финансијски сектор, присутан је интегрисани надзор, најчешће од стране специјализоване агенције, што је случај у већини земаља чланица ЕУ. Ипак, пракса је различита, те је у појединим земљама као што је Француска, надзор подељен на две комисије: за контролу осигурања и за организацију осигурања. Затим примера ради, у Белгији присутни су Биро за интегрисани надзор и Комисија за осигурање, која има већа овлашћења у вршењу надзора и подноси извештаје Министарству финансија. Међутим, Финска је једина скандинавска земља, чланица ЕУ која нема интегрисани надзор, док је у осталим мање развијеним чланицама заступљен традиционални (институционални) концепт надзора. Примера ради, у Бугарској надзор врши Управа за надзор која контролише пословање осигуравајућих

23 Више о аргументима који подржавају избор интегрисаног модела вид. Richard Herring, Jacopo Carmassi, „The Structure of Cross-Sector Financial Supervision“, *Financial Markets, Institutions & Instruments*, Volume 17, Issue 1/February 2008, стр. 51–76.

24 European Insurance and Occupational Pensions Authority – у даљем тексту *EIOPA*, седиште у Франкфурту.

компанија и подноси извештаје Министарству финансија и национални савет осигурања, који даје и одузима дозволе за рад осигуравајућим компанијама. У Немачкој надзор се примењује на основу законских норми²⁵ и наведених Директива ЕУ.

VI Закључак

Надзор у сектору осигурања представља веома важну функцију у јавном интересу. Ефикасна контрола од стране независног експертског тела доприноси сигурном пословању у сектору осигурања, заштиту конкуренције и остварење права корисника услуга. Надзор можемо посматрати према предмету на који је усмерен. Превасходно као контролу поузданости друштва за осигурање – пруденцијалност (квантитативни и квалитативни елементи: солвентност, финансијска снага, управљање ризиком, именовање актуара и извештаји, обавезе директора и др. друштва за осигурање) и друго, као понашање друштва за осигурање на тржишту (однос према конкурентима и другим субјектима на тржишту и однос према корисницима финансијских услуга). Упркос овој подели реч је о два узрочно-последично повезана дела истог система.

Промене на тржишту су један од најзначајнијих фактора који је узроковао промене у структурама и процесима надзора у сектору осигурања. На првом месту ту је брисање разлика између банкарске делатности и делатности осигурања и креирање група друштава у финансијском сектору. Избор између три традиционално постојећа модела надзора (институционални, функционални и интегрисани) зависи од пуно фактора, али је тренд у обједињавању функције надзора у једном телу са надлежношћу да покрива сва три стуба финансијских тржишта: банкарство, осигурање и тржиште капитала.

Пут Србије не може бити мимо тенденција у ЕУ. У том смислу потребно је ојачати функцију управљања ризицима у друштвима за осигурање и развој надзора на бази ризика и вршити припрему за имплементацију методолошког оквира за управљање ризиком како је то прописано Директивом *Solvency II*. Ово тим пре што искуства у оквиру ЕУ земаља чланица указују да се одржива стабилност финансијског тржишта, а у оквиру тога и сектора осигурања, очито не може препустити само деловању тржишних механизма. Систем надзора у осигурању стога има есенцијалну улогу.

25 Закон о надзору осигурања, 2004; Закон о поштравању надзора над финансијским тржиштима и осигурањем, 2009, наведено према Д. Самарџић, *нав. чланак*.

Predrag DEDEIĆ, PhD

Associate Professor at Belgrade Banking Academy, Union University

Gordana GASMI, PhD

Senior Research Fellow at Institute for Comparative Law, Belgrade

Associate Professor at Singidunum University

SUPERVISION IN INSURANCE AREA AND RELEVANT MODELS IN EU

Summary

This paper presents the results of analyses of the main elements which the modern supervision in insurance consists of. The authors thoroughly consider the objectives of supervision, the roles of supervision agencies or other state bodies with the same purpose, and discuss the main types of supervision of insurance activity. The authors point out that relationship between developments of the market and changes in the structures and processes of supervision are very important and according to that are also put in focus of analyzes. They claim that recent changes in approach to structuring insurance supervision are the result of developments in the market (integration of financial markets, close activity of banks and insurance companies – cross-border, and competition between them, bank groups, conglomerates and similar). Organizational changes and the facts that caused changes are presented as well. The main models of insurance supervision, institutional, functional and integrated, are presented as well as arguments that support the choice of the integrated scheme which is more and more accepted by experts. In the EU more stringent legal regulation of the system of supervising financial services limits liberal view of the market. Therefore, the essential role of the system of supervision in insurance sector derives from the fact that sustainable stability of financial markets may not be left exclusively to the market laws.

Key words: insurance, insurance supervision, corporate governance.

др Владимир ЧОЛОВИЋ
научни саветник у Институту за упоредно право, Београд
професор на Факултету правних наука Универзитета Апеирон

ОБАВЕЗА ОБАВЕШТАВАЊА УГОВАРАЧА ОСИГУРАЊА И ОСИГУРАНИКА КАО ВИД ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА

Резиме

Од обавезе обавештавања уговарача осигурања и осигураника од стране осигуравача зависи како закључење уговора о осигурању, иако и његово правилно извршење. Осигуравач мора да обавести уговарача осигурања или осигураника о свим елементима уговора о осигурању. Он мора да друкор уговорној страни преда оштеће и посебне услове осигурања. Ова обавеза се дефинише и као један вид заштите потрошача. Закон о облигационим односима не регулише ову обавезу на начин како је био урађено у другим државама, као и у јединим актима ЕУ. Такође, ни Закон о осигурању Србије не регулише ову материју обзиром да је у истању „стајусни“ закон. Међутим, Преднацрт Грађанског законика Србије био чини на одговарајући начин. Одредбе овог Преднацрта говоре да осигураник има стајус потрошача по стандардима у актима који регулишу заштиту потрошача, било да су они домаћи или међународни. То се нарочито односи на обавезу обавештавања осигураника пре закључења уговора о осигурању, као и код закључења овог уговора на даљину. Исто тако, Закон о заштити потрошача дефинише једине одредбе о заштити осигураника, а одређује и појам неопштеног пословања. Аутор у раду посвећује пажњу наведеним актима, као и регулисању ове материје у Хрватској и у ЕУ.

Кључне речи: уговор о осигурању, осигуравач, осигураник, уговарач осигурања, пошрошач, Грађански законик.

I Статус уговарача осигурања и осигураника као потрошача

Обавезе осигуравача и уговарача осигурања или осигураника¹ су дефинисане Законом о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО).² Те обавезе можемо разликовати на оне које је потребно извршити пре закључења уговора о осигурању, затим на оне које се извршавају у току трајања овог уговора, као и на оне које се извршавају када наступи осигурани случај. Код уговора о осигурању, нарочито, морамо посматрати статус уговарача осигурања (осигураника), обзиром да он мора бити упознат са свим елементима уговора о осигурању, тако да од обавезе осигуравача да обавести уговарача осигурања зависи и закључење уговора. Но, обавезу обавештавања од стране осигуравача морамо посматрати и са аспекта заштите потрошача. То значи да, код уговора о осигурању, уговарач осигурања има статус потрошача. Наиме, Закон о заштити потрошача Србије (у даљем тексту: ЗЗП)³ делимично регулише ово питање. Кад кажемо делимично, мислимо да ЗЗП не дефинише осигураника посебно у односу на остала лица која имају статус потрошача, иако уговор о осигурању има своје специфичности. Са друге стране, ЗОО регулише ово питање, али не на начин, како је данас регулисана ова материја. То је и разумљиво, јер је ЗОО донет много пре но што је ова материја регулисана у праву ЕУ, као и у нашем, односно, другим законодавствима.⁴ Закон о осигурању (у даљем тексту: ЗОС)⁵ не регулише ово питање, обзиром да је он „статусни“ закон. Но, у праву ЕУ доне-

1 Предраг Шулетић, *Право осигурања*, Београд, 2005, стр. 155 и 157. Осигураник је лице које закључује уговор о осигурању у своје име и за свој рачун. Он је истовремено и уговарач осигурања. Но, може се догодити да једно лице закључи уговор о осигурању у своје име, а у корист других лица – власника ствари. Разликујемо и корисника осигурања, који има користи када се догоди осигурани случај. Корисник осигурања може бити осигураник, али и треће лице. Нпр. оштећено лице код осигурања од одговорности. У раду ћемо користити и термин уговарач осигурања и термин осигураник.

2 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).

3 Закон о заштити потрошача Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 73/2010).

4 Јасна Пак, *Право осигурања*, Београд, 2011, стр. 201.

5 Закон о осигурању Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004 – испр., 61/2005, 61/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 101/2007, 63/2009 – одлука Уставног суда, 107/2009, 99/2011, 119/2012 и 116/2013).

та је Директива о заштити потрошача,⁶ коју су земље чланице укључиле у своја законодавства.⁷ Осигуравач је дужан да упозна лице које има намеру да закључи уговор о осигурању о свим аспектима осигурања, пре свега о ризику који ће бити покривен осигурањем, премији осигурања и суми осигурања којом се покрива ризик. Ипак, када је у питању законодавство Србије, Преднацрт Грађанског законика посвећује пажњу овој области детаљно, односно, у овом акту се јасно дефинишу обавезе уговорних страна код овог уговора.

Ово питање је значајно, не само са становишта заштите потрошача, већ и са становишта покривања ризика, које мора бити потпуно и ефикасно и које, између осталог, зависи и од правилног и благовременог информисања уговорних страна. Исто тако, овде се постављају многа питања везана за моменат обавештавања од стране осигуравача, затим за предају општих и посебних услова осигурања, као и за последице неизвршења ове обавезе.

II Уговор о осигурању

Да бисмо могли да говоримо о обавези обавештавања од стране осигуравача, морамо да дефинишемо уговор о осигурању. Одредићемо његове најважније карактеристике, како би одредили и значај обавештавања, што произлази из многих особености овог уговора. Наиме, уговор о осигурању је: 1) консенсуалан уговор, јер мора постојати сагласност уговорних страна. Сагласност уговорних страна зависи и од правилног обавештавања и мора бити везана и за прихватање одредби општих и посебних услова осигурања; 2) двостранообавезан, јер његовим закључењем настају обавезе за обе уговорне стране. Обавеза обавештавања, као једна од обавеза, постоји за обе уговорне стране; 3) алеаторан уговор, обзиром да у тренутку његовог закључења нису познати висина и однос узајамних престација, јер то зависи од наступања осигураног случаја и обима његових последица. Но, ризик се може мењати, затим могу се мењати услови осигурања, а о чему странке морају бити обавештене; 4) сукцесиван уговор, обзиром на трајно извршење обавеза у одређеном временском периоду (осигуравач је дужан да накнади узастопне штете за све време трајања покрића осигурања); 5) неформалан уговор, јер до његовог закључења долази кад је понуда о осигурању прихваћена, односно, кад су прихваћени услови

6 Директива Савета ЕУ 93/13/ЕЕЗ од 5. априла 1993 о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима (енгл. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *Official Journal* L 095, 21/04/1993, стр. 0029 – 0034).

7 Ј. Пак, *нав. дело*, стр. 201.

осигурања; 6) фидуцијарни уговор, обзиром да су уговорне стране дужне да се лојално понашају при његовом закључењу и испуњењу, а што произлази из садржине уговора. Лојално понашање је везано и за обавезу обавештавања; 7) адхезиони уговор, јер осигуравач, унапред, припрема и нуди услове осигурања, а осигураник (уговарач осигурања) их такве прихвата или одбија, односно, не закључује уговор о осигурању.⁸

Рекли смо да је уговор о осигурању двострано обавезан. Главна обавеза осигураника је да плати премију осигурања, а главна обавеза осигуравача је да исплати суму осигурања, када се догоди осигурани случај. Али, то нису једине обавезе. Обавезе код закључења и извршења уговора о осигурању можемо поделити на оне које се извршавају у тренутку закључења уговора о осигурању (одређене обавезе се извршавају и пре закључења), затим, које се извршавају у току извршења уговора и које се извршавају након наступања осигураног случаја. Једна од најважнијих обавеза осигуравача је обавеза обавештавања уговарача осигурања. Уговарач осигурања може да бира да ли ће закључити уговор или не, али је обавеза осигуравача да уговарача осигурања обавести и упозна са општим и посебним условима осигурања.⁹

III Регулисање обавезе обавештавања од стране осигуравача у домаћем законодавству

ЗОО дефинише обавезе осигуравача и уговарача осигурања приликом закључења уговора о осигурању. Уговор о осигурању је закључен када уговарачи потпишу полису осигурања или лист покрића.¹⁰ У полиси осигурања мора бити наведено следеће: подаци о уговорним странама, затим, шта је предмет осигурања, односно, ко је осигурано лице, затим, ризик који је обухваћен осигурањем, трајање осигурања и период покрића осигурања, сума осигурања, односно, да је осигурање неограничено, затим износ премије или доприноса, као и датум издавања полисе и потписи уговорних страна. Полиса осигурања може бити привремено замењена листом покрића у коју се уносе битни састојци уговора. Осигуравач је дужан упозорити уговарача осигурања да су општи и посебни услови осигурања саставни део уговора и предати му њихов текст, ако ти услови нису штампани на самој полиси. Извршење обавезе из претходног става мора бити констатовано на полиси. У случају неслагања неке одредбе општих или посебних услова и неке одредбе полисе примениће

8 Берислав Матијевић, *Осигурање (менаџмент-економија-право)*, Задар, 2010, стр. 93–95.

9 Б. Матијевић, *нав. дело*, стр. 96.

10 ЗОО, чл. 901 ст. 1.

се одредбе полисе, а у случају неслагања неке штампане одредбе полисе и неке њене рукописне одредбе, примениће се ова последња.¹¹ Са друге стране, ЗОС не дефинише одредбу о обавези обавештавања уговарача осигурања. Обзиром на то да ЗОС регулише статус осигуравајућих друштава, односно, њихово оснивање и функционисање, то се, можда, не може ни очекивати. Међутим, у хрватском законодавству, у Закону о осигурању Републике Хрватске,¹² јасно се наводи које су обавезе осигураваача пре закључења уговора о осигурању. Наиме, осигуравајуће друштво ће бити дужно да писмено обавести уговарача осигурања о следећем: назив, облик, седиште осигураваача, као и подаци о филијали осигураваача која закључује уговор о осигурању; општи услови осигурања, меродавно право за уговор; време трајања уговора; правила и услови за одустанак од уговора; висина премија осигурања, начин плаћања премије, висина доприноса, пореза и других трошкова који се урачунавају заједно са премијом; рок у коме уговор обавезује понуђача; право на одустанак од уговора; начин решавања спора; подаци о надзорном органу над делатношћу осигурања.¹³ Ако се ради о животном осигурању, осигураваач мора да писмено обавести уговарача и о основици и мерилима за учешће у добити, таблицама откупне вредности осигурања, праву на капитализацију уговора о животном осигурању и о пореском систему који се односи на ту врсту осигурања.¹⁴ Видимо да се ради о обавези осигураваача пре закључења уговора о осигурању, као и да то обавештење мора бити у писменој форми. Значи, иако је у питању „статусни“ закон, он регулише ова питања. Овде можемо поставити питање везано за уговорну природу ове обавезе. Наиме, ако је у питању обавеза осигураваача, да ли ова област мора бити регулисана законом који регулише сва питања везана за функционисање осигуравајућих друштава или законом који регулише, искључиво, уговорне односе у области осигурања.

IV Регулисање права уговарача осигурања (осигураника) као права потрошача

У савременом праву је прихваћено да је потрошач физичко лице које купује производе и услуге за потребе у свакодневном животу. Потрошач осигурања је физичко лице коме се обезбеђује покривање ризи-

11 ЗОО, чл. 902, ст. 1–5.

12 Закон о осигурању Републике Хрватске (*Народне новине*, бр. 151/05, 87/08, 82/09, 54/13).

13 Б. Матијевић, *нав. дело*, стр. 97; Закона о осигурању Републике Хрватске, чл. 89.

14 *Ibid.*

ка осигурања – осигуравајућа заштита (осигураник и други корисник осигурања).¹⁵ ЗЗП је уградио основна правила о заштити потрошача из комунитарних аката који су донети у овој области. Његов значај за заштиту потрошач осигурања се огледа у томе што садржи правила која се примењују и на њих као купце финансијских услуга.¹⁶ Закон садржи одредбе које се односе на: 1. дужност обавештавања купца пре закључења уговора; 2. непоштено пословање; 3. пословање на даљину; 4. неправичне уговорне одредбе; 5. вансудско решавање потрошачких спорова; 6. поступак забране неправичних уговорних одредби и непоштеног пословања.¹⁷

Посветићемо пажњу већини одредаба ЗЗП које се односе на заштиту осигураника као потрошача. У одредбама ЗЗП се користи термин „трговац“, док ћемо ми користити термин „осигуравач“. Пре свега, одредбе ЗЗП, којима се уређује заштита потрошача у остваривању права из уговора који се закључују изван пословних просторија, не примењују се на уговоре који се закључују изван пословних просторија, а који за предмет имају осигурање.¹⁸ ЗЗП овде набраја и поједине финансијске услуге на које се уговор односи, а, иначе, ЗЗП дефинише осигурање као финансијске услуге. Осим тога, ЗЗП дефинише да се под непоштеним пословањем подразумева повреда дужности обавештавања потрошача о његовим правима у вези са посредовањем у осигурању, животним осигурањем и другим врстама директног осигурања.¹⁹ ЗЗП дефинише и насртљиво пословање. Не мислимо да је изабран термин који одговара његовој дефиницији. Наиме, облици пословања који се, без обзира на околности појединачног случаја, сматрају насртљивим пословањем, јесте захтев да осигураник, који намерава да оствари своја права из полисе осигурања, достави документа која се не могу сматрати значајним за оцену основаности његовог захтева или упорно избегавање да се одговори на захтев потрошача ради одвраћања од остваривања његових уговорних права.²⁰ Осигуравач је дужан да осигураннику преда образац за једнострани раскид уговора на даљину и уговора који се закључују ван пословних просторија, као и обавештење о праву потрошача на једнострани раскид уговора на обрасцу за једнострани раскид уговора на трајном носачу записа. У случају једностраног раскида уговора

15 J. Пак, *Заштита потрошача осигурања*, Београд, 2012, доступно на адреси: <http://www.sors.ba/hr/dokumenti/>, 5.4.2014, слика 5.

16 J. Пак, *нав. дело*, слика 6.

17 J. Пак, *нав. дело*, слика 7.

18 ЗЗП, чл. 4 ст. 2.

19 ЗЗП, чл. 20 ст. 8.

20 ЗЗП, чл. 25 ст. 4.

о осигурању од потрошача се не може захтевати плаћање за извршене услуге.²¹ Код уговора о туристичком путовању, трговац (на овом месту ћемо користити овај термин, обзиром на врсту примарне услуге) је дужан да, у примереном року, пре закључења уговора обавести осигураваача о могућности осигурања које покрива трошкове отказа туристичког путовања од стране осигураника, у случају несреће или болести и повратка са туристичког путовања.²²

Видимо да ЗЗП посвећује пажњу и закључењу уговора на даљину, код кога је обавештавање посебно значајно, због веће могућности изигравања осигураника. Кандидати за осигурање имају могућност да размисле пре него што закључе уговор. Могу и да раскину уговор, ако нису о свему, на прави начин, обавештени. Осигураваач има обавезу да достави нацрт уговора са условима осигурања и да га обавести о основним обележјима услуге.²³

V Преднацрт Грађанског законика Србије

Посветићемо пажњу и одредбама Преднацрта Грађанског законика Републике Србије (у даљем даљем: ГЗ)²⁴ које се односе обавезе уговорних страна код уговора о осигурању. Пре свега, ГЗ одређује да, ако је осигураник физичко лице које не закључује уговор о осигурању за своје комерцијалне или пословне делатности, тј. када је у својству потрошача, тада је уговор закључен у моменту потписивања полисе од стране обе уговорне стране.²⁵ То је разлика у односу на опште правило које дефинише да је уговор о осигурању закључен када је понуда прихваћена.²⁶ Но, ГЗ одређује и обавезе пре закључења уговора о осигурању.²⁷ Наиме, пре закључења уговора о осигурању, осигураваач је дужан да заинтересованој страни (евентуалном будућем уговарачу – осигураннику) достави следеће податке о: пословном имену и правном облику осигураваача, седишту осигураваача или филијале која закључује уговор о осигурању, општим условима осигурања, меродавном праву за уговор, времену трајања уговора (периоду покрића), правилима за оду-

21 ЗЗП, чл. 37 ст. 7.

22 ЗЗП, чл. 93 ст. 8.

23 Ј. Пак, *нав. дело*, слика 20.

24 Радна верзија Грађанског законика Србије, књига II, Министарство правде и државне управе Републике Србије, доступно на адреси: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/> (2.4.2014).

25 ГЗ, чл. 1168 ст. 2 (одређен као алтернатива).

26 ГЗ, чл. 1167.

27 ГЗ, чл. 1169.

станак од уговора, висини премије осигурања, начину плаћања премије, висини доприноса, пореза и других трошкова у вези са уговором, а који се плаћају поред премије осигурања, затим року на који понуда обавезује понуђача, као и телу које је надлежно за надзор на осигуравачем.

Ако је у питању животно осигурање, тада се, осим наведених података, морају доставити и подаци о: основици и мерилима за учешће у добити, табелама откупне вредности полисе, правима на капитализацију уговора о животном осигурању, пореском систему који се односи на ову врсту осигурања. Сви наведени подаци о елементима уговора о осигурању достављају се у писменом облику другој страни, било пре закључења уговора, било у току трајања уговора.

Ако осигуравач прекрши обавезу у смислу давања обавештења о било ком наведеном податку, осигураник има право да раскине уговор о осигурању, у року од месец дана од дана сазнања за неизвршење обавезе од стране осигуравача, а најкасније у року од једне године након закључења уговора. Тада осигураник има право на накнаду штете.

Осим тога, ГЗ дефинише и обавезу упознавања осигураника са општим условима осигурања и предају тих услова осигуранику.²⁸ Наиме, осигуравач је дужан да информише осигураника да су општи и посебни услови осигурања саставни део уговора, као и да му их преда, уколико они нису штампани на самој полиси. Извршење ове обавезе мора да буде констатовано на полиси. Ако осигуравач не преда услове осигурања осигуранику, тада ће се сматрати да је уговор закључен на основу елемената садржаних у полиси без искључења и ограничења покрића који су, иначе, садржани у условима осигурања, као и да осигураник за наведено није знао или је као савесно лице морао знати.

Ако је уговарач осигурања, у моменту закључења уговора, захтевао давање моменталног покрића, тада осигуравач нема обавезу да другој страни достави услове осигурања, тако да уговорна страна, након пријема полисе, нема право да приговара садржини закљученог уговора по елементима који су обухваћени у понуди осигурања или условима под којима осигуравач спроводи уговор о осигурању.²⁹

VI Да ли је сваки уговарач осигурања (осигураник) потрошач?

Поставља се питање да ли свако физичко лице које закључује уговор о осигурању може бити потрошач. На нивоу права ЕУ, под проши-

28 ГЗ, чл. 1174.

29 ГЗ, чл. 1174 промењени ст. 3 (алтернатива).

рени појам потрошача могу да се подразумевају и таква лица, што значи да лице које се бави неком занатском делатношћу, продавац, службеник у некој банци или било ко други, ако закључује уговор о осигурању, има статус потрошача и ужива заштиту. Одредбе аката који регулишу заштиту потрошача пружају заштиту уговарачима осигурања или осигураницима, не зато што су они физичка лица, већ зато што немају потребно знање кад улазе у правни посао са лицем које се делатношћу осигурања бави професионално. Они немају исту позицију, кад је у питању преговарање око закључења уговора о осигурању. Због тога се сматра да се иста заштита као и потрошачима, мора пружити и лицима који се баве, нпр. неким слободним занимањем, а који се при закључењу комплекснијих уговора налазе у неповољнијем положају у односу на лица, која имају искуство у закључењу таквих послова.³⁰

Од велике је важности регулисати питање обавезе осигураваача да информише будућег уговарача осигурања о најважнијим елементима уговора, пре његовог закључења. Ова обавеза има свој основ у идеји да је осигураваач дужан да, пре закључења уговора, осигуранику, појединцу, пружи све информације које су потребне да би он упоредио исте са истим или сличним понудама на тржишту осигурања, како би уговарач осигурања донео одлуку, која би имала свој основ у информацијама које је добио. Како би се, у правом смислу те речи, обезбедило да осигураник физичко лице може да упореди податке и одабере закључење уговора о осигурању који би одговарао његовим потребама, морају се прецизно одредити елементи које би представљале садржај обавештења, што би могло да има облик неке листе тих елемената везаних за уговор о осигурању и осигураваача.³¹

Оваквим дефинисањем обавезе обавештавања, испунило би се неколико циљева. Прво, обавештења о правном субјективитету и правном положају осигураваача су потребне, како се уговарач осигурања не би довео у заблуду о лицу са којим закључује уговор о осигурању. То је посебно битно, ако се уговор закључује преко филијале осигураваача. Друго, подаци о појединим елементима уговора о осигурању, као што су подаци о премији осигурања, висини додатних доприноса, трошковима, суми осигурања, осигураном случају, трајању уговора, праву на једнострану раскид уговора, општим и посебним условима осигурања, као и о осталим елементима, потребни су, како би уговарач осигурања могао да донесе одлуку да ли жели да закључи управо то осигурање и да ли жели да се обавезе односним условима осигурања. Ти подаци служе,

30 Ана Кеглевић, „Заштита осигураника појединца код уговора о осигурању“, *Зборник Правној факултету Свеучилишта у Ријеци (1991)*, вол. 34, бр. 1/2013, стр. 212.

31 А. Кеглевић, *нав. чланак*, стр. 215.

како би се обезбедила обавештеност уговарача осигурања појединца о свим битним елементима уговора. Подаци о начину решавања спорова, меродавном праву, надзорном органу, омогућавају потрошачу да се упозна са институтима у поступцима заштите својих права, затим са органима, којима се може обратити, ако би његова права као потрошача, била угрожена, итд.³²

Уз обавезу обавештавања, веома је повезано право осигураника да једнострано раскине уговор о осигурању. То је институт, који осигураницима – потрошачима, омогућава додатни временски период након закључења уговора, у коме они могу још једном да размисле да ли желе да буду везани тим уговором или не. Они могу раскинути уговор о осигурању без навођења разлога. Овај институт је, у начелу, у супротности са начелом *pacta sunt servanda*, али је уведен због заштите потрошача и пружања још једне могућности да се одустане од тек закљученог уговора.³³ Право на одустанак од уговора је карактеристичан за право ЕУ, тј. за било који уговорни однос са потрошачима који је регулисан тим правом, па тако и за уговор о осигурању.

Основна обавеза осигуравача да обавести другу страну о елементима уговора о осигурању, практично се своди на благовремену предају општих услова осигурања, односно, на упознавање са њиховим одредбама. Од предаје тих услова зависи и обавеза осигуравача након наступања осигураног случаја.

По судској пракси, општи услови осигурања обавезују осигураника, само ако су му стварно предата, а ако правила нису предата осигуранику, не могу се на њега односити ограничења покрића која се налазе у тим условима. Наиме, у једном предмету се тужбени захтев односио на исплату накнаде на име претрпљеног физичког бола, затим, на име претрпљеног страха, на име претрпљеног душевног бола, смањења животне активности, изгубљене зараде због боловања, разлике у плати, туђе помоћи и неге, итд. Суд је узео у обзир да, у случају осигурања од одговорности, оштећено лице може захтевати директно од осигуравача накнаду штете, за коју је одговоран осигураник, али највише до износа обавезе осигуравача. Због тога је првостепени суд одбио тужбени захтев преко одређеног износа. Али, закључак првостепеног суда није прихватљив због погрешне правне оцене чињеничног стања које није у потпуности утврђено, због тога што осигуранику нису предати услови осигурања, тако да се ограничења не могу на њега ни односити. Првостепени суд није ни утврђивао да ли су уговарачу осигурања предати

32 А. Кеглевић, *нав. дело*, стр. 216.

33 А. Кеглевић, *нав. дело*, стр. 219.

услови, а другостепени суд је погрешно сматрао да та чињеница није од значаја.³⁴

У другом случају, оштећено лице које није уговорна страна у уговору о осигурању не може основано да истиче приговор да услови осигурања нису предати осигуранику као уговорној страни. Наиме, дошло је до саобраћајне незгоде, а у условима осигурања је било предвиђено да, ако се, посебно, не уговори, из покрића осигурања су искључени одштетни захтеви који потичу из штетног догађаја који је настао за време док је возило било мобилисано или привремено одузето од стране власти. То је значило, у овом предмету, да је искључена одговорност осигуравача, али је тужилац у ревизији приговорио да услови осигурања не производе правне последице, обзиром да нису достављени власнику осигураног возила. Но, осигуравач је, као тужени, истакао да су услови осигурања били достављени уз полису, односно, сматрали су се саставним делом полисе, што је осигураник и потврдио својим потписом. У овом предмету није било неопходно посебно утврђивати да ли је тужени осигуравач доставио свом осигуранику наведене услове осигурања, јер осигураник није странка у овом поступку, а тужилац (оштећено лице) није био уговорна страна код закључења уговора.³⁵

VII Непоштене уговорне одредбе у уговору о осигурању

Странке у уговору о осигурању, било да је то осигуравач или уговаравач осигурања, односно, осигураник, морају да буду свесне чињенице да се тај уговор закључује на основу претходног договора странака око битних елемената уговора, а већина осталих елемената је прописана општим или посебним условима конкретног осигурања. То значи да услови осигурања имају велику улогу у заштити осигураника. У праву ЕУ, таква заштита је дефинисана правилима о непоштеним уговорним одредбама у поменутој Директиви 93/13/ЕЗ о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима. Ова Директива је измењена и допуњена Директивом 2011/83/ЕУ о правима потрошача.³⁶

34 ВСПХ, Рев. х 970/11-2, од 25. јануара 2012., доступно на адреси: <http://www.osiguranje.hr/> (3.4.2014).

35 ВСПХ, Рев.-807/2006-2 од 29. августа 2006, доступно: <http://www.osiguranje.hr/> (3.4.2014).

36 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, *Official Journal L 304*, 22/11/2011, стр. 0064–0088).

Непоштена уговорна одредба је ништавна, али ће уговор остати на снази, ако може да опстане и без те одредбе. Због тога можемо да поставимо питање, који елементи морају да се испуне да би се нека уговорна одредба сматрала непоштеном. По неким општим критеријумима, непоштена уговорна одредба је она, о којој се нису појединачно водили преговори, ако она, супротно начелу савесности и поштења, проузрокује неједнакост у правима и обавезама уговорних страна, а на штету потрошача.³⁷ Када ће се сматрати да се ради о одредби о којој се није појединачно преговарало? То је случај, када потрошач није имао утицаја на њен садржај, односно, ту одредбу је дефинисао понуђач, искључиво.³⁸ Није битно да ли су странке заиста преговарале, већ да је постојала фактичка могућност да странке преговарају о појединим елементима уговора. Самим тим се о уговорним одредбама, о којима су странке преговарале, не може говорити као о непоштеним, пре свега, због аутономије воље странака. Но, ако је у питању унапред формулисани стандардни уговор, тада се о уговорним одредбама није преговарало.³⁹

Да ли ће се уговорне одредбе испитивати као непоштене или не, зависи од њихове садржине и начина навођења. Ако су јасне, разумљиве, уочљиве у уговору, онда се неће испитивати. Са друге стране, ако су оне тешко разумљиве, ако се често користе стручни термини, ако су писане ситним словима, онда је и њихово преиспитивање допуштено. Тада би оне могле да буду проглашене ништавима, што би довело до ништавости целог уговора.⁴⁰

Директива 93/13/ЕЕЗ наводи да, ако се ради о уговорној одредби, која јасно дефинише осигурани ризик или искључује неки ризик и одговорност осигуравача, тада ће се таква одредба сматрати битним елементом уговора о осигурању, обзиром да су искључења за одређене ризике већ узета у обзир при израчунавању премије осигурања.⁴¹ Тада таква одредба неће бити предмет оцене о непоштености.

Истовремено, то не значи да ће било која одредба која се односи на ризик или на искључење одговорности осигуравача бити изузета од провере на ништавост (непоштеност). Но, Директива 93/13/ЕЕЗ упућује на закључак да је код било које одредбе, која се односи на ризик или на искључење одговорности осигуравача, већ, претходно, узето у разматрање искључење ризика код обрачуна премије и због тога так-

37 Ана Пошћих, „Непоштена клаузула у потрошачким уговорима“, *Зборник радова Правног факултета у Сјлици*, вол. 43, бр. 2/2006, стр. 168.

38 А. Пошћих, *нав. дело*, стр. 170.

39 *Ibid.*

40 А. Пошћих, *нав. дело*, стр. 168–169.

41 Преамбула Директиве 93/13/ЕЕЗ, чл. 19.

ва одредба треба да буде изузета од испитивања непоштености. Ипак, ову одредбу треба да тумачимо на начин, да ће од испитивања непоштености бити изузета, само она одредба, која је, у том конкретном случају, при опису ризика и искључења одговорности осигуравача за одређени ризик, која је узела у обзир искључени ризик код обрачуна премије. Наиме, у немачкој судској пракси је постављено питање да ли треба разграничити уговорне одредбе у којима је ризик и покриће за ризик формулисано и одредбе у којима се искључује одговорност само у одређеним случајевима. Савезни Врховни суд Немачке је разматрао непоштеност уговорних одредаба о искључењу ризика, па је заузео становиште, по коме, само оне уговорне одредбе без којих уговор не би могао да опстане, односно, без којих се уговор не би могао више дефинисати, не подлежу контроли законских одредаба о непоштеним уговорним клаузулама.⁴²

VIII Закључак

Обавезу осигуравача да благовремено, правилно и истинито обавести уговарача осигурања о елементима уговора о осигурању треба посматрати, како са становишта уговорне обавезе једне од уговорних страна, тако и са становишта заштите осигураника као потрошача. Из тог разлога, закон који регулише облигационоравне односе, па, самим тим, и уговорне односе у осигурању, треба да, у својим одредбама, дефинише принцип заштите потрошача, што је дефинисано и у ЗЗП. У овом тренутку, ситуација није таква. Но, ако погледамо одредбе ГЗ, видећемо да овај акт на детаљан начин дефинише ове обавезе осигуравача.

Наиме, одредбе ГЗ говоре да се другачије дефинишу обавезе осигуравача, односно, да осигураник има статус потрошача по стандардима у актима који регулишу заштиту потрошача, било да су они домаћи или међународни. То се, нарочито, односи на обавезе осигуравача пре закључења уговора о осигурању и обавезе код закључења уговора на даљину. Но, можемо издвојити два периода кад је у питању упознавање осигураника (или уговарача осигурања) са елементима и дејствима уговора о осигурању. То је период пре закључења уговора, као и период, боље рећи, моменат, закључења уговора. Ако говоримо о периоду пре закључења уговора о осигурању, тада се будући осигураник упознаје са наведеним подацима, на основу којих, тек, треба да донесе одлуку о закључењу уговора о осигурању. Но, обавеза осигуравача у моменту закључења уговора производи много више последица, обзиром да је он тада дужан да преда услове осигурања другој уговорној страни. Значи,

42 А. Кеглевић, *нав. дело*, стр. 224.

морамо разликовати обавештавање уговарача осигурања или осигураника од стране осигуравача о основним елементима уговора о осигурању, на основу чега ће уговарач осигурања донети одлуку о закључењу тог уговора од момента закључења уговора о осигурању, у коме морају бити предати услови осигурања и од чега зависи дејство уговора.

У сваком случају, уговарач осигурања или осигураник имају статус потрошача и заштићени су не само ЗОО (мада не потпуно, као што смо рекли), већ и одредбама ЗЗП. Међутим, осигураник нема права, само, као потрошач, већ и као уговорна страна. Осим тога, та права имају дејства и на друга лица која су странке у уговору (или ће постати то). Са друге стране, код осигурања од одговорности је другачије, обзиром да се, овде, појављује оштећено лице, на које се ова права не могу применити, обзиром да он није странка у уговору.

Vladimir ČOLOVIĆ, PhD

Principal Research Fellow at Institute of Comparative Law, Belgrade

Professor at Faculty of Law University Apeiron

OBLIGATION OF INFORMING THE CONTRACTOR OF INSURANCE (POLICYHOLDER) AND INSURED AS A FORM OF CONSUMER PROTECTION

Summary

On the obligation to inform the policyholder and the insured by the insurer depends the conclusion of the insurance contract, and, also, its proper execution. The insurer shall notify the contractor of insurance (policyholder) or the insured about all elements of the insurance contract. He must submit the general and special conditions of insurance to the other party of the contract of insurance. This obligation is defined as a form of consumer protection. Obligations Act does not regulate this obligation in the way it is done in other countries, as well as in the EU legislation. Also, the Insurance Act of Serbia does not regulate this matter, because this Act regulates the status of insurance companies. However, the Draft of Civil Code of Serbia regulates this topic in an appropriate manner. The rules of the draft suggest that the insured has the status of consumers according to the standards of the laws governing consumer protection, whether they are domestic or international. This especially applies to the obligation of informing the insured prior to conclusion of insurance con-

tracts, as well as at the conclusion of distance contracts. Similarly, the Consumer Protection Act defines certain provisions on the protection of the insured, and determines the concept of unfair business practices. The author pays attention to the above-mentioned acts, as well as to the regulation of this topic in Croatia and the EU.

Key words: *insurance contract, insurer, insured, insurance contractor, consumer, Civil Code.*

мр Слободан ИЛИЈИЋ
члан Председништва Удружења правника Србије

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ КОМПОЗИТНОГ ДРУШТВА У СРБИЈИ

Резиме

Аутор је анализирао одредбе Закона о осигурању о композицијном друштву за осигурање. Те одредбе су рејулисале разграничење животној од неживотној осигурања у композицијном друштву за осигурање. Упоредио их је са одредбама Директиве 2002/83/ЕЗ од 5. новембра 2002. године. Закључио је да наведене одредбе Закона о осигурању нису усклађене са одредбама Директиве 2002/83/ЕЗ од 5. новембра 2002. године.

Кључне речи: Закон о осигурању, Директива 2002/83/ЕЗ, животно осигурање, неживотно осигурање.

I Уводне напомене

Композитно друштво за осигурање је у центру пажње овог рада. То је друштво за осигурање, које има дозволу националног органа за надзор над делатношћу осигурања и које на основу те дозволе може истовремено да врши све или само неке послове животног и све или само неке послове неживотног осигурања. Сматра се да у осигуравајућој пракси у свету има између 450–500 различитих послова осигурања, тако да у релативном смислу те речи треба узети одредницу из претходне реченице – све послове – једне или друге групе осигурања. Назив композидно друштво за осигурање води порекло из упоредног права осигурања,¹

1 Енгл. *composite company, composite insurance company*; нем. *Kompositversicherer*.

а веома је заступљен у домаћој и страниј осигуравајућој пракси. Поред назива композитно друштво за осигурање у ређој употреби је и термин – општи тип друштва за осигурање – чиме се успоставља разлика у односу на посебан тип друштва за осигурање. Један број домаћих писаца уместо композитног друштва за осигурање употребљава израз – мешовито друштво за осигурање, мешовити осигуравач. Тај израз се не користи у овом раду, јер је до недавно употребљаван у домаћем законодавству из материје осигурања у сасвим другом значењу, тј. у значењу друштва са различитом власничком структуром.

Пре доношења важећег Закона о осигурању² (у даљем тексту: ЗОС) из 2004. године, у бившој СФРЈ све организације за осигурање могле су да буду означене, данашњим речником осигурања речено, као композитна друштва. Другим речима, раније није било поделе у законима на специјализоване и неспецијализоване организације за осигурање, осим ако их држава није посебним законом основала за посебне намене (у виду фонда за осигурање извозних послова и сл.). Међутим, ни тада није у називу коришћен израз – специјализоване организације за то и то осигурање. Данас, држава Србија усклађује своје законодавство са правном тековином ЕУ. На том путу донет је ЗОС 2004. године и његовим одредбама уведена је специјализација друштва за осигурање, као највећа новост у ЗОС-у и као безпоговоран налог за осигуравајућу праксу. Са законодавноправног становишта ЗОС је отишао у једну крајност. Та крајност је била специјализација друштва за осигурање, а дотадашње композитно друштво за осигурање постаће, преко ноћи, превазиђено друштво за осигурање. Управо та крајност ЗОС-а остала је недовољно запажена и обрађена у науци и струци осигурања у Србији већ једну деценију.

Правни положај композитних друштва за осигурање, као и специјализованих друштва за осигурање, регулисан је у одредбама ЗОС-а. У том погледу одлучујуће су одредбе члана 14 у вези са чланом 234 ЗОС-а, стим што су у овом раду те одредбе довођене у везу са осталим одредбама ЗОС-а само у најмањој мери у којој је то било најнеопходније. Одредбе та два члана ЗОС-а конституисале су правни поступак разграничења животног од неживотног осигурања, уз бројне правне празнине. О појединим правним правилима из којих се састоји тај правни институт или поступак биће више речи у даљим редовима, као и о степену усклађености тих одредаба ЗОС-а са правом осигурања ЕУ.

Тема овог рада има шири значај од уже проблематике права осигурања. Један од нерешених проблема у свету јесте немогућност на-

2 Закон о осигурању (Службени гласник РС, бр. 55/2004, 70/2004 – исправка, 61/2005, 61/2005 – други закон; 85/2005 – други закон; 101/2007, 63/2009 – УС, 107/2009, 99/2011, 119/2012 и 116/2013).

ционалних фондова или обавезних каса пензијског осигурања да прате тенденције пораста броја старих у светском становништву. Ради решења тог проблема, као једно од средстава, развијене привреде су обезбедиле повољан привредни амбијент и различите олакшице приватном животном осигурању, као допуни обавезном пензијском осигурању. У том смислу у развијеним привредама животно осигурање је знатно испред неживотног осигурања (по свим параметрима) и тиме оно у развијеним привредама заиста допуњује обавезно пензијско осигурање, што није случај у Србији, бар за сада. Са ових разлога изабрана тема има шири друштвени значај од ускостручне проблематике, која припада праву осигурања.

II Одредбе из закона о разграничењу животног од неживотног осигурања

ЗОС из 2004. године предвидео је неколико правних правила, која су конституисала правни положај композитног друштва за осигурање. Аналитички посматрано тај правни положај у одредбама ЗОС-а прозилази из следећих неколико правних правила.

Прво правило из члана 14 ЗОС-а је гласило – једно друштво за осигурање не може истовремено обављати послове животног и послове неживотног осигурања. Већ у члану 14 ЗОС-а били су предвиђени изузетци, који су били прописани у члану 25 ЗОС-а. Другим речима, специјализација друштава за осигурање је било прво правило поступка разграничења животног од неживотног осигурања у ЗОС-у. Међутим, изузетци од тог правила били су први наговештај недовољне доследности законодавца да сви осигуравачи буду само специјализована друштва за осигурање. Одмах по доношењу ЗОС-а у стручној јавности ово правило је истакнуто као највећа новост³ новог закона. Преостала правила од значаја за правни положај композитних друштава за осигурање у Србији била су прописана у члану 234 ЗОС-а.

Друго правно правило је гласило да је организација за осигурање, која је на дан ступања на снагу ЗОС-а⁴ имала дозволу за обављање послова осигурања, била дужна да до 31. децембра 2005. године изврши одговарајуће промене у свом статусу и пословању у складу са чланом 14 ЗОС-а (чл. 234 ст. 1 ЗОС-а). Овим правилом потврђена је основна интенција законодаца да се уводи специјализација друштава за осигурање. Наведени рок мењан је више пута, тако да се не може схва-

3 Предраг Шулетић, „Шта доноси Закон о осигурању Републике Србије“, *Финансије, банкарство, ревизија, осигурање*, бр. 3/2004, стр. 11–18.

4 Закон је ступио на снагу 29. маја 2004. године.

тити као преклузиван рок. Друго правило имало је материјалноправни карактер.

Треће правно правило је предвиђало да је организација, односно друштво за осигурање, било дужно да Народној банци Србије (у даљем тексту: НБС) до 31. децембра 2005. године поднесе доказе о разграничењу животних од неживотних осигурања (чл. 234 ст. 2 ЗОС-а). Другим речима, треће правило је имало процесноправни карактер. Треће правило је значило да је законодавац ишао за тим да пред НБС конституише посебан поступак за разграничење животног од неживотног осигурања. Рок уз треће правило мењан је више пута, тако да се ни тај рок не може схватити као преклузиван.

Четврто правно правило је обухватило управно (јавно) овлашћење НБС да по пријему доказа из става 2 члана 234 ЗОС-а оцењује у року од 30 дана да ли су испуњени услови прописани овим законом (чл. 234 ст. 3 ЗОС-а). Четврто правило се своди на дискреционо овлашћење НБС унутар посебног поступка. Четврто правило је управљено ка испитивању остварених услова, који су прописани овим законом. У овом поступку предмет оцењивања НБС јесу промена статуса и пословања од стране дотадашњег композитног друштва за осигурање. При овом оцењивању решавају се питања, и то: шта се подразумева под статусом, а шта под пословањем дотадашњег композитног друштва. Појмови статуса и пословања нису објашњени у ЗОС-у.

У први мах пето правило састојало се само у једном року (31. децембар 2005. године) до кога има да се спроведе статусно и пословно разграничење животног од неживотног осигурања у сваком друштву за осигурање, а не само у композитном. У законодавној пракси Србије показало се да то није био преклузиван рок. Наиме, путем измене и допуне наведене одредбе ЗОС-а пето правно правило, односно датум 31. децембра 2005. године померан је више пута, тако да је према последњој измени и допуни ЗОС-а најновији рок за разграничење послова животног од послова неживотног осигурања у друштву за осигурање – 31. децембар 2014. године. Промене крајњег рока на пар дана пред истек претходног рока упутиле су на утисак да законодавац није сагледао стварну потребу у делатности осигурања да се овакав поступак пропише.

Ових пет правних правила конституисало је позитивноправни институт или поступак разграничења послова животног од послова неживотног осигурања. Ових пет правила заједно и свако правило појединачно омогућили су читаву лепезу различитих погледа правних и других писаца на поступак разграничења животног од неживотног осигурања.

Поред овог поступка, члан 234 је лоциран у глави ЗОС-а са прелазним и завршним одредбама и отуда он има још један правни аспект.

Наиме, члан 238 ЗОС-а регулисао је тему – одузимања дозволе за рад. Интенција овог члана је била да ће бити одузете све раније издате дозволе за рад појединцима и правним лицима у делатности осигурања, ако ти појединци и правна лица не буду поступили у складу са чл. 229–237 ЗОС-а. Пошто је члан 234 у групи чланова између чл. 229–237 ЗОС-а, то непоступање по члану 234 ЗОС-а повлачи за собом обавезно одузимање раније дозволе за рад. Овај поступак одузимања дозволе за рад из члана 238 ЗОС-а може да буде наставак посебног поступка разграничења животног од неживотног осигурања из члана 14 у вези са чланом 234 ЗОС-а. Другим речима, сва друштва за осигурање, па и композитва друштва за осигурање, дужна су, редовно, у току године да подносе извештаје НБС. Ако анализа примљених извештаја у НБС укаже да има места спровођењу посебног поступка из члана 14 у вези члана 234 ЗОС-а, НБС ће по дискреционом овлашћењу из члана 234 ЗОС-а оценити да ли су испуњени услови прописани тим законом. Ако у том поступку, а на основу дискреционог овлашћења које има, НБС нађе да композитно друштво за осигурање није спровело промене статуса и пословања по условима прописаним тим законом, НБС у додатном (допунском) поступку прописаном чланом 238 ЗОС-а доноси решење о одузимању дозволе за рад дотадашњем композитном друштву за осигурање. Тиме се у додатном управном поступку пред НБС окончава у крајњој линији посебан поступак из члана 14 у вези са чланом 234 ЗОС-а, као и поступак из члана 238 ЗОС-а. Против решења НБС донетог по основу члана 238 ЗОС-а раније композитно друштво за осигурање има право на покретање и вођење управног спора ради испитавања законитости решења НБС. Није познато из праксе да је спроведен додатни поступак по основу члана 238 ЗОС-а.

III Погледи на институт разграничења животног од неживотног осигурања

Формулације наведених пет правила о разграничењу животног од неживотног осигурања настале су још у фази Нацрта ЗОС-а, а остале су у ЗОС-у као непромењене пуну деценију. Већ у фази Нацрта ЗОС-а указивано⁵ је да је до увођења специјализације у праву осигурања ЕУ дошло пре свега у развијеним привредама у којима иначе послују велики осигуравачи са значајним високостручним кадровима за осигурање. С обзиром на проблеме са којим су се суочавали осигуравачи у Србији у време пре доношења ЗОС-а, оцена је овог научног радника да у до-

5 Јасна Пак, „Законско регулисање оснивања и пословања осигуравајућих организација“, *Зборник радова Научно-истраживачког центара Економској факултету Универзитета у Београду са савештовања*, Врњачка Бања, 2003, стр. 79–90.

гледно време не би било могуће у једном друштву за осигурање реализовати обавезу одвојеног пословања са једном и са другом врстом послова осигурања. Уз напомену да је објективно потребно доста времена да се домаћи осигуравачи прилагоде захтеву за специјализацијом у осигурању, цитирани научни радник се залагао да до уласка Србије у ЕУ не треба уводити забрану за постојање друштава за осигурање, која нису специјализована.

У фази Нацрта ЗОС-а аутор⁶ је у реферату, између осталог, приказивао одредбе прве Директиве 79/267 од 5. марта 1979. године (о директном осигурању живота). Тим поводом је истакао да су по том пропису сва друштва за осигурање која су се истовремено бавила осигурањем имовине и осигурањем живота наставила с радом, а да се нова друштва за осигурање живота могу бавити само једном врстом осигурања. Закључио је да је захтев за одвајање послова животног од послова неживотног осигурања био усмерен ка најбољој могућој заштити осигураника, с обзиром да осигурање живота садржи у себи елементе штедње.

Поводом Нацрта ЗОС-а доајен права осигурања у Србији⁷ подвучао је у реферату да треба разликовати с једне стране принцип раздвајања послова осигурања живота од послова неживотних осигурања и с друге стране, забрану истој организацији за осигурање да се бави пословима обе ове групе осигурања. Указивао је да осигуравачи, који се у Србији баве животним осигурањем, већ знају да прописи захтевају формирање посебне резерве (математичка резерва), даље да прописи захтевају да се средства за осигурање живота воде на посебном рачуну и да та средства не могу да служе за покриће обавеза из других врста осигурања, односно реосигурања или чак за покриће неких трећих обавеза. Оцењивао је да нема ваљаних разлога за забрану бављења осигурањем живота осигуравачу који се бави другим врстама неживотног осигурања. У склопу ове оцене истакнуто је да би увођење наведене забране могло да изазове бројне проблеме и имовинскоправне спорове, с обзиром да су уговори о осигурању живота са вишегодишњим трајањем. У случају даљег инсистирања законодавца на формулацији, која би забрањивала истој организацији за осигурање да се бави и животним и неживотним осигурањем, у реферату је предложено да ЗОС уведе један прелазни период (три или пет година) у коме би се омогућило да та организација за осигурање или оснује ново друштво за животно осигурање или да пренесе свој дотадашњи део портфеља, који се односи на животно осигурање, на другог специјализованог осигуравача.

6 Здравко Петровић, „Хармонизација права осигурања живота у оквиру Европске Уније“, *Зборник радова Удружења за право осигурања Југославије са савештовања*, Палић, 2003, стр. 211-216.

7 Предраг Шулетић, „Право осигурања у транзицији“, *Зборник радова Удружења за право осигурања Југославије са савештовања*, Палић, 2003, стр. 1-17.

Поводом Предлога ЗОС-а одржана је вишедневна јавна расправа у Привредној комори Србије уз учешће министра финансија и економије у Влади РС, саветника за тог министра и саветника за осигурање у том министарству, као и уз учешће готово свих челних руководилаца организација за осигурање и реосигурање у Србији.⁸ Без обзира да ли се радило о организацији за осигурање у страном или домаћем власништву нико од учесника те расправе дословно није прихватио одредбе Предлога ЗОС-а у погледу разграничења животног од неживотног осигурања, осим челног руководиоца једног осигураваача у страном власништву. Од јуна 2003. године, када је вођена та јавна расправа, до момента закључења овог рукописа (први квартал 2014. године) у домаћој публицистици и периодици о осигурању објављени су бројни интервјуи нових (у односу на оне из 2003. године) челних руководилаца осигураваача, у домаћем или страном власништву. Одредбе ЗОС-а о разграничењу животног од неживотног осигурања није подржао ниједан челни руководилац осигураваача, осим оног истог осигураваача⁹ који је и 2003. давао подршку том законском решењу. Залагање само једног представника осигураваача у Србији и 2003. године и после једне деценије треба схватити као противљење – противљења ради, јер то композитно друштво није се до данас раздвојило у два друштва.

После ступања на снагу ЗОС-а одржано је неколико јавних скупова¹⁰ на којима су стручној јавности у делатности осигурања представљени нови правни институти, а међу њима и разграничење животног и неживотног осигурања. На неким од тих скупова могао је да се чује приговор да се наведеним одредбама ЗОС-а дира у стечена права осигураваача, тј. да се одредбама ЗОС-а мења већ издата дозвола за рад осигураваача. Посебно правно правило из члана 14 ЗОС-а нападано је са становишта ретроактивности¹¹ у теоријском смислу, тј. у смислу теорије апсолутног дејства новог закона. На тим скуповима није било подршке овим одредбама ЗОС-а.

Приказани погледи на одредбе ЗОС-а о поступку разграничења животног од неживотног осигурања указују да је била спорна његова правна природа. У ствари, по мишљењу потписника овог рада, спорно

8 Стенографске белешке из неауторизованог стенограма припремила Лела Саковић, „Осигурање цензус раздора“, *Економист џурнал*, бр. 161/2003, стр. 43–58.

9 Чињеница је да се тај осигураваач противио и противи постојању композитних друштава у Србији, али је то друштво за осигурање већ пуну деценију од свог првог противљења остало композитно друштво!

10 Слободан Илијић, „Уз нови Закон о осигурању“, *Токови осигурања*, бр. 2/2004, стр. 3–5.

11 Владимир Чоловић, „Ретроактивно дејство Закона о осигурању“, *Зборник радова Удружења за право осигурања СЦГ, са савештовања на ошћину шему Осигурање у свешћу новој законодавства*, Палић, 2005.

је било да ли одредбе ЗОС-а представљају забрану за даље пословање композитно друштво за осигурање или су пак оне управљене ка преиспитивању раније издате дозволе за пословање композитног друштва за осигурање? Из приказаних погледа произилази да су по већинском мишљењу одредбе ЗОС-а представљале забрану за даље пословање композитног друштва за осигурање.

По мишљењу потписника овог рада, одредбе ЗОС-а не представљају забрану за даље пословање композитног друштва за осигурање у делатности осигурања Србије. О изричитој забрани би се радило у случају да је била аутоматски предвиђена санкција за друштво за осигурање, које се огрешило о члан 14 ЗОС-а или о члан 14 у вези са чланом 234 ЗОС-а. Наиме, санкција је могла да буде аутоматски прописана у ЗОС-у, примера ради, за прекорачење рока, првог или ма кога од продужаваних рокова за промену статуса и пословања композитног друштва. Санкција је могла да буде аутоматски прописана у ЗОС-у према композитном друштву ако оно не би уопште приступило ма каквим променама свог дотадашњег статуса и пословања. Таква санкција је морала да буде предвиђена или у неком од посебних кривична дела, које је садржао основни текст ЗОС-а из 2004. године (други закон је доцније ставио ван снаге та посебна кривична дела из ЗОС-а), или евентуално у одредбама из главе о прекршајима у ЗОС-у. Аутоматизам ма какве санкције није био прописан у основном тексту ЗОС-а, ни доцније кроз његове измене и допуне, све до данас. Кад нема аутоматски прописане санкције у ЗОС-у, нема ни забране даљег пословања композитног друштва за осигурање, које од раније има дозволу за рад. Дакле, ЗОС није предвиђао аутоматизам у забрани даљег пословања композитног друштва за осигурање, које у погледу разграничења животног од неживотног осигурања није поступало у складу са ЗОС-ом.

По мишљењу потписника овог рада, одредбе ЗОС-а о поступку разграничења животног од неживотног осигурања управљене су ка преиспитивању раније издате дозволе за пословање композитног друштва за осигурање. Мада ЗОС није процесноправно одредио назив поступка по коме НБС спроводи разграничење животног од неживотног осигурања, несумњиво је да се ради о примени управног поступка пред НБС. У тој правној празнини лежи проблем. Ову правну празнину напред цитирани писци попуњавали су тако што су узимали да истовремено постоји и обавезна специјализација свих друштава за осигурање и прећутна забрана за даље пословање дотадашњих композитних друштава за осигурање. Да је којим случајем управни поступак за примену овог института био разрађен у ЗОС-у, тај поступак пред НБС би морао да обухвати следеће, и то: (1) да се утврди чињеница да ли је друштво за осигурање у питању, које од раније има дозволу за рад

заиста композитно друштво; (2) да се утврде чињенице које се односе на питања да ли је конкретно композитно друштво приступило променама статуса и пословања у складу са чланом 14 ЗОС-а; (3) да се оцени свака утврђена чињеница посебно и све заједно о томе да ли поднети докази НБС указују да је промењен статус и пословање друштва за осигурање, те да се процени да ли су испуњени услови прописани овим законом; (4) да се израда решења НБС у управном поступку према конкретном композитном друштву у року од 30 дана од дана подношења његових доказа о промени статуса и пословања. Очигледно, ЗОС је ишао за тим да пропише услове за разграничење животног од неживотног осигурања, а у томе промена статуса и пословања остала је правна празнина. Са гледишта праксе све ове тачке морале су да буду испуњене кумулативно, а већина од њих је садржала у себи правне празнине. Дакле, у одредбама ЗОС-а о разграничењу животног од неживотног осигурања предвиђено је управно овлашћење НБС да у посебном поступку утврђује постојање или непостојање промене статуса и пословања дотадашњег друштва, којим се преиспитује раније издата дозвола за пословање композитног друштва.

IV Композитно друштво за осигурање у упоредном и домаћем праву

У периоду између шездесетих и осамдесетих година 20. века у ЕЗ, односно у ЕУ, вођена је жива дискусија о начину на који оптимално треба организовати послове унутар друштава за осигурање са крајњим циљем успостављања јединственог тржишта осигурања. У дискусији била је присутна једна супротност. С једне стране, било је привреда у ЕЗ у којима је по традицији спровођена специјализација међу друштвима за осигурање, а с друге стране, било је привреда у којим су деловала и композитна и специјализована друштва за осигурање.

У уџбеничкој¹² литератури из комунитарног права осигурања та дискусија у ЕЗ о оптималној организацији послова унутар друштава за осигурање одвијала се поводом доношења појединих директива. Илуструјући ту дискусију указано је на различите приступе у појединим државама, сложеност материје и тврде ставове представника осигуравача, које је ваљало усагласити. У овој литератури је истицано да су се, примера ради, представници француских, ирских и холандских осигуравача залагали од почетка за специјализацију међу осигуравачима. За представнике осигуравача из Данске и Италије наведено је да су се опредељивали за специјализацију осигуравача, поготово за новооснова-

12 Јасна Пак, *Право осигурања*, Београд, 2011, стр. 62–67 (фуснота бр. 88).

на друштва, али су дозвољавали да постојећи осигуравачи остану композитна друштва. За разлику од претходних, представници немачких осигуравача прихватили су да неки осигуравачи остану и даље композитна друштва. Најзад, за представнике осигуравача из В. Британије, Белгије, Грчке, Шпаније и Португалије било је карактеристично да су остављали сваком поједином осигуравачу да се определи да ли ће се специјализовати за поједине послове осигурања (осигурање имовине, живота и сл.) или ће остати композитно друштво, под условом да се одвојено води управљање и књиговодство за сваку групу послова осигурања. Дискусија је заокружена усаглашавањем код неколико директива почев од Директиве 79/267/ЕЕЗ закључно са Директивом 2002/83/ЕЗ од 5. новембра 2002. године. Аутора¹³ низа књига о осигурању и реосигурању (за економисте) нарочито је привукла процена по којој композитна друштва за осигурање учествују на светском тржишту осигурања са укупно пет посто, из чега је извео закључак да имају незнатно учешће на тржишту упркос предностима над специјализованим друштвима. По цитираном аутору, предности специјализованих друштава за осигурање састоје се у томе што се спречава преливање из животног у неживотно осигурање и што могу одвојено да се прате ризици. Сматра да је предност композитних друштава дисперзија ризика, могућност продаје и једне и друге врсте осигурања истим клијентима, као и остварење економије обима. У недостатке композитног друштва, по овом аутору, убраја се захтев надзорних органа над делатношћу осигурања да се за њихово оснивање и пословање мора да обезбеди знатан капитал. Исти аутор је подвукао да се ММФ и Светска банка у начелу залажу за раздвајање животног од неживотног осигурања, али да не условљавају раздвајање код појединих друштава за осигурање. Основни аргумент против раздвајања композитних друштава јесте изложеност губитцима, до којих би долазило услед великих трошкова које раздвајање композитног друштва повлачи за собом, сматрао је овај аутор. У прилог тој тези аутор је навео да је Удружење осигуравача Србије проценило да је у току 2010. године укупан профит осигуравача износио око двадесет милиона евра, а да би трошкови раздвајања могли да достигну десет милиона евра.

Пошто је подвукао да је у ЗОС-у усвојено правило по коме се новоосновано друштво за осигурање може да бави само једним или другим пословима осигурања, писац Појмовника осигурања¹⁴ је констатовао да је ЗОС увео забрану да се оснивају композитна друштва за осигурање. Према резонувању истог писца у ЕУ није дозвољено „утемељење но-

13 Борис Маровић, „Композитна осигуравајућа друштва у функцији развоја осигурања“, *Токови осигурања (специјал)*, бр. 1/2012, стр. 40.

14 Небојша Жарковић, *Појмовник осигурања*, одредница „Мешовити осигуравач“, Нови Сад, 2013, стр. 159.

вих друштава за бављење и животним и неживотним осигурањем“, али се примећује да се специјализована друштва за једну или другу врсту осигурања „повезују и удружују, тако да опет имају понуду разних врста осигурања“. Група аутора уџбеника права осигурања¹⁵ скренула је пажњу стручној и научној јавности у праву осигурања на важност чл. 18 и 19 Директиве 2002/83/ЕЗ. Из тих одредаба директиве изведена је констатација да је у надзору над делатношћу осигурања у ЕУ изграђен нормативни систем, стим што је органу за надзор омогућено да процени испуњеност услова подносилаца захтева, односно „да одлучи да ли ће издати дозволу или не, тако да се може рећи да је прокламовани нормативни систем добио својства система целисходности“. Наведену констатацију да је у ЕУ нормативни систем при издавању дозволе за рад друштву за осигурање „добио својство система целисходности“ уџбеник је у фусноти упутио на објављени рад председника Уставног суда Србије. Ова група аутора је посебно указала на процесноправни аспект у надзору над делатношћу осигурања у ЕУ. У том погледу истакнуто је да незадовољна странка има право приговора против наведене одлуке органа за надзор над делатношћу осигурања. Основ за овај правни лек нађен је у низу директива, па и у Директиви 2002/83/ЕЗ, која је заокружила дискусије о правном институту раздвајања животног од неживотног осигурања у ЕЗ.

Правни положај композитног друштва за осигурање у упоредном праву може да се посматра и кроз осигуравајућу праксу у републикама бивше СФРЈ, сада чланицама ЕУ. Најновији објављени радови су указали да у Хрватској има девет композитних друштава за осигурање,¹⁶ а да у Словенији има седам композитних друштава уз напомену да она учествују са 76% на словеначком тржишту (са стањем 31. децембар 2010. године).¹⁷ У Србији има тренутно четири – пет¹⁸ композитних друштава за осигурање, стим што НБС објављује списак свих друштава за осигурање. На том списку се не види која су композитна друштва за осигурање. У сваком случају, број композитних друштава за осигурање на светском или националном тржишту осигурања није или не мора да буде одлучујући фактор за оцену њихове важности на том тржишту, већ је важније показатељима успешности пословања (укупна премија и др.) утврђивати који део конкретног националног или светског тржишта захватају композитна друштва за осигурање.

15 Драган Мркишић, Здравко Петровић, Катарина Иванчевић, *Право осигурања*, 5. издање, Београд, 2008, стр. 107.

16 Хрвоје Пауковић, „Одвојено вођење послова животног и неживотног осигурања“, *Токови осигурања (сјецијал)*, бр. 1/2010.

17 Нејка Штиберник, Сергеј Симонити, „Тржиште осигурања у Словенији и његова регулатива – отворена питања“, *Токови осигурања (сјецијал)*, бр. 1/2012, стр. 14–24.

18 Више доступно на адреси: www.nbs.rs.

У Србији је у току процес усклађивања законодавста са правном тековином ЕУ. У том процесу ЗОС из 2004. године је регулисао посебан поступак разграничења животног од неживотног осигурања. Пред законодавцем Србије је стајао релативно лак задатак. Задатак се састојао у регулативи оснивања специјализованих друштава за осигурање, као и услова за наставак рада композитних друштава за осигурање, што је прозилазило из права осигурања ЕУ. По питању да ли је у праву осигурања ЕУ предвиђено пословање композитних друштава за осигурање одговор је дао члан 18 став 3 Директиве 2002/83/ЕЗ. Према том пропису 15. март 1979. године је био преломни датум за осигуравааче из свих чланица ЕЗ по питању да ли надлежни национални орган за надзор над осигурањем може да дозволи композитном друштву за осигурање пословање на јединственом тржишту осигурања ЕЗ, а данас ЕУ. То правно значи да је композитно друштво за осигурање могло да послује на јединственом тржишту осигурања у ЕЗ, ако је основано пре наведеног преломног датума и ако је то оснивање евидентирано код надлежног органа за надзор над осигурањем. Битно је за осигуравајућу праксу у Србији да се констатује да одредбе наведене директиве од дотадашњих композитних друштава у ЕЗ нису захтевале да испуњавају ма какве додатне или нове услове, као што нису захтевале промене дотадашњег статуса и пословања. Алијанс, Акса и Генерали спадају у највеће осигуравааче у Европи, па и свету, а основани су пре наведеног преломног датума, тако да су после доношења наведене директиве наставили с пословањем, без испуњавања икаквих додатних или нових услова. У односу на преломни датум и Србија је имала или има бар једно композитно друштво за осигурање основано пре преломног датума. То је данашња Компанија „Дунав осигурање“ а.д.о., која је основана средином 1974. године, односно пре преломног датума 15. март 1979. године из наведене директиве, тако да није било уставноправних сметњи да се у ЗОС преузме преломни датум из наведене директиве ЕЗ по питању која композитна друштва по ступању на снагу ЗОС-а могу да наставе с даљим пословањем. Да је тако предвиђено у ЗОС-у могло би да се узме да је ЗОС у том погледу усклађен са правом осигурања ЕЗ, односно ЕУ. Законодавац Србије је имао основ у наведеној директиви и да забрани рад поједином композитном друштву, што би се могло препознати у извесној мери у напред поменутом члану 238. ЗОС-а. Вероватно „читајући између редова ту директиву ЕУ“ законописац у Србији је у ЗОС уградио нешто чега уопште нема у наведеној директиви, тј. уградио је да дотадашње композитно друштво за осигурање у Србији мора да промени статус и пословање да би НБС оценила да ли је то у складу са условима прописаним законом. Са тих законодавноправних разлога ваља узети да посебан поступак разграничења животног од неживотног осигурања из ЗОС-а није

усклађен са правом осигурања ЕЗ, односно ЕУ. Дакле, поред новооснованих специјализованих друштава за осигурање, право осигурања ЕЗ омогућило је оним дотадашњим композитним друштвима за осигурање да наставе са пословањем на јединственом тржишту ЕЗ, данас ЕУ, која су била основана пре 15. марта 1979. године.

Уобичајено је да се приликом утврђивања текста прописа, у зависности од сложености материје, излажу различити приступи, изнесе меки, тврђи или најтврђи ставови о појединим решењима из предложеног прописа. Та појава врло пластично је изражена у напред наведеној литератури при утврђивању текста директива, којим је регулисано разграничење животног од неживотног осигурања у ЕЗ. Било је евидентно у тој дискусији да су представници различитих држава чланица ЕЗ били врло активни у заступању интереса приватних композитних друштава за осигурање са својих територија. То тврдо заступање својих ставова при усаглашавању текста директиве дало је опипљиве резултате у односу на композитна друштва из појединих држава чланица ЕЗ. Према члану 18. Директиве 2002/83/ЕЗ представници грчких осигураваача издејствовали су за преломни датум 1. јануар 1981. године само за осигуравааче из Грчке, представници осигураваача из Шпаније и Португала издејствовали су преломни датум 1. јануар 1986. године за осигуравааче са тог полуострва, представници осигураваача из Аустрије, Финске и Шведске издејствовали су преломни датум 1. јануар 1995. године за осигуравааче из тих држава. Другим речима, за композитна друштва из наведених шест чланица ЕЗ, данас ЕУ, преломни датум није остао 15. март 1979. године, већ поједини каснији датуми. По мишљењу потписника ових редова, тадашњи представници осигураваача из наведених шест држава заслужују похвалу, јер су тврдо заступали интересе приватних осигураваача, композитних друштава за осигурање, приликом усаглашавања текста директиве ЕЗ. Такви заступници осигураваача биће пожељни и за заступање осигураваача из Србије у процесу приступања ЕУ, без обзира што је правна тековима ЕУ супериорније право осигурања од права осигурања Србије.

По мишљењу потписника овог рада, нормативни систем за издавање дозволе за рад у делатности осигурања од стране државног органа уопште, па и у ЕУ, значи посебан административни поступак у коме су претходно прописани сви услови чијим аутоматским испуњењем национални надзорни орган над делатношћу осигурања обавезно издаје дозволу подносиоцу захтева. У посебном поступку разграничења животног од неживотног осигурања у ЗОС-у целисходност из права осигурања ЕУ замењена је са дискреционим овлашћењем у ЗОС-у, што није својствено нормативном систему издавања дозволе у ЕУ. Наиме, ЗОС је овластио НБС да цени по дискреционом овлашћењу да ли су

испуњени услови прописани законом. Неспорно је да ЗОС није изричито или прећутно дотадашњем композитном друштву за осигурање наредио да мора да постане специјализовано друштво за осигурање. У одсуству таквог директног налога одредбе ЗОС-а су предвиделе посебан поступак, који може да се сведе у управној и судској пракси на тумачења правних празнина. Једну празнину чини значење законског израза – промена статуса, а другу значење законског израза – промена пословања. Како Директива 2002/83/ЕЗ не захтева од законодавца државе чланице да у домаћи закон угради за дотадашње композитно друштво за осигурање да мора да изврши промену статуса и пословања по ступању на снагу домаћег закона, то посебан поступак за разграничење животног од неживотног осигурања у ЗОС-у није усклађен са правом осигурања ЕУ, тако да по основу ЗОС-а није могуће на правилан и законит начин окончати поступак према дотадашњем композитном друштву за осигурање. Вероватно зато није спроведен у пракси ниједан посебан поступак по основу члана 14 у вези са чланом 234 ЗОС-а, а крајњи рокови тог поступка су већ деценију, из године у годину, продужавани.

V Закључци

Закон о осигурању из 2004. године предвидео је посебан поступак по питању да ли су испуњени услови прописани тим законом за пословање дотадашњих композитних друштава за осигурање. У протеклој деценији показало се у пракси да тај посебан поступак није спроведен ни у једном предмету и да није био резултат анализе стварног стања на терену.

Одредбе Закона о осигурању из 2004. године у погледу разграничења животног од нрживотног осигурања нису усклађене са Директивом 2002/83/ЕЗ, те у Нацрту новог закона о осигурању треба изоставити прописивање посебног поступка за разграничење животног од неживотног осигурања на начин како је то било предвиђено у ЗОС-у протеклој деценији.

Mag. Slobodan ILIJIĆ
Member of the Presidency of Lawyers Association of Serbia

THE LEGAL STATUS OF COMPOSITE INSURANCE COMPANY IN SERBIA

Summary

The author has analyzed the provisions of the Insurance Law on composite insurance companies. These provisions regulate the delineation of life and non-life insurance in the composite insurance companies. The author compared them with provisions of the Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002. He came to a conclusion that these provisions are not consistent with the provisions of the Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002.

Key words: *insurance law, Directive 2002/83/EC, life insurance, non-life insurance.*

Рок Фелицијан ПРИСТОВШЕК

докторант на Правном факултету Универзитета у Марибору

ОСИГУРАЊЕ ОД ЛЕКАРСКЕ ОДГОВОРНОСТИ У СЛОВЕНИЈИ И СРБИЈИ

Резиме

Број захтева против лекара и здравствених организација због професионалних лекарских грешака се повећава. Одговорност због професионалних лекарских грешака се могу ублажити осигурањем од професионалне одговорности за лекаре. У Србији, то осигурање није обавезно, док је у Словенији прописано законом као обавезно. Суштина осигурања је да заштити осигураника од штети за накнаду штете по основу одговорности за професионалне грешке. Осигуравајуће друштво се обавезује да лекарима и организацијама здравствене заштите обезбеди економску сигурност исплаћивањем оправданој и разумној захтева за накнаду штете. Уколико су захтеви за накнаду штете неодржавани и прекомерни, друштво ће пружити правну заштиту. С друге стране, оно ипак неће штитити пацијента као жртве, јер јој закон даје право да захтева накнаду штете по директној штети против осигуравајућеј друштва. На обавезу осигурања утиче одговорност за штету лекара, ипак да ћемо се у раду ипак бавити конкретним спорним питањима у том контексту. Рад се завршава поглављем у коме се налази крајак прећудних правних система осигурања лекарске одговорности. Овим радом желим да покажем могућности које дају други механизми, са прећудом неких од решења које би у будућности требало увести у словеначки и српски закон и тиме побољшати како позицију пацијента, ипак и лекара.

Кључне речи: осигурање од одговорности, осигурање од професионалне одговорности, обавезно осигурање, медицинска грешка, лекар, права пацијента.

I Увод

Током социјалистичког режима и идеолошких концепција колективне одговорности није било потребе за осигурањем одговорности за професионални рад. Све грешке су замаскиране или прикриване одговорношћу организације или државе за сваку професију. Увођење индивидуалне одговорности, нарочито у погледу накнаде штете, било је страно бившем систему. Могуће санкционисање појединих грешака у професионалном раду имало је пре свега дисциплински карактер или је водило кривичној одговорности. Потенцијални захтеви за компензацију жртава, који проистичу из неправилног стручног рада, били су идеолошки негативно оцењени. У пракси, оштећени у борби за своја права за накнаду штете није имао пуно савезника. То је, такође, разлог малог броја захтева за накнаду штете у здравству.¹ Након добијања независности, дошло је до новина на овом подручју, јер је пацијент као субјект у процесу постао све више свестан својих права и спремнији да се бори за њихово остварење. Оштећеном се може одредити накнада и у случајевима када је лекар ослобођен одговорности у кривичном поступку.²

Са порастом броја захтева за одштету због лекарских грешака расте и заинтересованост лекара, односно здравствених организација за закључење осигурања од овакве одговорности. Последице грешака могу бити озбиљне и у финансијском смислу. Дакле, осигурањем од професионалне одговорности лекара су у систем накнаде штета проузроко-

1 Šime Ivanjko, „Zavarovanje poklicne odgovornosti zdravnika“, *Medicina in pravo* 2, Maribor, 1994, стр. 133.

2 Према подацима Словеначког Удружења за осигурање (за дан 18.2.2014. године) број захтева за накнаду штете рапидно расте (2000. година – 5 захтева, 2005. година – 26 захтева, 2010. – 70 захтева, 2012. година – 123 захтева). Међутим, сам број захтева не одражава стварни број грешака, јер се све грешке не завршавају захтевом за накнаду штете. Такође, расту премије осигурања, брже од исплаћених сума осигурања (2000. године – укупна премија осигурања је износила 191.585 ЕУР а израчуната укупна сума осигурања 11.494 ЕУР, 2005. године – укупна премија осигурања је износила 393.992 ЕУР, а израчуната укупна сума осигурања 37.593 ЕУР, 2010. године – укупна премија осигурања је износила 849.768 ЕУР, а израчуната укупна сума осигурања 286.927 ЕУР, 2012. године – укупна премија осигурања је износила 1.059.569 ЕУР а израчуната укупна сума осигурања 560.952 ЕУР). Српска асоцијација за осигурање ту врсту евиденције не води.

ване стручном грешком, укључена и осигуравајућа друштва која нуде покрића за овакве захтеве на основу уговора о осигурању које закључују са лекаром у приватној пракси или са здравственом организацијом као лекаревим послодавцем.

Осигуравајућа друштва су, имајући у виду да се у неким случајевима ради о високо стручној и специфичној делатности, као што је лекарска, за случајеве професионалне одговорности развила посебне производе и обликовала посебне услове осигурања.³

II Уопштено о осигурању лекареве одговорности

Осигурање од лекарске одговорности представља врсту осигурања од одговорности које је законом или уговором уређен скуп правних односа између три лица: осигуравајућег друштва, који посредством убраних премија преузима имовинске последице унапред одређеног штетног догађаја; осигураника, који се ослобађа последица грађанске одговорности, ако она услед таквог догађаја буде ангажована; и трећег лица, коме се накнадом из осигурања врши обештећење у случају, да из истог догађаја претрпи штету.⁴

Користи које осигурања од одговорности може донети су вишеструке.⁵ Суштина је у заштити осигураника од захтева за накнаду штете. Закључивањем уговора о осигурању од одговорности, осигураник, као дужник обавезе накнаде штете, ослобађа се законских последица својих поступака. Његов терет преузима осигуравајуће друштво на основу уговора о осигурању којим се обавезује да сноси последице одговорности у случају када је осигураник проузроковао штету трећем лицу. Учинак финансијске сигурности долази до изражаја и у случају, када се ради о неоснованом захтеву одштете и када осигуравајуће друштво при том нуди одговарајућу правну, по потреби и судску заштиту, која је ипак споредна улога осигуравача, акцесорна његовој главној обавези – накнади штете (правни и финансијски аспекти). На основу осигурања од одговорности побољшава се и ситуација жртве, јер у улози новог обвезника је осигуравајућа компанија, која је обично у смислу бонитета поузданија за отплаћивање штете (аспект оштећеног).⁶

3 Tilen Jereb, „Odgovornost i osiguranje odgovornosti lekara – sa akcentom na slovenačko pravo“, *Promene u pravu osiguranja Srbije u okviru evropskog (EU) razvoja prava osiguranja*, 15–17. april 2011, Beograd 2011, стр. 360.

4 Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Београд, 2005, стр. 383.

5 Детаљније вид. П. Шулејић, *нав. дело*, стр. 386–388.

6 Не треба игнорисати психолошки аспект, јер лекар у свом раду такође пружа и психолошку сигурност. Он је свестан да у случају настанка осигураног случаја,

Осигурање од професионалне одговорности за лекаре је врста осигурања од одговорности, за које важе следеће карактеристике које су типичне за сва осигурања одговорности:

- Осигуравајуће друштво одговара за штету насталу у случају осигурања, само ако трећа особа (оштећени) захтева накнаду.⁷
- Оштећени може захтевати накнаду за претрпљену штету, као резултат догађаја за који је одговоран осигураник, директно од осигуравајућег друштва до износа својих обавеза (*actio directa*). *Actio directa* у тренутку када је одвојена од уговора, постаје независна.⁸ Друштво за осигурање одговорно је до износа осигуране суме наведене у уговору о осигурању. Алтернативно, оштећени захтева накнаду штете по општим правилима облигационог права од штетника, који касније као осигураник захтева накнаду штете од осигуравајућег друштва.⁹
- Суброгација у форми какву познајемо у имовинском осигурању у принципу, није могућа, јер осигуравајуће друштво не може захтевати накнаду која се плаћа за оштећеног, јер уколико би то било дозвољено, осигурање не би имао смисла (починитељ штете се штити од последица својих поступака).¹⁰
- Постоји интересовање осигуравајућег друштва да има комплетан преглед и утицај на одређивање елемената и обима одговорности. Осигуравајуће друштво у случају парнице изричитим одредбама уговора обично обезбеђује активну улогу у односу осигураника и оштећених (*клаузула о вођењу сџора*).¹¹ Осигураник, такође, не може без претходне сагласности друштва за осигурање да призна захтев за накнаду штете, изврши поравнање или плаћање (*клаузуле о забрани њоравнавања и забране њризнања одџоворносџи*).¹² Ако осигураник онемогући осигуравајућем друштву да измири потраживање, или са њим

осигуравач покрива штету. Дакле, њихов рад је опуштенији и спречава повећање тзв. дефанзивне медицине јер, упркос напретку у знању и методама не може се очекивати да не буде лекарских грешака, које се не могу избећи (психолошки аспект).

7 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 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља), чл. 940.

8 Šime Ivanjko, *Uvod v zavarovalno pravo*, Maribor, 1999, стр. 180.

9 Ada Polajnar-Pavčnik, у: N. Plavšak, M. Juhart, *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 4. knjiga, Ljubljana, 2003, стр. 889.

10 Š. Ivanjko, *нав. дело*, стр. 181.

11 П. Шулерић, *нав. дело*, стр. 396–399.

12 П. Шулерић, *нав. дело*, стр. 399–401.

не сарађује на решавању случаја осигурања, дужан је да надокнади штету осигуравајућем друштву, која је настала као последица.

Осигурање од професионалне одговорности односи се на различите врсте занимања која захтеваја посебно руковање по неком правном стандарду.¹³ Предмет осигурања од професионалне одговорности је накнада штете за професионалну одговорност осигураника. То је штета коју је осигураник због професионалних грешака изазвао у свом раду.¹⁴

Осигурање од професионалне одговорности може бити регулисано као обавезано или на добровољној основи. Добровољно осигурање од одговорности је осигурање које је основано добровољно, без принуде, одлуком друштва за осигурање и осигураника, уговором о осигурању. Обавезно (принудно) осигурање је осигурање које се успоставља по правилу које искључује слободу одлучивања. Обавезно осигурање појединца у нашем региону током протекле деценије је доживело велики процват, посебно у области осигурања од професионалне одговорности и осигурања животне средине.¹⁵

У Словенији, осигурање од професионалне одговорности лекари-ма прописује Закон о здравственој служби (у даљем тексту: ЗЗдрС),¹⁶ као обавезно осигурање. Лекар, који ради директно са пацијентима мора бити осигуран за штету која може настати у његовом раду. Запосленог лекара осигурава послодавац. Минималну суму осигурања сваке године одреди Лекарска комора у сагласности са министарством. Лекар или стоматолог који ради директно са пацијентима мора бити осигуран за штету која може настати у његовом раду, за суму осигурања за најмање 12.518,77 евра.¹⁷ Када здравствена организација као послодавац

13 У ту браншу, улази и осигурање од одговорности због грешака, немарности и пропуста које настају у обављању, поред већ помињаних осигурања професионалне грађанско-правне одговорности адвоката и нотара и осигурање одговорности ветеринара, апотекара, архитеката, рачуновођа, финансијских саветника, правних саветника, судских извршитеља, пореских саветника, управника стварима, управника заоставштине, медијатора, мировних судија, преводилаца, консултаната осигурања.

14 Jernej Veberič, „Pogodba o zavarovanju odgovornosti“, *Pravni letopis*, Ljubljana, 2008, стр. 175–176.

15 Marko Pavliha, Sergej Simoniti, *Zavarovalno pravo*, Ljubljana, 2007, стр. 209–210.

16 Словенски Закон о здравственој служби (*Uradni list RS*, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZПacP, 58/08, 107/10 – ZPPKZ in 40/12 – ZUJF).

17 Sklep o zavarovanju zdravnikov in zobozdravnikov za škodo (*Uradni list RS*, št. 11–686/2001), доступно на адреси: <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=SKLE1926>, 10.3.2014.

узима осигурање за своје раднике, оно ће гласити на њено име. Послодавац је оштећеном директно одговоран за штету насталу услед неправилног руковања запосленог лекара. Закон, такође, прописује и казне медицинској служби, уколико се уговор о осигурању не закључи.

Словеначки закон је непотпун, јер предвиђа заштиту само за грешке лекара у директном раду са пацијентима, а занемарује да она може настати из других разлога у процесу лечења (нпр. због лоше организације болнице). Дакле, можда постоји разлика у третману пацијената, јер пацијенти који претрпе штету која је резултат лекарске грешке имају прилику да поднесу тужбу против осигуравајућег друштва, док они који такође претрпе штету, на пример, због лоше организације у болницама, неће имати такву опцију. Обично, до ових проблема не долази, јер здравствене институције не само да штите од немара лекара, већ проширују обим осигурања на друге потенцијалне штетне догађаје.

У Србији још увек није законом уведено ово осигурање као обавезно. Иако здравствено осигурање није обавезно на основу закона су практично сви лекари у Србији осигурани, јер је Српска Лекарска комора почетком 2011. године обезбедила све лекаре који су регистровани у регистру лиценцираних лекара (30.000 евра). Основни пакет осигурања покрива, по лекару, штету у вредности од 200 евра до максимално 10.000 евра, која ће пацијентима, у случају компликација и нежељеног исхода лечења бити исплаћена у поравнању пре покретања парничног поступка. Сви лекари, и у државном и у приватном здравству, добили су основни пакет осигурања.¹⁸ Чак и у свету је уобичајена пракса неких удружења да у статутима предвиђају обавезу чланова да приступе колективном уговору осигурања од одговорности. Статути неког удружења могу предвидети овакву обавезу члана, иако осигурање од одговорности за професију које обављају чланови удружења није обавезно.¹⁹

III Уговор о осигурању и обим осигуравајућег покрића

Уговорни однос успоставља се закључењем уговора о осигурању између осигуравајућег друштва и приватног лекара или здравствене организације. Права и обавезе странака одређују се уговором о осигурању, општим и посебним условима друштва за осигурање, додатним клаузулама и законом (ОЗ/ЗОО).²⁰

18 Лекари у Србији осигурани од професионалне одговорности, доступно на адреси: http://www.rlkbg.org.rs/images/docs/osiguranje_lekara.pdf, 10.3.2014.

19 Јасна Пак, *Право осигурања*, Београд, 2011, стр. 37.

20 Осигурање опште грађанске одговорности Републици Словенији уређено је у *Obligacionom zakonu (Uradni list RS, št. 83-4287/2001, 7.5.2007. године)*, а у Србији у *Закону о облигационим односима*.

Ако је осигурање обавезно по закону, странке се морају понашати у складу са условима које прописује закон у вези са садржајем уговора о осигурању. Остале компоненте уговора о осигурању могу се одређивати по жељи на основу добровољности, закључивањем уговора о осигурању које дозвољава закон. Секторски закони обично штуро регулишу садржај уговора о осигурању за одређене професионалне активности и обично уређују само обавезу да се закључи осигурање и можда и минималну суму осигурања, која се односи и на осигурање од професионалне одговорности лекара. Ако је осигурање од професионалне одговорности лекара добровољно, као у српском праву, услови осигурања јесу искључиви извор права за његово уређење.

У уговору о осигурању и у условима осигурања, осим осигуранице опасности и одређених искључења, дефинишу се време настанка осигураног случаја, временска ограничења осигуравајућег покрића, уређују обавезе уговорних страна после наступања осигураног случаја, утврђује сума осигурања, премија и последице њеног неплаћања, умањене франшизе, итд. У пракси, већина осигуравајућих друштава једнострано утврђује ризике. Општи и посебни услови су централни извор за формирање одговорности, у њима, поред покривених штета, наводе и искључења индивидуалних ризика. Ризици које друштво за осигурање искључује код осигурања од лекарске одговорности имају само мала одступања.²¹

У професионалном лекарском осигурању од одговорности осигураници случај представља захтев за одштету против лекара који подноси пацијент, због штете коју је проузроковало наводно поступање лекара (*contra legem artis*), или за штету која је настала интервенцијом за коју пацијент претходно није дао сагласност (*informed consent*). Нека друштва за осигурање последње више не убрајају међу ризике осигураника (нпр. *Zavarovalnica Triglav*), па чак то и изричито искључују.²²

За разумевање ширине покрића које друштва за осигурање условима осигурања пружају лекару, ваља имати на уму да у условима осигурања појам лекарске грешке, а тиме и одговорност лекара која је покривена овим осигурањем, не мора се у потпуности подударати са тим појмом, односно одговорношћу која за лекара произилази због греш-

21 Упоређивање различитих услова осигурања у Србији, вид. Јован Славнић, „Осигурање професионалне одговорности лекара“, *Часопис за право осигурања*, бр. 1/2009, стр. 35–43.

22 Општи услови за осигурање од професионалне одговорности здравствених услуга – осигуравајуће друштво Триглав Словенија (PG-оро-озд/11-7), доступно на адреси: http://www.triglav.si/wps/wcm/connect/a583e540-48f1-4c67-a704-d92027914593/PG-opo-ozd-11-7_ODG.ZDR.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a583e540-48f1-4c67-a704-d92027914593, 10.3.2014.

ке из правила одштетног права. Другим речима, условима осигурања значење појма лекарске грешке може бити уже, али и шире постављено од значења које том појму даје одштетно право.

Условима осигурања се тако може проширити обим покрића на штете које настану изван оквира његове одговорности за пружање здравствених услуга за лекаре утврђене Законом о здравственој заштити и другим прописима (одговорност за лекарску грешку), као што су штете које су у вези са одговорношћу лекара за пропусте у организацији рада здравствене установе, односно приватне праксе, у пружању услуга које лекар пружа уз здравствене услуге (на пример, одговорност лекара дерматолога за штете из његове одговорности у пружању козметичарских услуга које обавља уз здравствене услуге дерматолога), штете које учини лекар приликом пружања услуга из домена дужности нижег медицинског особља, штете индиректно повезане са њиховом одговорношћу за пружање здравствених услуга као основним извором опасности која се покрива овим осигурањем, али не погађају директно лекаре клијенте већ непосредно самог лекара, односно здравствену установу или приватну праксу у којој он ради, тзв. сопствене или директне штете (нпр. штета због губитка лиценце, здравствене документације пацијената). На тај начин осигуравајућа друштва обезбеђују лекарима да једним уговором покрију најважније ризике који угрожавају њихов посао и чине да ово осигурање постане атрактивније.²³

По правилу се осигурава само нематеријална штета (штета због телесних болова, због душевних патњи, због смањења опште животне активности, због страха и због душевних патњи услед унакажености), а могуће је осигурати се и од настанка личне имовинске штете, као на пример губитка у заради оштећеног и слично. А из осигурања је изузета уговорна штета. Уговорна одговорност за штету би дошла у обзир само у случајевима када би могли да сагледамо одговорност лекара, односно здравствене установе за успех, а то би било само у случајевима када се одређеним обећаним медицинским интервенцијама не би постигли очекивани резултати (на пример, код естетских операција и сл.).²⁴

IV Осигурање одговорности лекара и одговорност за штету

Осигурање одговорности нераскидиво је везано са одговорношћу за штету. Садржај одговорности за штету представља садржај осигурања од одговорности. Постоји класични концепт одговорности, који се реализује у већини европских земаља (укључујући Словенију и Србију).

23 Ј. Славнић, „Осигурање професионалне одговорности лекара“, стр. 32–34.

24 Т. Јереб, *нав. дело*, стр. 362–363.

Неке земље су развиле „*no fault*“ систем, који се заснива на расподели ризика са посебним осигурањем.

У класичним системима (који укључују словеначки и српски) постојање грађанске одговорности је од суштинског значаја за формирање обавеза друштва за осигурање да плати накнаду за претрпљену штету на основу уговора о осигурању. На основу грађанске одговорности се утврђује износ накнаде друштва за осигурање, јер друштво за осигурање је дужно да плати по основу уговора о осигурању оштећеном износ на који има право према правилима облигационог закона, али не више него што је наведено у уговору о осигурању. Детаљно истраживање сваке поједине претпоставке штете (незаконитост, узрочност, штета и одговорност) би, ипак, превазилазило обим овог чланка, али због самог система осигурања потребно је утврдити питање одговорности.

Одговорност лекара се темељи на кривици. То становиште прихваћено је данас у свим европским земљама и у САД. Тако је у словеначком као у српском праву одговорност због лекарске грешке могућа и на основу уговора и на основу кривичног дела,²⁵ али увек по принципу кривице.

За разлику од кривичне, грађанска одговорност лекара не изискује тежу кривицу, него је довољна и обична непажња. С друге стране, као што је речено, кривица у облику непажње не схвата се као лични укор лекара, него као објективна категорија, тј. процењује се према објективном мерилу за пажњу. Приликом процене кривице не води се рачуна о личним способностима и знању туженог лекара, него се судја увек пита како би се на месту туженог понашао искусан и савестан лекар одговарајуће струке.²⁶ Индивидуална незнања или слабости не оправдају дотичног лекара, али ако он располаже необично високим знањима и способностима, дужан је да и њих употреби у корист пацијента. На тај начин гарантује се пацијенту, да може да се ослони на своје веровање, да сваки лекар поседује знање и способности који су му потребни, да би своје занимање обављао према актуелном медицинском стандарду. Јер,

25 Неки словеначки аутори сматрају да однос лекар – пацијент у пракси још увек се не третира као уговорни однос у облигационом праву, већ само се сматра одрицањем или признавањем правила медицинске струке. Вид. Andrej Pitako, „Advokat i medicinsko pravo“, *Odvetnik*, година XI, št. 2 (jul. 2009), стр. 4–8.

26 Словеначки Закон о здравственој делатности (*Uradni list RS*, št. 23/05 – uradno prečišćeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 23/08, 58/08 – ZZdrS-E, 77/08 – ZDZdr, 40/12 – ZUJF in 14/13) у 45. члану и Српски Закон о здравственој заштити (*Сл. гласник РС*, бр. 107/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012 и 45/2013 – др. закон) у 169. члану предвиђају, да здравствени радници и сарадници морају да обављају здравствену делатност према усвојеној здравственој доктрини у складу са етичким кодексом. Сличне одредбе имају и Међународни кодекс лекарске етике Светског удружења лекара.

пацијент није, по правилу, у стању способности лекара чијем се лечењу препушта, па стога мора слепо веровати у његове способности. Нарочито се сматра, да је лекар дужан да покаже објективно потребну пажњу, те да лечење обави прописно.²⁷

У српској литератури се заступају и другачија гледишта по питању облика одговорности за штету због повреде уговорних и вануговорних обавеза које имају тржишни субјекти када у вршењу својих професионалних делатности уговарају и ступају у друге облигационе односе, по којим лекар за штету због повреде дужности из свих ових извора обавеза одговара према правилима о објективној одговорности.²⁸ Главни аргументи, да би судови морали да оцене лекарске грешке по правилима о објективној одговорности су: тешко доказивање због солидарности лекара, недостатак општих стандарда понашања, употреба напредне технологије, која са једне стране пружа већу могућност за излечење, а са друге стране представља велики ризик (опасност) по здравље пацијента и наравно заштити положај пацијента који у таквим споровима наступа као слабија страна.²⁹ Главни аргумент против тога је, да би прихватање објективне одговорности и упоређивање лечења са делатностима/стварима од којих потиче повећана опасност штете, донело драстично повећање премија.³⁰ За сада, оцењивање аргумената за једно или друго решење надмашује аргументе који заговарају субјективну одговорност, јер заштита интереса пацијента у довољно великој мери обезбеђена је кроз строге медицинске стандарде понашања и судску праксу.

Такав став је потврђен више пута такође у одлукама судова Републике Србије³¹ и Словеније,³² као и у правној теорији. Објективна одговорност могућа је само у изузетним случајевима. На пример, према лицу које учествује у медицинском огледу и према добровољном даваоцу крви, за штету узроковану, на пример, инфекцијом.³³ У Европи

27 Јаков Радишић, *Медицинско право*, Београд, 2006, стр. 194–195.

28 Ј. Славнић, „Осигурање професионалне одговорности лекара“, стр. 32–35; Јован Славнић, „Осигурање од професионалне одговорности данас“, *Ревивија за право осигурања*, бр. 3/2006, стр. 23–37.

29 Viktor Planinšec, „Razlogi za objektivno zdravniško odgovornost“, *Pravna praksa*, leto 24, št. 4 (3. feb. 2005), стр. 17–18.

30 Andrej Pitako, „Kakšna zdravniška odgovornost?“, *Pravna praksa*, leto 24, št. 20 (19. maj 2005), Ljubljana, 2005, стр. 16–17.

31 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2066/80. од 14.1.1981, објављена у: *Правни жи-вои*, бр. 11/1981, 1981, стр. 121.

32 Пресуде Врховног суда Словеније: II Ips 539/96, II Ips 16/03, II Ips 712/04, II Ips 581/04.

33 Јаков Радишић, „Грађанска одговорност лекара која проистиче из њиховог занимања“, *Ревивија за право осигурања*, бр. 1/2009, стр. 16–17.

и свету све су гласнији захтеви за увођење објективне одговорности у медицини за штету изазвану употребом медицинских апарата.³⁴ По мом мишљењу, судови управо због брзог напретка у медицини и коришћења свих савремених уређаја и нових лекова, у будућности ће имати неколико прилика да користе институцију објективне одговорности. Видећемо да ли ће они тако изабрати.³⁵

V Алтернативе за традиционални систем одговорности за штету („no fault“ и мешовити системи)

Као „no-fault“ систем може се описати шведски модел и новозеландски модел. Један је модел приватног осигурања, који допуњава одговорност медицинских посленика (Шведска), а други модел јавноправног осигурања (Нови Зеланд),³⁶ који делимично замењује одговорност медицинских посленика.³⁷

Шведска је увела осигурање пацијената као обавезно. То је, заправо, осигурање пацијента од несрећа.³⁸ Обвезници осигурања су даваоци здравствених услуга и они плаћају премију осигурања. Да би се остварила надокнада мора бити неповољан исход лечења. Ова неминовност се уређује уколико искусан лекар лечењем не постигне другачији

34 Zvonko Bošković, *Medicina i pravo*, Zagreb 2007, стр. 141.

35 У области грађанске одговорности лекара намера као облик кривице не игра практично никакво улогу, осим у посебним ситуацијама као што су еутаназија и медицински оглед на човеку. Имовинска одговорност лекара и здравствених установа ослања се готово искључиво на непажњу, и то на сваки степен непажње. Наведено је важно, јер је то један облик кривице, који се у осигурању од одговорности може заштитити, јер је суштина осигурања од одговорности у којој ће појединац да буде заштићен ако, упркос раду са стандарном пажњом, нанесе штету чије би последице могле угрозити имовину и не штите појединца ако би другомерно намерно изазвао штету. У смислу законских одредби може се признати осигурање од одговорности при грубој непажњи, јер је степен реализације ризика мањи него код намере. У пракси, међутим, друштво за осигурање обично искључује из осигурања грубу непажњу, због вишег степена ризика (нпр. општи услови за осигурање од професионалне одговорности здравствених услуга – осигуравајуће друштво Триглав Словенија (PG-oro-ozd/11–7)).

36 Нови Зеланд има систем који разликује предмете које произилазе из несрећа, као и онима који то нису. У случају несреће, оштећени има право на накнаду од јавног „Accident Compensation Corporation (ACC)“. Компонента несреће у здравству, која се бави накнадама жртвама повреда изазваних медицинским третманом, што представља око 2% од износа штете АСС, јер АСС поред покрива све физичке незгоде изазване на радном месту, аутомобилом или друге изузетне догађаје. АСС је финансиран од општих пореза и доприноса.

37 Ј. Радишић, *Медицинско право*, стр. 215.

38 Слично томе, у Словенији и Србији је регулисано осигурање у саобраћају.

результат.³⁹ Узрок доказује пацијент. Штете које су последица хитних случајева, штете повезане са недостатком пристанка пацијента на медицински захват, или штете настале услед мањка адекватних информација пружених пацијенту, нису покривене осигурањем пацијента, већ подлежу општим правилима одштетног права.⁴⁰ Пацијент који није задовољан може уложити жалбу одбору за жалбе пацијената. Иначе, пацијент има увек на располагању и тужбу. Одређивање накнаде штете врши се према општим правилима одштетног права, уз ограничења накнаде за сваку повређену, оштећену, особу, око 160.000 евра, односно за сваки осигурани случај накнада је ограничена на око 800.000 евра. Сам поступак који се спроводи ради добијања одштете бесплатан је.⁴¹ У већини случајева, исплаћена накнада је мања од 2.000 евра. Број тужби које се остварују је само 10% пријава, од којих је 10% успешно.⁴²

Предности оваквог система су брзо решавање захтева, мањи административни и судски трошкови, већа вероватноћа исплате надокнаде захтева подносиоца захтева за накнаду штете, мање тензија између лекара и тужилаца (пацијент није дужан да докаже да је лекар направио грешку), већи број корисника надокнаде и заустављање практиковања дефанзивне медицине. Главни недостаци су недостатак дисциплинског поступка против преступника (за лекара не постоји опасност да се против њега води кривични или прекршајни поступак) и више средстава за исплату накнаде (иако су штете ограничене).

Као мешовити модел је светски познати француски систем, који се више пута показао као један од најбољих у свету и садржи елементе класичног и „no-fault“ система. У случају инфекције, или када лекар није проглашен кривим а пацијент остаје најмање 25% трајни инвалид, пацијент има право на накнаду по принципу „no-fault“.⁴³

39 Medical liability practices in Canada: Towards the right balance, доступно на адреси: http://www.gov.nl.ca/ahe/submissions/03_CanadianMedicalProtectiveAssociation.pdf, 10.3.2014, стр. 30.

40 Patient Injury Act, доступно на адреси: http://www.patientforsakring.se/resurser/dokument/engelska_artiklar/Comments_on_the_Patient_Injury_Act.pdf, 10.3.2014.

41 Patient Injury Act, чл. 8.

42 Medical liability practices in Canada: Towards the right balance, стр. 30.

43 У Француској је зато формирано административно тело „Национална канцеларија за одштете због лекарских грешака и незгода“ (*L'office National d'Indemnisation des accident medicaux – ONIAM*) и увела процедуру за признавање и исплату штета. ONIAM је одговоран за накнаду штете у случају инфекције болнице, или када лекар није проглашен кривим а пацијент остаје најмање 25% трајни инвалид. Где је утврђена кривица, накнада се исплаћује из осигурања лекара, и ONIAM делује само као саветодавно тело. Друштво за осигурање може усвојити закључке у ONIAM или да одбије да плати. У случају да није задовољна жртва одлучује да ли да предузмете даље кораке. Предност француског система је чињеница да је поузданији

VI Уместо закључка – размишљање о могућности реформисања система у Словенији и Србији

По мом мишљењу, у Србији би морало да се организује осигурање одговорности лекара као обавезно. Увођењем осигурања у оквиру Лекарске коморе Србије, дат је јасан сигнал законодавцу да регулише ову област. Иако је увођење обавезног осигурања у Србији код адвоката изазвало велики отпор међу адвокатима и у одређеним политичким круговима, верујем, да код лекара неће бити тако, јер је међу становништвом, као и у медицинској професији, постало јасно да је обавезно осигурање од лекарске одговорности добро и за лекаре, и за пацијенте.

У Словенији, као што је већ наведено, обавезно осигурање од лекарске одговорности је сувише нејасно регулисано, те би, стога, словеначки законодавац требао да преиспита закон и да дефинише законом: осигуране ризике, врсте штете које су покривене осигурањем, искључења из осигурања, минималне суме осигурања према групама специјалности лекара, обавезе на примену система *bonus-malus*, орган који је надлежан да спроводи контролу извршења дужности уговарача осигурања (односно осигураника да имају закључен уговор о осигурању), казних санкција за уговараче осигурања (односно осигуранике који нису осигурали своју одговорност), извор плаћања штета у случају незакључених осигурања и слично. Наведеним би требало да се руводи српски законодавац приликом усвајања релевантног закона.

Пошто накнаде стално расту, висина штете за коју су осигурани лекари у Србији и Словенији је неодговарајућа. Законодавне власти у обе земље морале би кориговати на годишњем нивоу осигурану суму на коју се морају осигурати лекари (у Словенији законодавац то је урадио још давне 2001. године). Све је више и више приватних лекара који сами не размишљају о таквом осигурању, док се несрећа не догоди и штите се минималним прописаним износом.

Многе развијене земље, већ размишљају о свеобухватној реформи осигурања од лекарске одговорности. На нивоу ЕУ, иницијатива за увођење „*no-fault*“ система пренета је у Луксембуршку Декларацију о сигурности пацијената. Увођење таквог система такође предлаже Здравствена комора Словеније. Пошто је увођење таквог система добро и за пацијенте и лекаре који су осигурани, питање његовог увођења зависи од економског капацитета земље.

социјални од класичног система и да тешко повређенима олакшава пут до накнаде. Административно тело (ONIAM) тако на националном нивоу активно учествује у одређивању и исплаћивању накнаде, чиме се смањују административни и судски трошкови, јер има мање случајева пред судом. Вид. *Medical liability practices in Canada: Towards the right balance*, стр. 45.

„No-fault“ систем какав постоји у Шведској, због повећања плаћања накнада на рачун већ осиромашеног здравственог фонда (и последица по државни буџет) ни Србија ни Словенија неће моћи да уведу, али ће у блиској будућности имати више смисла да размишљају о могућности увођења мешовитог модела по узору на Француску. По мом мишљењу, то би требао да буде циљ, како би се обезбедила накнада за оне особе које су претрпеле тешко нарушавање здравља у процесу лечења (неки степен трајног инвалидитета), чак и у случајевима где не можемо да говоримо о кривици лекара.

За почетак, било би добро да обе земље законом уведу обавезу да здравствене институције и осигуравајућа друштва воде евиденције о лекарским грешкама и висини штете, која је била исплаћена. Извештаје о томе би требало да воде регистровани орган на нивоу државе. Тако би се успоставила евиденција, која ће бити основа за даље размишљање о могућој промени система. Ако би орган који ће регистровати случајеве добио и улогу посредника између медицинске установе (или осигуравајућег друштва) и жртве могли би се значајно смањити административни и судски трошкови. Ако би то желели, орган би требао да запосли стручњаке из области права и медицине који у јавности имају добру репутацију, јер једино би тако могли да се избегну судски поступци и постигне наведени финансијски ефект.

Rok Felicijan PRISTOVŠEK

Doctoral Student at the Faculty of Law, University of Maribor

MEDICAL LIABILITY INSURANCE IN SLOVENIA AND SERBIA

Summary

The number of claims against physicians and health care organizations due to professional errors increases. Indemnity for professional medical errors can be mitigated by professional liability insurance. In Serbia, this insurance is not mandatory, while in Slovenia it is required by law. The essence of insurance is to protect the insured persons against any claims for damages based on liability for professional error. The insurance company agrees to provide economic security to physicians or health care organizations for restoring legitimate and reasonable demands for compensation. If the claims for compensation of damages are unjustified and exaggerated, it will provide legal protection. On the

other hand, it also protects the patient's status as a victim, because the law gives her/him the right to demand compensation for damages by direct claims of the insurance company. On the formation of insurance liabilities affects the responsibility of a physician, so in this paper we also deal with concrete issues in the context of which they occur. The paper concludes with a chapter in which a brief overview of international legal systems of medical liability insurance is given. I would like to show the possibilities that are provided by other mechanisms, with an overview of some solutions which in the future should be introduced in the Slovenian and Serbian law, and thus improve the situation of patients and physicians.

Key words: *liability insurance, professional liability insurance, compulsory insurance, medical errors, physician, patient rights.*

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 курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

- ђ) Прописи Европске уније се цитирају на начин прописан Приручником за превођење правних аката Европске уније из 2009. године, који је доступан на сајту Канцеларије Владе Републике Србије за европске интеграције (www.seio.gov.rs).

4. Извори са Интернета

- а) Извори са Интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, ознака „доступно на адреси:“, адреса Интернет странице курзивом, датум приступа страници, евентуално скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21.10.2008, стр. 18.

- б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив

организације која је припреmila текст, и назив текста, а евентуално и скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, стр. 6.

XXIII СУСРЕТ
ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ
ПОДРЖАВАЈУ



Привредна комора Београда

GIZ Правна и правосудна
реформа у Србији

DANUBE FOODS д.о.о., Београд

„Енергопројект Холдинг“ а.д., Београд

RUDNAP Group а.д., Београд

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343

ТЕМА:

РЕФОРМА ПРАВА У ПРИВРЕДИ

ТЕМАТСКЕ ОБЛАСТИ:

1. Основна тема
2. Право привредних друштава
3. Сечајно право
4. Привредни криминал
5. Финансијска тржишта
6. Међународно привредно право
7. Право конкуренције
8. Право осигурања

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“