

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

Београд
Година XLXI

Број
7-9

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

Излази ПЕРИОДИЧНО

Штампа

„Досије студио“, Београд

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLXI

Број
7-9

2014

САДРЖАЈ

ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА

Слободан **МАРКОВИЋ**

Право ранијег корисника патентираног проналаска
као ограничење патента – Оглед о једном маргиналном
питању патентног права 13

Божин **ВЛАШКОВИЋ**

Обим заштите жигова којима је заштићена боја у новом
немачком праву 27

Сања **РАДОВАНОВИЋ**

Може ли ауторско имовинско право да буде предмет
залагања? 37

Ђорђе **НИКОЛИЋ**, *Михајло* **ЦВЕТКОВИЋ**

Дефиниција и правна природа дигиталног садржаја 54

Јелена **ЂЕРАНИЋ**

О успостављању јединственог поступка решавања
патентних спорова у Европи 71

Владимир **БОРОВАЦ**

Критички осврт на тумачење функција жига у пракси
Европског суда правде 85

Ксенија ВЛАШКОВИЋ

Нова концепција заштите од опасности разводњавања
жига..... 99

Андреа РАДОЊАНИН

„Чија је ово песма?": могућност заштите фолклорне музике
са Балкана 108

ПРИВРЕДНОПРАВНО ОКРУЖЕЊЕ

Зоран Р. ТОМИЋ

Уставна држава као привредни рам: промена Устава Србије
– неки елементи једне скице..... 123

Љубиша ДАБИЋ

Хармонизација прописа Србије са прописима Европске
уније у области ревизије 139

Јасмина ЛАБУДОВИЋ СТАНКОВИЋ, Нада ТОДОРОВИЋ

Јавно-приватно партнерство и образовање 163

Марија КОСТИЋ, Горанка КНЕЖЕВИЋ

Подстицање одрживог коришћења обновљивих извора
енергије у Србији у контексту правног оквира Европске
уније 180

Александар ВУЛЕТИЋ

О англизацији лексике привредно-правног регистра
српског језика: примери терминолошких дублета..... 192

Ана КНЕЖЕВИЋ БОЈОВИЋ, Слободан КРСТОВИЋ

Регулаторна реформа и квалитет законодавног поступка
у Србији – анализа законодавне активности Србије
у 2013. години..... 204

Јелена ШОГОРОВ ВУЧКОВИЋ

Приоритети при управљању амбалажним отпадом у праву
животне средине Европске уније и Србије 221

ТРГОВИНСКО ПРАВО

Небојша ЈОВАНОВИЋ	
Одговорност тегљача	233
Иванка СПАСИЋ	
Правни аспекти електронске трговине	267
Драјан ВУЈИСИЋ, Борко МИХАЈЛОВИЋ	
Генетски модификована храна – право потрошача на избор и обавештеност	283
Вук РАДОВИЋ	
Ширење појма уговора о организовању путовања	297
Владимир ВУЛЕТИЋ	
„Из грмена великога лафу изаћ трудно није“: римски темељи заштите потрошача у погледу неправичних уговорних одредби и забране насртљивог пословања.	322
Валентијина ЦВЕТКОВИЋ-ЂОРЂЕВИЋ	
О потреби постојања верзионе тужбе у српском праву.	339
Свeйислав ЈАНКОВИЋ	
Опште ограничење одговорности у унутрашњој пловидби . .	354
Милош ВУКОТИЋ	
Критички осврт на правни режим општих услова пословања у српском праву	375
Марија ВИЋИЋ	
Бланко меница као средство обезбеђења потрошачког кредита	391

ПРИВРЕДНИ СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

Маја СТАНИВУКОВИЋ	
Корупција у швајцарској арбитражној пракси	408
Марија КРВАВАЦ	
Пророгација међународне судске надлежности	420

Жика БУЈУКЛИЋ

Европске интеграције Србије и алтернативно решавање спорова („ADR“): иновација и (или) древна правна традиција 434

Урош ЖИВКОВИЋ, Јелена ЛЕПЕТИЋ

Последице отварања стечаја на арбитражни поступак у праву Србије 453

Милош РАДОВАНОВИЋ

Опште правило о дозвољености правног лека против решења у извршном поступку 469

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

Горан ОБРАДОВИЋ, Слободанка КОВАЧЕВИЋ-ПЕРИЋ

Субординација и дисциплинска власт послодавца 486

Љубинка КОВАЧЕВИЋ

Економска криза и реформе радног законодавства у европским државама, са посебним освртом на правила о отказу уговора о раду – могуће поуке за српско радно право 500

Филиј БОЈИЋ

Право на новчану накнаду за случај незапослености – актуелни проблеми и могућа решења 527

ПОРЕСКО ПРАВО

Зоран ИСАИЛОВИЋ

Карактеристике пореског система Србије у условима честих промена прописа 546

Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ, Свешислав КОСТИЋ

Туристичке агенције у српском систему пореза на додату вредност 564

Хасиба ХРУСТИЋ

Приоритети у настављању пореске реформе у Србији. 579

Ана МИЛАДИНОВИЋ

Осигурање живота и порески третман прихода остварених по том основу у Републици Србији	591
УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ	602

TABLE OF CONTENTS

INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Slobodan MARKOVIĆ

Right of Prior User of a Patented Invention as a Limitation
to Patent 13

Božin VLAŠKOVIĆ

Protection Scope of Colour Trademarks in the New German
Law..... 27

Sanja RADOVANOVIĆ

Could a Copyright be an Object of Lien? 37

Đorđe NIKOLIĆ, *Mihajlo* CVETKOVIĆ

Digital Content: Definition and Legal Nature..... 54

Jelena ČERANIĆ

On the Establishment of Unified Patent Litigation System
in Europe..... 71

Vladimir BOROVIĆ

Critical Review of the Interpretation of the Trade Mark
Functions in the Practice of the European Court of Justice..... 85

Ksenija VLAŠKOVIĆ	
The New Concept of Protection against Danger of Trademark Dilution	99

Andrea RADONJANIN	
“Whose Song is This?”: the Possibilities for Protecting Balkan Folk Music.	108

LEGAL FRAMEWORK OF ECONOMY

Zoran R. TOMIĆ	
Constitutional State as an Economic Frame: Modification of Serbian Constitution – Some Elements of One Draft.	123

Ljubiša DABIĆ	
Serbian Harmonization of Regulations with EU Legislation in the Area of Audit	139

Jasmina LABUDOVIĆ STANKOVIĆ, Nada TODOROVIĆ	
Public-Private Partnership and Education.	163

Marija KOSTIĆ, Goranka KNEŽEVIĆ	
Sustainable Use of Renewable Energy Sources in Serbia in Accordance with European Union Legal Framework.	180

Aleksandar VULETIĆ	
On the Anglicization of the Serbian Economic-Legal Register Vocabulary: Examples of Terminological Doublets.	192

Ana KNEŽEVIĆ BOJOVIĆ, Slobodan KRSTOVIĆ	
Regulatory Reform and Quality of the Serbian Legislative Process – an Analysis of Legislative Activity in Serbia in 2013.	204

Jelena ŠOGOROV VUČKOVIĆ	
Priorities in the Management of Packaging Waste in the European Union Law of Environmental Protection and in the Serbian Law	221

COMMERCIAL LAW

Nebojša JOVANOVIĆ

Liability of Tug-Owner 233

Ivanka SPASIĆ

Legal Aspects of Electronic Commerce 267

Dragan VUJISIĆ, Borko MIHAJLOVIĆ

Genetically Modified Food – the Rights of Consumers to Choice
and Information 283

Vuk RADOVIĆ

Broadening the Concept of Organized Travel Contract 297

Vladimir VULETIĆ

Consumer Protection Based on Roman Foundations Regarding
Unfair Contract Terms and Intrusive Business. 322

Valentina CVETKOVIĆ-ĐORĐEVIĆ

Actio de in rem verso in Serbian Law 339

Svetislav JANKOVIĆ

Global Limitation of Liability in Inland Navigation 354

Miloš VUKOTIĆ

A Critical Review of the Legal Regime of Standard Contract
Terms in Serbian Law 375

Marija VIĆIĆ

Blank Bill of Exchange as Security of Consumer Credits 391

COMMERCIAL DISPUTES – LITIGATION AND ARBITRATION

Maja STANIVUKOVIĆ

Corruption in the Swiss Arbitral Practice 408

Marija KRVAVAC

Prorogation of Jurisdiction. 420

Žika BUJUKLIĆ

EU Integration of Serbia and Alternative Dispute Resolution
(ADR): Innovation and (or) Ancient Legal Tradition 434

<i>Uroš ŽIVKOVIĆ, Jelena LEPETIĆ</i>	
Effects of Bankruptcy upon Arbitral Proceedings in the Serbian Law.....	453
<i>Miloš RADOVANOVIĆ</i>	
General Rules on the Permissibility of Legal Remedy against a Decision in Enforcement Procedure.....	469
LABOUR AND SOCIAL LAW	
<i>Goran OBRADOVIĆ, Slobodanka KOVAČEVIĆ-PERIĆ</i>	
Subordination and Disciplinary Capacity of Employer.....	486
<i>Ljubinka KOVAČEVIĆ</i>	
Economic Crisis and Labour Legislation Reforms in European Countries, with Special Reference to the Rules of Termination of Employment – Possible Lessons for the Serbian Labour Legislation.....	500
<i>Filip BOJIĆ</i>	
Entitlement to Unemployment Benefits – Current Problems and Possible Solutions	527
TAX LAW	
<i>Zoran ISAILOVIĆ</i>	
Characteristics of the Tax System in Serbia in the Terms of Frequent Changes in Regulations.....	546
<i>Gordana ILIĆ-POPOV, Svetislav V. KOSTIĆ</i>	
Travel Agencies in Serbian Value Added Tax System	564
<i>Hasiba HRUSTIĆ</i>	
The Priority of the Tax Reform Continuation in Serbia	579
<i>Ana MILADINOVIC</i>	
Life Insurance and Tax Treatment of Income earned in that Regard in the Republic of Serbia.....	591
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	602

ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА

др Слободан МАРКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВО РАНИЈЕГ КОРИСНИКА ПАТЕНТИРАНОГ ПРОНАЛАСКА КАО ОГРАНИЧЕЊЕ ПАТЕНТА^{*}

– Оглед о једном маргиналном питању
патентног права –

Резиме

Признајући да тема чланка не задире у суштинска питања патентног права, аутор се за њу одређио желећи да на том примеру демонстрира сложеност односа између правне норме и њеној социјалној контекста, и заложи се за неопходност контекстуалног разумевања права. Такав приступ довео је до закључка да назив „право ранијеј корисника“ не одговара правној природи овој институцији, као и да се он не може адекватно пројумачити без разумевања његове сврхе. Коначно, демонстрирана је повезаност различитих елемената система патентне заштите јединственом правнополитичком идејом.

Кључне речи: патент, проналазак, новост, иривредно коришћење, ограничење патента.

I Уводне напомене

Према резултатима анкете коју је секретаријат Светске организације за интелектуалну својину (енгл. *World Intellectual Property*

^{*} Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспекти“.

Organisation, даље: WIPO) спровео 2013. године,¹ 69 држава чланица WIPO у својим законима којима уређују патентну заштиту проналазака предвиђа ограничење дејства патента у односу на савесно лице које је почело да користи проналазак пре него је други за њега затражио патентну заштиту. Међу тим земљама је и Србија, где се то ограничење назива „право ранијег корисника“.² Сасвим једноставно говорећи, ранији корисник проналазка овлашћен је да настави да користи исти, без ризика да тиме повреди туђ патент.

У јеку текуће светске дебате у којој се преиспитују многи аспекти актуелног концепта патентне заштите, овај стари институт патентног права не привлачи посебну пажњу стручне јавности. Разлог томе је, вероватно, што су случајеви његовог активирања веома ретки у пракси³ и што се поводом њега не генерише критична маса релевантних друштвених интереса. На основу тога се може закључити да је он регулисан правном нормом која се без веће елаборације трансплантира из једне земље у другу, служећи својој ретко или никад реализованој сврси.

Међутим, насупрот интуитивном осећају да је право ранијег корисника нормативни детаљ патентног права, који је толико једноставан да сам себе објашњава, после одређеног критичког промишљања се испоставља да је реч, заправо, о једном концепту вишеслојних значења и могућих противречних тумачења.

II Покушај критичке анализе права ранијег корисника

1. Вероватноћа настанка чињеничног стања које активира право ранијег корисника

Да би право ранијег корисника настало, неопходна су два савесна субјекта: један који је поднео уредну пријаву патента за одређени про-

1 Реч је о анкети на основу које је припремљен документ Сталног комитета за патентно право WIPO-а SCP/20/6 од 21.10.2013. године (http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=255206). Највећи део података о прописима појединих држава преузети су из тог документа.

2 Чл. 23, ст. 1 Закона о патентима (Сл. г. РС, бр. 99/2011): „Патент или мали патент не делује према савесном лицу које је пре датума признатог права првенства пријаве на територији Републике Србије већ отпочело коришћење у производњи заштићеног проналазка или извршило све неопходне припреме за отпочињање таквог коришћења.“

3 У Великој Британији је Апелациони суд недавно био у прилици да одлучује о праву ранијег корисника у предмету *Lubrizol Corp. v. Esso Petroleum Co. Ltd.* Детаљни приказ и анализу овог случаја види у *Reports on Patent, Design and Trademark Cases (RPC)*, Vol. 115, No. 21, Oxford, 1998, стр. 727–792.

налазак, и други који је пре тог датума отпочео привредно коришћење истог проналаска или извршио све припреме за то.

Савесност ових субјеката подразумева да су оба у фактичком поседу проналаска на легалан начин. Будући да је проналазак нематеријално добро, појам „фактички посед“ ваља разумети као знање или приступ знању оног техничког решења које чини биће одређеног проналаска. Легалност фактичког поседа проналаска могућа је на два начина. Први је да физичко лице сâмо створи проналазак, тј. буде његов проналазач. У том случају, савесно је не само то лице, него и свако друго лице којем проналазач пренесе своје знање о проналаску, и то: а) у оквиру преноса проналазачког права (тј. права на тражење патентне заштите), или б) без преноса проналазачког права али и без ограничења у погледу права на коришћење тог проналаска. Други начин је да је физичко или правно лице дошло до фактичког поседа проналаска увидом у тзв. стање технике, тј. у техничке информације које су у том тренутку у јавном домену.

Размотрићемо засад само први случај. Он се јавља онда кад два физичка лица, радећи независно једно од другог, крунишу свој проналазачки рад истим техничким решењем истог проблема. Колико год непожељна са аспекта рационалности трошења економских ресурса,⁴ ова појава не само да није немогућа, него је вероватноћа њеног настанка⁵ основ за неке важне институте патентног права. Конкретно, као апсолутно и искључиво право, патент не може бити признат на име два различита лица за исти проналазак (тзв. забрана двоструког патентирања). Институту пријаве патента и права првенства директно одражавају потребу патентног права да разреши случај кад два савесна лица желе патент за исти проналазак који је резултат два независна стваралачка чина. Будући да је критеријум првенства *prior tempore potior iure*, логично је да право првенства почива на одређеном акту који је могуће временски лоцирати на веродостојан начин. Отуда и правило да се првенство рачуна од датума подношења прве уредне пријаве патента (који је данас у примени у целом свету).⁶

4 Трошкови непотребног и несвесног дуплирања истраживања и развоја техничких решења у Европи се процењују на 20 милијарди евра годишње (EPO, Business Use of Patent Information, www.epo.org/searching/essentials/business.html, приступ фебруара 2013).

5 О узроцима те појаве види нешто ближе у С. Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд, 2014, стр. 48, 63.

6 До доношења *Leahy-Smith America Invents Act*-а, којим је амандиран Закон о патентима САД 2011. године, у овој земљи је био на снази систем у којем се право првенства стицало на основу временског првенства у настанку проналаска (енгл. *first-to-invent*). Поменути закон су САД прихватиле систем који се примењује у остатку света (енгл. *first-to-file*).

Враћајући се на чињенично стање које је неопходно за активирање права ранијег корисника на проналаску који је резултат два независна стваралачка чина, можемо констатовати да је један проналазач (или његов правни следбеник) отпочео привредно коришћење тог проналаска у одређеној земљи, а други затим поднео пријаву патента у истој земљи.⁷ Дотле је све разумљиво и уверљиво. Међутим, да би право ранијег корисника настало, неопходно је и да подносилац пријаве стекне патент на основу те пријаве. Ту се појављује једна практична тешкоћа која произлази из услова новости проналаска као услова за патентирање. Будући да тај услов мора бити испуњен у тренутку подношења пријаве (тачније, на датум првенства пријаве), поставља се питање није ли почетком привредне употребе проналаска од стране првог проналазача, тај проналазак „ушао у стање технике“ и на тај начин изгубио новост. Другим речима, колика је вероватноћа да се стекне патент за проналазак који се већ привредно употребљава? Одговор је: минимална.

Поменута вероватноћа пропорционална је вероватноћи да је један проналазак могуће привредно користити а да притом јавност не буде упозната с њим. Имајући у виду да се проналазак производа привредно употребљава тако што се тај производ производи, ставља у промет и сврсисходно користи, изгледа да стручна јавност не може на основу тог производа на тржишту да реконструише проналазак који се налази у његовој основи, доиста су минимални. Они се свде на ретке случајеве проналаска одређених смеса (најчешће легура) или једињења чији састав не упућује и на специфичности техничког поступка у којем су направљене. Поменута вероватноћа је нешто већа код проналаска поступка (радног или производног) који се одвија у оквирима ограниченог простора недоступног за јавност, и чији резултат који је видљив на тржишту не упућује на детаље самог поступка.

У већини земаља се, као алтернатива почетку привредног коришћења проналаска, наводи и предузимање припремних радњи за почетак привредног коришћења.⁸ Како је много већа вероватноћа да се припремне радње одвијају изван домаћаја јавности, то расте и могућност да патент за тај проналазак буде признат. Притом, у упоредном праву је

7 Услов по којем почетак привредне примене проналаска и подношење пријаве патента за њега морају да се десе у истој земљи може бити проблематичан са становишта права конкуренције Европске уније, јер прави разлику између последица једне привредне радње зависно од земље чланице ЕУ, у којој се та радња десила. Види А. Webb, „Prior Use Under Section 64 of the UK Patents Act 1977“, UNION-IP, White Paper, стр. 4.6–4.10 (нав. према D. J. Kappos, T. S. Rea, *Report on Prior User Rights*, USPTO, Washington, 2012, стр. 22).

8 Србија је пример за такву земљу (чл. 23, ст. 1 Закона о патентима). Насупрот томе, примера ради, САД не признају припреме за коришћење проналаска као услов за право ранијег корисника (чл. 273, ст. а, ал. 1 Патентног закона, 35 U.S.C.).

видан спектар нијанси у прописивању овог услова: од окончања припремних радњи,⁹ преко предузимања стварних и озбиљних припрема,¹⁰ до отпочињања реализације намере привредног коришћења.¹¹ Зависно од тога колико је рестриктивно дефинисао овај алтернативни услов, национални законодавац је, заправо, одредио и вероватноћу да право ранијег корисника нађе практичну примену.

Закључно, поменимо као изузетак апсолутно најлибералнији режим који је предвиђен у Француској, где је за активирање права ранијег корисника довољно да је савесно лице у фактичком поседу проналаска, без обавезе да је ишта предузело у правцу почетка његовог привредног коришћења.¹²

2. Однос права ранијег корисника и новости проналаска као услова за патентирање истог

Већ смо поменули ову везу у контексту вероватноће признања патента за проналазак који неко други већ користи. Међутим, право раније употребе и услов новости проналаска исказују повезаност и у једном другом, још комплекснијем, контексту. Вратимо се на питање савесности фактичког поседа проналаска, и потсетимо се да лице може стећи знање о проналаску, поред осталог, увидом у стање технике, тј. у техничке информације које су у том тренутку у јавном домену. Примера ради, одређено лице које прати научну и стручну литературу у техничкој области у којој има одређену привредну активност, сазна за одређено техничко решење у зборнику радова са научног конгреса. Будући да поменути зборник представља јавну публикацију, све техничке информације у њој су доступне свакоме на свету, што са становишта патентног права значи да су саставни део стања технике. По правилу, проналазак који је садржан у стању технике на дан подношења пријаве патента није више нов, што повлачи немогућност његовог патентирања. Отуда, привредно коришћење таквих проналазака не може створити било какав патентноправни проблем, нити бити основ за активирање права ранијег корисника.

9 Нпр. Србија (чл. 23, ст. 1 Закона о патентима). Решење у нашем праву је међу најрестриктивнијим у свету.

10 Нпр. Босна и Херцеговина (чл. 74 Закона о патентима), Хрватска (чл. 64 Закона о патентима), Украјина (чл. 31 Закона о патентима), Пољска (чл. 71 Закона о патентима), Немачка (чл. 12 Закона о патентима), Израел (чл. 53 Закона о патентима), Јапан (чл. 79 Закона о патентима).

11 Нпр. Холандија (чл. 55, ст. 1 Закона о патентима).

12 Чл. L613–7 Закона о интелектуалној својини Француске.

Међутим, ствари се компликују кад се узму у обзир изузеци од општег правила о новости проналаска. Да би се задовољили специфични правнополитички циљеви, то правило се модификује успостављањем фикције новости проналаска који је већ садржан у стању технике, како би се омогућило да и такав проналазак испуни услове за патентирање. Реч је о институту рока поштеде (енгл. *grace period*) током којег проналазак не губи новост иако је „ушао“ у стање технике, уколико се поднесе уредна пријава за његово патентирање.

Рок поштеде је познат у многим правним системима, укључујући Србију, али су модалитети његовог регулисања доста различити.¹³ У већини држава тај рок почиње да тече кад се проналазак објави на међународно признатој изложби или као последица незаконите радње трећег лица (повреда уговора или злоупотреба поверења), и износи између 6 и 12 месеци.¹⁴ У земљама које су светски технолошки лидери (нпр. САД, Јапан, Република Кореја) концепт рока поштеде је знатно шири. Он обухвата и све друге начине објављивања проналаска од стране проналазача или његовог правног следбеника, и траје 12 месеци од тог чина.¹⁵

Не улазећи у расправу о сврси и значају рока поштеде као саставног дела правила о новости проналаска, дошли смо до тачке у којој рок поштеде постаје битан за право раније употребе. Наиме, лице које је током рока поштеде сазнало за проналазак на основу увида у стање технике, савесни је ималац проналаска, и може отпочети са његовим привредним коришћењем. Уколико је проналазач тог проналаска (или његов правни следбеник) током рока поштеде пријавио проналазак за заштиту, а затим и стекао патент за њега, отвара се питање да ли има места примени права раније употребе.

У законима већег броја земаља, укључујући Србију, нема изричитог одговора на то питање, па се примењује опште правило по којем сваки савесни фактички ималац проналаска, који је отпочео са коришћењем истог, има право ранијег корисника.

У мањем броју земаља законодавац је нашао за сходно да изричито регулише овај случај, при чему су, парадоксално, решења различита.

13 За детаљну анализу стања у државама чланицама ЕУ види: G. Edmondson, *et al.*, „A Grace Period for Patents, Science, Business and Innovation Board“, Brussels, 2013 (<http://www.sciencebusiness.net/Assets/efe41b39-336f-4826-b759-3669a60ccee.pdf>).

14 Конкретно, Конвенција о издавању европских патената у свом чл. 55 предвиђа такав рок поштеде у трајању од 6 месеци. Консеквентно, свих 38 држава чланица ове конвенције, укључујући Србију (види чл. 11 Закона о патентима), прописује исто.

15 У склопу дебате о хармонизацији материјалних одреби патентног права између ЕУ, САД, Јапана, Кореје, Канаде и Аустралије, ради већег степена међународне сарадње на пољу поступка признавања патената, јединствени концепт рока поштеде је једно од важнијих питања.

На пример, у праву Аустралије постоји посебна норма која потврђује да почетак примене проналаска за који је лице сазнало из стања технике током рока поштеде, утемељује право ранијег корисника. То је, заправо једини случај где ранији корисник није дошао до проналаска засебним стваралачким чином, већ „преузимањем“ проналаска од лица које га је касније патентирало.¹⁶ Насупрот томе, поједине државе имају другачија решења. У Бразилу, на пример, законодавац изричито искључује право раније употребе ако је лице дошло до проналаска на основу објаве коју је проналазач или његов правни следбеник учинио током рока поштеде.¹⁷ У САД, на пример, да би имало право раније употребе проналаска који је проналазач или његов правни следбеник објавио током рока поштеде, лице мора отпочети са коришћењем истог бар једну годину пре такве објаве.¹⁸ Евидентно је да су решења у Бразилу и САД заснована на истој логици: нема права раније употребе ако је лице које се позива на то право дошло до проналаска на основу објаве проналазача или његовог правног следбеника, а не на основу самосталног и засебног проналазачког чина.

Имајући у виду поменута супротна решења, долазимо до закључка да у упоредном праву постоје два приступа праву ранијег корисника: први је да је сваки савесни ималац проналаска квалификован да буде титулар права ранијег корисника; други је да право ранијег корисника може припасти само ономе лицу које је до проналаска дошло сопственим проналазачким радом, односно проналазачким радом свог правног претходника (а не титулара патента). Овај закључак нас, даље, води отварању одређених правнополитичких питања о смислу и друштвеним циљевима овог института патентног права.

3. Правнополитичко утемељење права ранијег корисника

Пођимо од тога да је право ранијег корисника вид законског ограничења патента. То значи да законодавац не жели да титулар патента забрањује привредно коришћење патентираног проналаска савесном лицу које је пре подношења пријаве, односно дана првенства исте, почело с његовим коришћењем. Шта је *ratio legis*? Могућа су различита објашњења која су делимично у вези са различитим објашњењима друштвене сврхе патентног права. То је терен теоријских хипотеза без, засада, адекватне научне верификације.

Раширена настојања да се Локово објашњење својине као друштвене награде за рад (тзв. теорија радне заслуге)¹⁹ протегне и на објашњење

16 Чл. 119, ст. 2 Закона о патентима Аустралије.

17 Чл. 45, ст. 2 Закона о патентима (закон бр. 9.279).

18 Чл. 273(а) Закона о патентима (35 U.S.C.).

19 Џ. Лок, *Две расправе о влади*, књига 2, поглавље 5, Београд, 2002.

интелектуалне својине, налазе везу између присвајања и резултата сопственог рада. Инхерентна пропорционалност између количине резултата сопственог рада, с једне, и величине имовине као последице присвајања, с друге стране, основ је уверења да својина на стварима и на интелектуалним добрима представља *праведну* награду за рад. Тај концепт је толико пријемчив за људску душу жељну правде, да се данас у пропагандним кампањама за подизање јавне свести о интелектуалној својини најчешће експлоатише мисао да је праведно да интелектуални стваралац ужива одговарајуће право интелектуалне својине, рецимо патент.

Проблематичност овог објашњења интелектуалне својине долази до изражаја управо на примеру патента. Патент је апсолутно и искључиво право на проналаску који у различито време може бити створен од стране различитих проналазача. Иако Локова логика налаже да је праведно да сваки проналазач који је сопственим стваралачким радом дошао до проналаска има и својину (патент) на њему, ми знамо да је концепт патентног права друкчији. Патент може стећи само један проналазач, односно његов правни следбеник. Савремено патентно право путем института права првенства фаворизује проналазача који је први поднео пријаву патента. Сви други проналазачи истог проналаска немају право на заштиту, односно за њих нема праведне друштвене награде.²⁰

Тако смо дошли до везе између Лока и права раније употребе. У оним земљама у којима је право раније употребе резервисано само за проналазача (а не и за лице које је увидом у стање технике савесно дошло до туђег проналаска), може се сматрати да је тај институт у функцији ублажавања неправде коју узрокује право првенства у патентном праву. Неправда се, дакле, не отклања, већ се само ублажава будући да се проналазач мора квалификовати за титулара права ранијег корисника тиме што ће почети да привредно користи свој проналазак, као и да је право ранијег корисника уже од патента. Вратимо се у овом контексту на случај Француске где, као што смо већ поменули, право ранијег корисника није условљено почетком коришћења проналаска. Будући да је у Француској својински концепт права интелектуалне својине традиционално највише укореењен, рекло би се на први поглед да је ова земља доследна у безусловном награђивању сваког проналазача истог проналаска. Међутим, формулација односне одредбе упућује на закључак да титулар права ранијег корисника у Француској не мора бити само проналазач, већ то може бити и свако савесно лице, укључујући и оно које

20 Критика Локове теорије мора дотаћи и чињеницу да право не предвиђа никакву заштиту интелектуалне својине на низу интелектуалних добара која су резултат самосталног рада, као што су научни закони, теорије, открића и сл.

је дошло до туђег проналаска увидом у стање технике. Стога француско решење ипак није конзистентно с Локовом теоријом праведне награде.

Други могући поглед на друштвено утемељење права ранијег корисника везано је за економски концепт по којем је друштвена вредност проналаска, као јавног добра, пропорционална обиму и интензитету његовог коришћења. Проналазак који се привредно не користи нема никакву друштвену вредност. Патент овлашћује свог титулара да забрани другима да користе његов проналазак, док је одлука о коришћењу истог ствар слободне воље титулара. Другим речима, признање патента није гаранција за остварење друштвене сврхе проналаска,²¹ јер титулар патента може блокирати његово коришћење. Патентно право познаје одређене инструменте деблокаде коришћења патентираних проналазака. На првом месту, то су принудна лиценца због некоришћења проналаска, принудна лиценца у случају зависних патената и принудна лиценца у интересу заштите јавног здравља или човекове околине. Следе ограничења патента у сврхе истраживања и развоја, као и у сврху добијања регулаторне дозволе за пуштање лекова, фунгицида и хербицида у промет (тзв. Болар ограничење). Реч је дакле, о појединим типовима ограничења патента.

Сасвим је оправдано да се на право ранијег корисника гледа у том контексту. Наиме, ако се, на једној страни, има у виду савесно лице које већ користи проналазак (или је извршило припреме за то), а на другој страни титулар патента за којег није извесно да ли и у којој мери ће то радити, чини се друштвено оправданим да не треба угрозити привредни подухват ранијег корисника (који је привео проналазак друштвеној сврси) у име заштите права лица које ће проналазак можда користити, а можда и неће.

Ово тумачење друштвеног утемељења права ранијег корисника има најшире упориште у упоредном праву, јер се сваки модалитет овог права, изузев већ помињаног француског, уклапа у изнето објашњење. Оно је, такође, потпуно компатибилно са још једним могућим објашњењем смисла права ранијег корисника, које се своди на правнополитички интерес заштите имовине савесног лица, тј. спречавање уништења вредности легалне инвестиције ранијег корисника проналаска.²² Ипак, не

21 Око 35–40% патентираних проналазака се никад не користи. Види: P. Giur, M. Mariani, *et al.*, „Inventors and Invention Processes in Europe – Results from the PatVal-EU survey“, Science Direct, Research Policy, No. 36, 2007, ЕРО, у: Sh. Elahi (уредник), *Scenarios for the Future*, Munich, 2007, стр. 35, презето из www.wipo.int/patent/meetings/2004/statistics_workshop/en/presentations/statistics_workshop_gambardella.pdf.

22 Реч је о образложењима права ранијег корисника у Немачкој, Италији, Мађарској и Норвешкој. Види WIPO документ SCP/20/6 од 21.10.2013. године (http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=255206), стр. 3.

треба заборавити да није привредно коришћење проналаска оно што, само по себи, утемељује право ранијег корисника, већ је то *ирвенсџиво* коришћења у односу на дан подношења пријаве патента. Потребно је, стога, видети с којом друштвеном/правном вредношћу кореспондира то *ирвенсџиво* коришћења, да би на основу њега патент био ограничен.

По нашем мишљењу, то је интерес заштите правне сигурности савесних инвеститора од *ex post* правних радњи других лица. Ни овај аргумент, као самосталан, нема вредност јер се не може подићи на ниво принципа забране ретроактивности правне обавезе. Патент не рађа за трећа лица никакве обавезе које ретроактивно делују на период пре подношења пријаве патента. Он само економски обесмишљава ранију инвестицију у привредно коришћење проналаска. Има пуно других случајева у којима се дешава слично: нпр. савесно лице инвестира у изградњу бензинске станице, а затим друго лице добије концесију за градњу аутопута који ће да преузме сав саобраћај са пута на којем је бензинска станица. Дакле, тек садејство аргумената *ирвенсџива* и *коришћења* проналаска, даје довољан основ за признање права ранијег корисника савесном лицу.

4. Обим права ранијег корисника

Већ смо више пута истакли да је право ранијег корисника вид ограничења патента. Стога оно не може бити по садржини и обиму исто као патент. Прво, оно не садржи негативно овлашћење на забрану трећим лицима да користе исти проналазак, и друго, оно, у основи, овлашћује свог титулара само да настави са коришћењем проналаска, односно да реализује коришћење које је припремљено.

У појединим земљама се мање или више изричито тражи да обим коришћења проналаска остане на почетном нивоу, односно да не дође до његовог проширења. То, другим речима, значи да титулар права раније употребе није овлашћен да развија посао у квантитативном смислу, већ обим посла мора остати у оквирима какви су били у почетку. Који је тачан датум тог „почетка“? Ниједан национални закон нема изричиту одредбу о томе. Иако правничка интуиција може сугерисати да је реч о једноставном питању, испоставља се да оно то није. Узмимо као модел за анализу одредбу чл. 23, ст. 1 и 2 Закона о патентима Србије:

„Патент или мали патент не делује према савесном лицу које је пре датума признатог права првенства пријаве на територији Републике Србије већ отпочело коришћење у производњи заштићеног проналаска или извршило све неопходне припреме за отпочињање таквог коришћења.

Лице из става 1. овог члана има право да настави коришћење проналазака искључиво у производне сврхе, у свом сопственом погону или у туђем погону за сопствене потребе.“

Питање је, дакле, да ли је титулар права ранијег корисника дужан да задржи коришћење проналазка у обиму који је постојао на дан признатог права првенства пријаве патента на територији Србије. Формулација норме упућује на тај закључак. По нашем мишљењу, тај закључак је неприхватљив са аспекта систематског тумачења Закона о патентима. Наиме, кад би датум првенства био релевантан, то би, у случају позивања на међународно првенство, значило да патент доиста делује ретроактивно јер својим ефектима задире и у време пре почетка рока трајања патента, тј. пре датума подношења пријаве. Будући да је то правно недопустиво, као следећи могући датум се нуди датум подношења пријаве. Полазећи од тога да патент важи од дана подношења пријаве, има логике да се за обим ранијег коришћења проналазка узме затечено стање на тај дан. Међутим, ни тај закључак није нужно исправан јер је могуће резоновати и на следећи начин: ако свако савесно лице, па и ранији корисник проналазка, могу да се обавесте о чињеници да је за тај проналазак друго лице поднело пријаву патента тек на дан службене објаве те пријаве, онда се датум објаве пријаве мора узети као меродаван за обим будућег коришћења проналазка.

Ово питање ћемо оставити отвореним, уз скромну препоруку нашем законодавцу да га расправи тако што ће прописати средње решење као најразумније.

У мањем броју земаља законодавац и правна пракса су на становишту да инсистирање на задржавању обима коришћења на почетном нивоу може да обесмисли цео институт права ранијег корисника. Заштита правне сигурности *bona fide* инвестиције у раније коришћење проналазка захтева да корисник има одређену (ограничену) слободу да варира квантитет и квалитет продукције, како би *одржао* свој привредни подухват.²³ То, наравно, не значи да он има право да буде равноправни конкурент титулару патента и стицаоцима лиценци, али не значи ни да не сме ниуком смислу да унапреди своју делатност. Ми се прикључујемо овом схватању.

5. Правна природа права ранијег корисника

Назив „право ранијег корисника“ који се са мањим варијацијама појављује у разним националним законодавствима и литератури суге-

23 Види чл. 273, ст. е), ал. 3 Закона о патентима САД (35 U.S.C.). Такође, види пресуду Апелационог суда Велике Британије у предмету *Lubrizol Corp. v. Esso Petroleum Co. Ltd.* (види фн. 3).

рише да је реч о субјективном праву. У законима Јапана и Републике Кореје, штавише, прецизирано је да се ради о неискључивој и бесплатној лиценци за коришћење патентираног проналаска.²⁴

Кад се ближе размотри функционисање права ранијег корисника, примећује се да у њему тешко можемо разазнати елементе субјективног права – пре свега нема права на тужбу против лица које се оглушује о коресподентну обавезу према титулару права. Стога сматрамо да овде није реч о субјективном праву, већ о слободи ранијег корисника проналаска да настави са његовим коришћењем упркос постојању патента на име другог лица. Термин „право раније корисника“ је, дакле, погрешан али га из практичних разлога вреди задржати као уходани *terminus technicus*.

Гледано из угла титулара патента, ради се о ограничењу патента, тј. о законом предвиђеном случају у којем је дејство патента суспендовано. То значи да нема основа за тужбу због повреде патента против ранијег корисника проналаска. У САД се чак иде и даље, па се предвиђа да је раније коришћење проналаска само приговор одбране од тужбе за повреду патента.²⁵ Ефекат је, у основи, исти: немогућност титулара патента да ранијем кориснику забрани коришћење патентираног проналаска.

Расправа на ову тему вуче нас на осетљив терен разликовања изузетака (енгл. *exceptions*) од ограничења (енгл. *limitations*) права интелектуалне својине. Насупрот англосаксонским прописима и правној литератури који потенцирају ову разлику, континентална правна традиција је махом не уочава. Реч је о томе да појам изузетка сугерише његову хијерархијску субординираност правилу, и ограничава одступање од правила само у уском оквиру који се може оправдати законским разлогом или сврхом одступања. Насупрот томе, појам ограничења сугерише територијалну, временску или/ и садржинску границу домашаја одређеног права. У том смислу, изузетак не представља границу домашаја субјективног права, већ случај неконзистентности тог права. Насупрот томе, ограничење субјективног права не представља ништа изузетно, већ је то место додир са неким другим установљеним правом или слободом другог лица.²⁶

24 Чл. 79 Патентног закона Јапана и чл. 103 Патентног закона Републике Кореје.

25 У САД, генерално, највећи број ограничења субјективних права интелектуалне својине функционише као приговор одбране од тужбе за повреду права (енгл. *defense to infringement*).

26 У контексту ауторског права, врло инспиративно Ch. Geiger, „Promoting Creativity through Copyright Limitations – Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law“, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 12, No. 3, 2010, стр. 520, 521.

Примера ради, ако кажемо да патент траје 20 година од подношења пријаве, јасно је да је реч о ограничењу права. После тога наступа слобода свих да користе проналазак који је био предмет патента. Ако кажемо да патент за проналазак уређаја уграђеног у возило које се налази у транзиту кроз земљу патентне заштите, не делује према власнику, односно оператеру тог возила, јасно је да се ради о изузетку. Да ли је право ранијег корисника проналаска изузетак од права титулара патента или његово ограничење, није тако јасно. По нашем мишљењу, рестриктивни карактер права ранијег корисника упућује на то да је реч о изузетку. Није искључено да неко, напротив, сматра да то право представља ограничење патента, јер се патент не може простирати на поље слободе сваког проналазача да привредно користи свој проналазак. Томе бисмо могли супротставити аргумент да право ранијег корисника: а) није увек ограничено само на проналазаче, већ укључује и друга савесна лица која су дошла до туђег проналаска, и б) настаје само ако савесно лице користи проналазак пре подношења пријаве за његово патентирање. Другим речима, проналазач који се одлучи на коришћење проналаска тек пошто је исти патентиран на име другог лица, нема право да га слободно користи, чиме се разбија конзистентност „правила“ о слободи проналазача да користи проналазак који је сам пронашао.

III Закључне напомене

Право ранијег корисника налази се на маргини сложеног ткива патеног права, те је и интересовање стручне јавности за ту материју скромно, скоро непостојеће. Томе посебно доприноси чињеница да је реч о институту који ретко налази примену у пракси.

Покушај да критички анализирамо поједине аспекте права ранијег корисника није био мотивисан било каквом практичном потребом, већ је једним делом *l'art pour l'art*, а другим делом демонстрација сложености односа између правне норме и њеног социјалног контекста.

Резултати до којих смо дошли су следећи:

- а) „право ранијег корисника“ је технички назив за правни институт који нема карактер субјективног права, већ представља слободу савесног лица да под одређеним условима користи проналазак који је неко други патентирао;
- б) поменута слобода представља законом одређен изузетак од дејства патента, а не ограничење патента у смислу његовог разграничења са правом или слободом другог лица;

- в) правнополитичко утемељење поменутог изузетка наслања се на садејство две вредности правног поретка: заштити *bona fide* инвестиције и извесности коришћења проналаска као јединог начина испољавања његове друштвене вредности.

Хипотеза коју нисмо могли да верификујемо је да је право ранијег корисника проналаска праведна друштвена награда проналазачу који је отпочео са коришћењем проналаска, а није га заштитио патентом.

Slobodan MARKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

RIGHT OF PRIOR USER OF A PATENTED INVENTION AS A LIMITATION TO PATENT

Summary

Recognizing that the theme of the article does not represent a substantive issue of patent law, the author has singled it out for wanting in this example to demonstrate the complexity of the relationship between a legal norm and its social context, and expose the need for contextual understanding of the law. This approach has revealed that the term “prior user right” does not correspond to the legal nature of the denoted institution, as well as that it is impossible to interpret it accurately without understanding its purpose. Finally, at the level of social policy, the coherency of the entirety of the patent protection system, including its smallest parts, was demonstrated.

Key words: *patent, invention, novelty, commercial exploitation, limitation of patent.*

др Божин ВЛАШКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ОБИМ ЗАШТИТЕ ЖИГОВА КОЈИМА ЈЕ ЗАШТИЋЕНА БОЈА У НОВОМ НЕМАЧКОМ ПРАВУ

Резиме

Обим заштитије жигова којима је заштићена боја је ишћање које није још увек у довољној мери разјашњено ни у иравној теорији, ни у судској пракси. За разлику од Европској суда иравде, Савезни врховни суд Немачке је у неколико иресуда указао на моћућа решења. Предмет одлучивања у овим иресудама били су само жигови који иоседују иовећану моћ обележавања. Мећуиим, још увек није даи генерални одговор на ишћање о одређивању обима заштитије жигова којима је заштићена боја.

Кључне речи: *моћ обележавања, аициракиина дисцинктивносци, конкредина дисцинктивносци, намећање у ирометју, иорекло, оиасносци замене.*

I Увод

На савременом тржишту је све изразитија потреба да производи и услуге буду обележени на адекватан начин у циљу разликовања од других производа и услуга, а последица је да се све већи број ознака различите природе могу заштитити жигом. Тако су у Првој Директиви о хармонизацији правних прописа држава чланица о жиговима у чл. 2, као ознаке које се могу заштити жигом изричито наведене и боје. Наведени члан је имплементиран у ново немачко законодавство у чл. 3, ст. 1,

Закона о жиговима. Нови приступ у заштити боја путем жига се битно разликује од заштите која је била дефинисана у чл. 25, раније важећег немачког Закона о обележавању производа. Наиме, по новој регулативи заштићене су и апстрактне боје, што значи боје као такве, независно од дводимензионалног или тродимензионалног појавног облика. Апстрактне боје се означавају и као бесконтурне и контурно неодређене. Насупрот томе, по старој регулативи апстрактне боје нису могле да буду заштићене жигом. Заштита се, пак, могла стећи само за конкретни појавни облик у којем се боја употребљава за обележавање производа. Другим речима, могло је бити заштићено индивидуализовано јединство боје и форме, али само под условом да се наметнуло у промету као упућивање на порекло производа.

Питања која се постављају у вези са апстрактним бојама могу се поделити у две групе. Прва се односи на могућност и услове за њихову регистрацију, а друга на обим заштите жига којим су оне заштићене.

У пракси Европског суда правде одлучивано је само о могућностима и условима за регистрацију. Решења овог суда су обавезујућа за државе чланице, али је разумљиво да су општи појмови које је користио овај суд подложни тумачењу и захтевају даље прецизирање.

Савезни врховни суд Немачке је одлучивао и о обиму заштите жигова којима се штити апстрактна боја. Реч је о малом броју случајева чија је специфичност у томе да се апстрактна боја са повећаном моћи обележавања употребљава за означавање истих или врло сличних производа и услуга, а разлике у тоновима боја су биле незнатне.

Полазећи од наведене специфичности, не може се говорити да су успостављена општа правила за утврђивање обима заштите жигова којима је заштићена апстрактна боја. Наиме, основни проблем заштите апстрактних боја је у томе да ли се оне могу користити и у смислу упућивања на порекло, поред уобичајене употребе као естетског и декоративног елемента. Из тог разлога смо у раду настојали да ставове који су изложени у пресудама повежемо са неким од основних принципа права о жигу и да на тај начин покушамо да допринесемо појашњавању ове још увек недовољно расветљене материје.

II Појам и значај моћи обележавања

За одређивање обима заштите сваког жига, па тиме и жига којим је заштићена боја, посебан значај припада моћи обележавања коју жиг поседује. Моћ обележавања заснива се на дистинктивној моћи ознаке која служи идентификацији производа на тржишту. Дистинктивна моћ је истовремено изворна моћ обележавања коју нека ознака поседује на темељу

својих карактеристика као што су, на пример, особитост и упечатљивост. Међутим, моћ обележавања се не може поистоветити са дистинктивном моћи ознаке. Наиме, моћ обележавања неког жига није константна карактеристика ознаке, него је варијабилна величина степена познатости ознаке на тржишту.¹ Сходно коришћењу у промету моћ обележавања жига се повећава или смањује, тј. подложна је сталним променама. Другим речима, као варијабилна величина моћ обележавања зависи од изворне моћи обележавања као и од интензитета коришћења у промету.² Обим заштите жига варира са моћи обележавања коју ознака поседује, тако да се са повећаном моћи обележавања шири и обим заштите.

Према степену моћи обележавања жигови се деле на нормалне, слабе и јаке. Слаби жигови су они чија је моћ обележавања испод просечне, па су и незнатне измене довољне да би се искључила опасност замене. То значи да је напуштено раније емпиријско схватање о опасности замене, које се заснива на искуственом правилу да се у промету познати жиг теже замењује са неком сличном ознаком, него када је реч о неком непознатом жигу.³ Данас постоји сагласност о томе, да жигови са већом моћи обележавања уживају ширу заштиту. Реч је о нормативном схватању опасности замене као функционалног правног појма.⁴ Подобност слабих жигова да у промету делују као ознаке разликовања је значајно мања, него код жигова који поседују просечну моћ обележавања, јер је у другом плану представа у промету да је реч о ознакама разликовања. Међутим, и у случају слабих жигова није довољна било која разлика у ознакама да би се искључила опасност замене.⁵ Наиме, разлике у колизионој ознаци морају да буду подесне да укажу на порекло производа или у смислу идентификације производа.

III Пракса Савезног врховног суда Немачке пре доношења пресуде „*Libertel*“

У пракси Савезног врховног суда Немачке је, такође, првенствено разматрано питање услова који се постављају за регистрацију боје као жига. У начелној пресуди „*Farbmarke gelb/schwarz*“⁶ заступан је став

1 Karl-Heinz Fezer, *Markenrecht*, 3. Auflage, München, 2001, стр. 767.

2 K. Fezer, *нав. дело*, стр. 767.

3 K. Fezer, *нав. дело*, стр. 767.

4 K. Fezer, *нав. дело*, стр. 768.

5 K. Fezer, *нав. дело*, стр. 773.

6 Пресуда Савезног врховног суда Немачке, *Farbmarke gelb/schwarz* – I ZB 20/98, од 10.12.1998, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 6/1999, стр. 491.

да већ непосредно из текста закона проистиче да се у погледу боја и комбинација боја, у поређењу са другим жиговима, не могу постављати никакви посебни услови за стицање заштите.⁷ Довољно је да боје испуњавају опште услове подобности за заштиту, пре свега услов самосталности ознаке у односу на производ. Не постоји основа за став да су апстрактне боје или њихове комбинације изворно потпуно неподесне да се њима обележавају производи. Напротив, у пословном промету боје и комбинације боја се често користе као средство обележавања. Начелно, када је реч о конкретној дистинктивној моћи боја, довољна је и незнатна дистинктивност да би боја била регистрована, што без изузетка важи за све ознаке за које се захтева заштита жигом. Другим речима, за неконвенционалне жигове не могу се поставити строжи захтеви у поређењу са уобичајеним жиговима.⁸

Оваква либерална пракса регистрације боја као жигова непосредно се одражава и на одређивање обима заштите. Сходно ранијим излагањима, жигове чији је предмет боја, можемо одредити као слабе жигове, с обзиром да је њихова изворна конкретна дистинктивност мала. Другим речима, и незнатне разлике су довољне за негирање опасности замене и тиме повреде регистрованог жига. У том смислу је у пресуди „*Farbmarke violettfarben*“ истакнуто: „Поред тога, Савезни патентни суд ће, такође, морати да узме у обзир да регистрацијом неће бити заштићен сваки тон боје виолет, него само дефинисани тон. Потреба других конкурената за коришћењем исте боје узеће се у обзир приликом оцењивања опасности замене, јер жигу који испуњава минималне захтеве у погледу заштите припада само ограничени обим заштите.

7 Marianne Grabrucker, Elisabeth Fink, „Aus der Rechtsprechung des Bundespatentgerichts im Jahre 2008“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 5/2009, стр. 430; M. Grabrucker, E. Fink, „Aus der Rechtsprechung des Bundespatentgerichts im Jahre 2007“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 5/2008, стр. 371; M. Grabrucker, „Der Schutzgegenstand der Farbmarke“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 10/1999, стр. 850; Stefan Völker, Jörg Semmler, „Markenschutz für Farben und Farbkombinationen“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 2/1998, стр. 93; Paul Ströbele, „Die strenge und vollständige Prüfung – „Libertel“ und seine Umsetzung in Deutschland“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, стр. 2/2005, стр. 93–97; Sebastian Frhr. von Bechtolsheim, Philipp Gantenberg, „Die konturlose Farbmarke“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 8/2001, стр. 705–707; Matthias U. Studer, „Eintragung von abstrakten Farben als Marke – Entwicklungen in der Schweiz und im EU-Raum“, *Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht*, бр. 2/2005, стр. 140; Friedrich-Karl Beier, „Ausstattungsschutz für Farben“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 6/1980, стр. 600. Stefan Völker, „Markenschutz für Farben und Farbkombinationen“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 2/1998, стр. 93–102.

8 Пресуда Савезног врховног суда Немачке, *Farbmarke magenta/grau* – I ZB 23/98 од 25.3.1999, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 8/1999, стр. 730.

Сходно томе, конкуренти имају довољно могућности да за обележавање својих производа користе друге тонове виолет боје.⁹ У истом смислу се у једном делу литературе сматра да је обим заштите жигова којима је заштићена апстрактна боја сужен и сведен на најмању меру, због ограничене способности потрошача да у сећању задржи представе о бојама и њиховим варијацијама.¹⁰ У другом делу литературе се, пак, сматра да се сличност боја не оцењује првенствено полазећи од њиховог деловања на потрошача, него на основу формализованог посматрања, што значи да се степен сличности оцењује полазећи од нормиране скале боја.¹¹

IV Пресуда Европског суда правде „*Libertel*“

Европски суд правде је у пресуди „*Libertel*“ у вези са регистрацијом апстрактних боја указао на околност да је број боја ограничен, те се већ малим бројем регистрованих боја може блокирати тржиште. Таква последица је супротна и неспојива са системом конкуренције. На основу тога, Европски суд правде је закључио да се боје могу регистровати само уколико постоје веома неуобичајене околности.¹² У сваком другом случају за регистрацију апстрактне боје захтева се доказ да је боја коришћењем у промету стакла дистинктивну моћ.

Европски суд правде свој став заснива на околности да потрошач боје по правилу опажа само као средство обликовања, јер се оне уобичајено користе као декоративни елеменат или у циљу описивања својства робе, а не као ознака којом се упућује на порекло.¹³ Из тог разлога, боја може поседовати изворну дистинктивну моћ само када су кумулативно испуњени следећи услови: а) меродавно тржиште је веома специфично и односи се само на подручје производа које је прегледно за потрошача; б) на дотичном тржишту употреба боја је сасвим неуобичајена или је конкретна боја нарочито особита; в) промет

9 Пресуда Савезног врховног суда Немачке, *Farbmarke violettfarben – I ZB 57/98: Eintragungsfähigkeit einer konturlosen Farbmarke*, од 1.3.2001, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 12/2001, стр. 1154.

10 AIPPI Group reports, Germany, Bericht Q181, Deutschen Landesgruppe, *Eintragungsvoraussetzungen und Schutzzumfang von nicht-konventionellen Marken*, доступно на адреси: www.aippi-us.org/iplaw.html, 20.3.2013, стр. 34.

11 AIPPI Summary Report, Question 181, *Conditions for registration and scope of protection of non-conventional trademarks*, стр. 47.

12 Исти услови су наведени и у Закључку Савезног врховног суда Немачке; 24 W (pat) 75/10 од 19.3.2013, доступно на адреси: [dejure.org/.../rechtsprechung?...24%20W%20\(pat\)%2](http://dejure.org/.../rechtsprechung?...24%20W%20(pat)%2), 22.3.2014, стр. 21–22.

13 Felix Hauck, „Aktuelle Entwicklungen bei der Eintragung von Farbmarken“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 5/2005, стр. 364.

је на темељу одговарајуће праксе у бранши дугорочно навикнут на коришћење боја као средства за обележавање производа.¹⁴

V Пракса Савезног врховног суда Немачке после доношења пресуде „Libertel“

Некадашња либерална пракса регистрације је после доношења пресуде „Libertel“ замењена рестриктивнијом, те се зато на нови начин мора размотрити и питање обима заштите жигова којима су заштићене апстрактне боје. Ово питање је било предмет разматрања у пресуди „*Farbmarkenverletzung I*“.¹⁵ У овом спору странке су као конкуренти нудиле услуге на подручју телекомуникација. Немачки Телеком је користио боју *magenta*, тон RAL¹⁶ 4010, за обележавање својих услуга и у рекламирању. Он је титулар жига којим је заштићена та боја, а који је регистрован на основу доказаног наметања у промету за производе и услуге на подручју телекомуникација. Тужена је у својим рекламним огласима користила за обележавање цена и свог мрежног броја боју која је веома слична заштићеној боји, док су други делови огласа, текст и делови у слици, били у белој или у црно-белој боји.

Решавајући по тужби немачког Телекома, Савезни врховни суд Немачке је пошао од чињенице да је боја *magenta* регистрована на основу коришћења и наметања у промету, а не на основу изворне дистинктивности. Наиме, на основу спроведених анкета 68,4% испитаника је ову боју изричито приписивало немачком Телекому, а 70,4% испитаника је познавало боју као упућивање на неко одређено предузеће.¹⁷

За стицање жига на основу коришћења неопходна мера важења жига у промету се не може одредити процентуалним дефинисањем мe-рoдaвнe прoмeтнe крoгoвe у којима мора да буде познато да ознака

14 Пресуда Европског суда правде „Libertel“ C-104/01, од 6.5.2003, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 7/2003, стр. 604–609.

15 Wolfgang Berlit: „Der Schutzzumfang von Farbmarken“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 12/2005, стр. 998;

16 RAL (*Reichs-Ausschuss für Lieferbedingungen*) је каталог нормирања боја који је успостављен 23.4.1927. године у Берлину. Ова стандардизација се у почетку заснивала на табели од 40 боја, при чему је свака боја означена четвороцифреним бројем. Предност стандардизације је да купац и добављач при размени користе само RAL број и то без узорка боје на одређеном материјалу. У међувремену RAL каталог је обogaњен са нових 213 тонова. Већина нових нијанси придодата је на захтев најзначајнијих немачких компанија, тако су, на пример, боје телемагента, телесива 1 и телесива 2 увршћене у каталог у 1992. години. Данас обухвата 420 непрозирних боја и, као посебан врхунац, 70 металик боја.

17 Пресуда Савезног врховног суда Немачке, *Farbmarkenverletzung II*, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 2/2004, стр. 154.

за одређене производе или услуге указује на порекло из неког одређеног извора. Напротив, Савезни врховни суд Немачке истиче да се морају узети у обзир околности појединачног случаја. Када је реч о ознакама у боји, од нарочите важности је околност да је интерес заједнице њихово очување за коришћење од стране других конкурената, с обзиром на ограничени број расположивих боја. За признавање заштите на основу коришћења апстрактне боје се зато мора захтевати виши степен важења у промету у поређењу са ознакама које поседују нормалну моћ обележавања, а код којих не постоји никакав нарочити интерес да остану слободне у промету.

Тужена није повредила жиг тужиље коришћењем идентичне ознаке. Наиме, у конкретном случају реч је о коришћењу боје која је веома слична заштићеној. Међутим, постоји повреда жига с обзиром да су у питању идентичне услуге, да се користи боја која је заменљива са заштићеном, као и то да жиг поседује повећану моћ обележавања. Опасност замене повећава се тиме да меродавни потрошач једва може да установи незнатне разлике у тоновима боја.

VI Пресуда „*Lila Schokolade*“

У спору „*Lila Schokolade*“¹⁸ тужиља је титулар жига којим је заштићена апстрактна лила боја, која није била одређена на основу постојећих система класификације. Жиг је регистрован на основу наметања у промету и то за чоколадне производе. Тужена је производила мешавину чајног пецива у којој се налазило и чајно пециво преливено чоколадом. Ову мешавину је продавала у паковању лила боје. Савезни врховни суд Немачке је, најпре, установио да жиг којим је заштићена ова боја поседује повећану моћ обележавања у погледу упућивања на произвођача „*Milka*“ чоколадних производа. Потом је прихватио мишљење жалбеног суда да постоји опасност замене између лила боје паковања тужене, која се у промету схвата као самостално средство обележавања, и жига тужиље. Приликом оцене опасности замене морају се узети у обзир све околности конкретног случаја. При томе постоји узајамно деловање између сличности ознака и сличности производа, као и степена моћи обележавања, тако да нижи степен сличности производа може да буде компензован вишим степеном сличности ознака, или повишеном моћи обележавања старијег жига, као и обрнуто. У конкретном случају постоји сличност између производа од чоколаде са мешавином чајног пецива које се продаје у оспореном паковању. Поред

18 Пресуда Савезног врховног суда Немачке, *Lila-Schokolade* – I ZR 91/02, од 7.10.2004, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 5/2005, стр. 427–430.

тога, заштићени лила тон боје је достигао повишену моћ обележавања као упућивање на порекло „*Milka*“ чоколадних производа. На крају, између заштићене боје и боје коју тужена користи за паковање својих производа постоји јасна сличност. На основу свега, Савезни врховни суд закључује да се жигом тужене повређује жиг тужиље.

VII Употреба у функцији упућивања на порекло

Жиг којим је заштићена апстрактна боја може да буде повређен само када треће лице боју употребљава у смислу упућивања на порекло.¹⁹ У том смислу за жигове којима је заштићена боја не важе другачија правила од оних која важе за жигове којима су заштићене друге ознаке. Међутим, када се у рекламном огласу користи боја, постоји посебан повод за испитивањем да ли се такво коришћење дешава у смислу указивања на порекло. Потрошачи, наиме, нису навикнути да у коришћењу боје у рекламирању, без додавања графичких елемената или речи, сагледају упућивање на порекло, зато што се боја као таква, по правилу, не употребљава за обележавање порекла из неког одређеног предузећа. Меродавно је схватање просечно информисаног, пажљивог и разумног потрошача. Само се изузетно може сматрати да промет боју у неком рекламном огласу схвата као упућивање на порекло, а не као елемент обликовања. Услов за то је да се боја у односу на све остале елементе истиче на такав начин да се схвата као средство обележавања. На пример, то се може десити када жигом заштићена боја поседује повишену моћ обележавања која је стечена на основу коришћења и сходно томе, постоји одговарајућа навика у промету да у заштићеној боји у вези са дотичним производима види упућивање на порекло, или ако боја у оспореној форми представља битни елемент обликовања који није потиснут у позадину уобичајеним средствима којима се упућује на порекло. Употреба у циљу обележавања је правно питање, а оцена је зависна од чињеничног стања конкретног случаја. Уколико је виши степен снаге обележавања жига у боји, утолико пре ће се сматрати да се боја у рекламном огласу користи као упућивање на порекло. Другим речима, боји тада припада самостално обележавајућа функција. Међутим, чињеница да се боја у неком рекламном огласу користи на начин да се поглед потрошача усмерава на њу није још увек довољна да би се говорило о њеној употреби у циљу обележавања порекла производа.²⁰

19 Пресуда Савезног врховног суда Немачке, *Farbmarkenverletzung I – I ZR 23/01*, од 4.9.2003, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 2/2004, стр. 151.

20 Пресуда Савезног врховног суда Немачке, *Farbmarkenverletzung II*, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 2/2004, стр. 155.

Овај став Савезног врховног суда Немачке продубљен је и у наредним пресудама. У пресуди „*Lila Schokolade*“ је истакнуто да је овај изузетак условљен чињеницом да се боја као таква, у оквиру свих других елемената, истиче на такав начин да се у промету схвата као упућивање на порекло, другим речима, као средство обележавања. На пример, о овоме се може говорити када заштићена боја поседује повишену моћ обележавања, коју је стекла коришћењем у промету, па на основу тога постоји одговарајућа навика у промету да у случају дотичних производа у заштићеној боји види упућивање на порекло. Поред тога, неопходно је да боја, такође, у оспореној форми буде суштинско средство обликовања које није потиснуто у други план на основу уобичајених елемената којима се упућује на порекло.

У пресуди „*Dentale Abformmasse*“²¹ поновљени су ставови из већ наведених пресуда. Нарочито је истакнуто да је услов за употребу у сврху обележавања, када је реч о апстрактним бојама, повећана моћ обележавања заштићене ознаке. То значи да се о употреби у сврхе обележавања не може говорити уколико ознака поседује само нормалну моћ обележавања.

VIII Закључак

Обим заштите жига којим је заштићена апстрактна боја је већ претходно условљен тиме да и на подручју на којем делује повредилац мора да постоји навика у промету да се боја сматра као средство упућивања на порекло. Поред тога, неопходно је да се боја у оспореној форми употребе истиче као суштински елемент који није потиснут у други план уобичајеним средствима упућивања на порекло, као што су, на пример, речи или слике. Уколико наведени услови нису испуњени не може се говорити о повреди жига којим је заштићена апстрактна боја. У тако дефинисаном оквиру примењују се општа правила о одређивању обима заштите жига.

У судској пракси су решавани само случајеви у којима је одређиван обим заштите жигова са повећаном моћи обележавања. Посебност ових случајева огледа се у томе да је титулар жига којим је заштићена апстрактна боја дуготрајним и интензивним рекламирањем створио посебну свест у меродавним прометним круговима, која се испољава у чињеници да се одређеним бојама поклања посебна пажња и управо у њима сагледава упућивање на порекло. Нису решавани случајеви у

21 Пресуда Савезног врховног суда Немачке, „*Kennzeichenmäßiger Gebrauch einer die technische Anwendung unterstützende Farbgebung – Dentale Abformmasse*“, од 22.9.2005, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 12/2005, стр. 1044.

којима је реч о жиговима са нормалном снагом обележавања, као ни случајеви у којима се ознака региструје већ на основу изворне дистинктивности, а не на основу дистинктивности која је стечена употребом, што је изузетак. У правној теорији се сматра да је за повреду жигова са нормалном снагом обележавања неопходно да титулар жига боју користи у сврхе обележавања изоловано од других елемената. Уколико то није случај, титулару жига којим је заштићена апстрактна боја једино преостаје могућност да нарочито интензивним коришћењем жига стекне заштиту, као што је то случај у анализираним пресудама.

Прелазак са либералне на рестриктивну праксу регистрације апстрактне боје има, између осталог, за последицу и промену у основном приступу у одређивању обима заштите таквих жигова. Све то указује на неопходност детаљнијих и утемељенијих теоријских истраживања у овој области.

Сматрамо да је реч о отвореном питању и у новом европском праву о жигу. Из тог разлога је неопходно да о овом свој став изнесе и Европски суд правде.

Božin VLAŠKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

PROTECTION SCOPE OF COLOUR TRADEMARKS IN THE NEW GERMAN LAW

Summary

Protection scope of trademarks in colour is an issue that has not yet been sufficiently clarified neither in legal theory, nor in the case law. In contrast to the European Court of Justice, the Federal Supreme Court of Germany in several judgments stressed possible solutions. The subject of decision-making in these judgments were only marks with increased the power of marking. However, this Court has not been given a general answer to the question of determining the scope of protection of trademarks in colour.

Key words: *the power of marking, abstract distinction, a concrete distinction, the imposition of trade, origin, likelihood of confusion.*

др Сања РАДОВАНОВИЋ
доцент Правног факултета у Новом Саду

МОЖЕ ЛИ АУТОРСКО ИМОВИНСКО ПРАВО ДА БУДЕ ПРЕДМЕТ ЗАЛАГАЊА?

Резиме

Ауторско право се у правној литератури често наводи као пример групе имовинског права које може да буде заложни објект. Изричите одредбе о овом питању недостижу у бројним законима који регулишу различите врсте заложног права. Стога се намеће питање у ком обиму је могућа сходна примена општих правила на овај конкретан предмет залагања. Овај рад управо има за циљ да покуша да да одговор, или бар укаже на практичне проблеме. У анализи ћемо настојати да узмемо у обзир све правне релевантне околности. При том се, у првом реду, мисли на специфичну природу ауторског права, које због своје личноправне карактеристике принципијално није преносиво. Наравно, узимајући у обзир сложеност проблема којим ћемо се бавити, биће нужно одговоре довести у везу са питањима ко су субјекти који могу њиме да располажу, у ком обиму и на који начин. Са циљем да се у раду нагласе проблеми са којима смо се у исцртавању суочили, општа правила о заложном праву биће изнесена само у мери у којој је то неопходно.

Кључне речи: заложно право, заложни објект, ауторско право, принудно извршење, уговорна залога, принудна залога.

I Увод

Заложно право представља средство обезбеђења потраживања, односно обезбеђења извршења у поступку принудне наплате. Имајући у виду да је вредност заложеног објекта препознатљива за заложног повериоца, који се из ње првенствено намирује, у пословној пракси је честа његова примена. То је нарочито случај када је реч о стварима (покретним и непокретним), као материјалним добрима. Наравно, ови објекти нису једини из којих се може црпети имовинска корист. Стога, закони предвиђају да предмет заложног права могу да буду и друга имовинска права. У ту групу правна теорија редовно убраја и права интелектуалне својине.¹ За поједина од њих постоје и законске одредбе које ово питање изричито дотичу (патент,² жиг,³ право индустријског дизајна⁴). То није случај са ауторским правом. Донекле се различит третман права интелектуалне својине у смислу правне нормираности може правдати чињеницом да су патентни, жигови и право индустријског дизајна преносиви и имају наглашену привредну функцију. Стога нам се чини да је иста таква функција ауторског права, бар када је реч о искоришћавању одређених врста ауторских дела, потцењена. Ту се, у првом реду, мисли на искоришћавање ауторских дела у филмској, музичкој и софтверској индустрији.

Будући да залагање ауторског права није изричито регулисано, оставља се простор сходној примени законских одредаба о залози. Питање је, међутим, да ли је она могућа, с обзиром на то да је ауторско право сложеније природе у поређењу са другим имовинским правима, или бар са правима интелектуалне својине, за која постоје, макар делимично, нормативна решења.

Пре него што се упустимо у анализу овог проблема, учинићемо извесне напомене, ради прецизирања шта се, заправо, сматра залагањем ауторског права у контексту овог рада.

Најчешће се под овим појмом подразумева залагање потраживања титулара ауторског права према субјектима овлашћеним да врше његово право (примера ради, потраживање ауторске накнаде). У том смислу, имовинска корист коју титулар права стиче по основу вршења ауторскоправних овлашћења представља приход, ни по чему другачији

1 Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сйварно йраво*, Београд, 1996, стр. 260; Драгољуб Стојановић, *Сйварно йраво*, Крагујевац, 1998, стр. 229.

2 Закон о патентима (*Службени йласник РС*, бр. 99/2011), чл. 47–50.

3 Закон о жиговима (*Службени йласник РС*, бр. 104/2009 и 10/2013), чл. 53–56.

4 Закон о правној заштити индустријског дизајна (*Службени йласник РС*, бр. 104/2009), чл. 52–55.

од истих користи стечених по другим основима. Самим тим, залагање потраживања не представља проблем о којем ћемо у раду расправљати, јер је оно регулисано на задовољавајући начин. Суштинску дилему, заправо, представља питање да ли предмет залогe може да буде сâмо ауторско право/овлашћење да се другима дозволи предузимање одређених радњи које су обухваћене ауторскоправном заштитом. Примера ради, аутор може да уступи овлашћење на бележење и умножавање свог дела и стављање умножених примерака у промет. Из таквог уступања он стице имовинску корист у виду ауторске накнаде. Како смо већ објаснили, ауторска накнада, као потраживање, неспорно може да буде заложни објект. Али, да ли аутор, у циљу обезбеђења потраживања свог повериоца, може да заложити сâмо овлашћење на бележење и умножавање, односно стављање у промет, које ће касније бити уновчено, ради намирања заложног повериоца?

II Ауторско право као „друго имовинско право“ у смислу заложног права

Заложно право је право које овлашћује заложног повериоца (залогопримца) да се из вредности заложног објекта намири, пре осталих (обичних, хирограферних) поверилаца и заложних поверилаца чије је право залогe касније настало, уколико његово потраживање не буде намирено о доспелости.

Према Закону о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО), залагати се могу ствари, потраживања или друга права.⁵ Из појма заложног права произлази да је предмет залогe само оно „друго право“ које се може новчано изразити, односно имовинско право. Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (у даљем тексту: ЗППСУР) то изричито предвиђа, додајући, при том, и услов могућности слободног располагања тим правом од стране његовог имаоца.⁶ Ова законска одредба захтева додатно објашњење, када је реч о ауторском праву.

Најпре, имовински карактер другог права подобног за залагање огледа се како у могућности да се само право уновчи (нпр. потраживање, што је и издвојено као предмет залогe), тако и у новчано изразивој кори-

5 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 59/1989 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993, даље у фуснотама: ЗОО), чл. 966–996.

6 Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (*Службени лист РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011, даље у фуснотама: ЗППСУР), чл. 10.

сти коју титулар права црпи из самог права (нпр. накнада за коришћење одређене ствари, односно права).

Имајући у виду монистичку концепцију ауторског права, поставља се питање да ли се оно може сматрати имовинским, у смислу наведене одредбе.

Подсетимо се, садржину ауторског права чине личноправна и имовинскоправна овлашћења. Иако постоји нераскидива веза ове две групе овлашћења, ауторско право се не сматра личноимовинским правом, као што је то случај, примера ради, са правом на издржавање. Код потоњих, имовинска корист се везује за тачно одређено лице, те је као такво непреносиво. У ауторском праву, као што је познато, имовинска овлашћења су призната са циљем да се аутору гарантује стицање имовинске користи од његовог интелектуалног рада. Он (аутор) може непосредно да врши садржину тих овлашћења, али се у пракси чешће догађа да их уступа субјектима који имају довољно капацитета да ауторско дело тржишно искоришћавају. Другим речима, аутор слободно располаже имовинском компонентом ауторског права. У том смислу, ова особина га чини подобним и за залагање.

Имајући у виду чињеницу да свако имовинско овлашћење аутора представља самостални облик искоришћавања ауторског дела, предмет залогa може да буде и само једно овлашћење из имовинског корпуса.⁷ Штавише, чини се да овлашћење које се залаже може да буде садржински и територијално ограничено, јер га је и у таквом суженом обиму могуће издвојити из садржине права и вршити независно од целине којој припада. Рецимо, аутор романа може, ради обезбеђења потраживања његовог повериоца, заложити овлашћење на прилагођавање ауторског дела сценском извођењу у Новом Саду. Иако начелно припада овлашћењу на прилагођавање, аранжирање и друге измене дела, јасно је да вршење у ограниченом обиму може да буде новчано изражено, али исто тако и тржишно оправдано. Временско ограничење овлашћења сматрамо спорним, будући да би могло угрозити интересе заложног повериоца. Наиме, уколико би предмет залагања било овлашћење које се врши у ограниченом трајању, а имовинска корист се остварује сукцесивно или у зависности од ефеката искоришћавања (нпр. проценат од продаје књига), могло би се догодити да се заложни поверилац не намери у пуном обиму.

Када је реч о преносивости, као услову подобности заложног објекта, сматрамо оправданим на овом месту направити паралелу са личном службеношћу плодуживања, будући да су ова два права, у погледу везе личне и имовинске компоненте, у великој мери сродна. Наи-

7 Д. Стојановић, *нав. дело*, стр. 230.

ме, плодуживање је имовинско право, које, због чињенице да се конституише у корист одређеног лица, није преносиво. Ипак, правна теорија и судска пракса, не виде спорним могућност преношења његовог вршења.⁸ Замислимо је да плодуживалац на некретнини убира цивилне плодове, у смислу вршења службености. То се постиже закључивањем уговора о закупу оптерећене непокретности. Предмет залог може да буде закупнина, која суштински представља садржину непреносивог права. Могли бисмо извести и закључак да предмет залагања може бити и само право да се закључи уговор о закупу. То би могло бити случај када титулар у опште не врши плодуживање. Овим се не преноси лична службеност, нити се дира у њен смисао – одређено лице стиче плодове ствари. Слично, и вршење имовинског права аутора јесте преносиво. Међутим, често вршење имовинскоправног овлашћења стоји у непосредној вези са личним интересима аутора.⁹ Због тога аналогија не може да буде потпуна. Правнополитички би било оправдано, у контексту обезбеђења потраживања, односно обезбеђења извршења, њиме обухватити и конститутивни и транслативни пренос.¹⁰ Дакле, оцена преносивости ауторског имовинског права зависи од обима у којем га залогодавац може вршити, односно њиме располагати. Када је то аутор, односно његов наследник, једини могући облик располагања имовинским правом, односно овлашћењем јесте уступање. Деривативни носиоци ауторског права га могу, уз услов сагласности аутора, чак и преносити.

Услов преносивости има још један аспект, будући да је предмет ауторског права које се залаже нематеријално добро, те га може истовремено искоришћавати више лица.¹¹ Тиче се питања да ли располагање у сврху конституисања заложног права мора да буде искључиво или је могуће то учинити на неискључив начин. Ово питање, међутим, прелази оквири оцене позитивних прописа о залози, будући да сваки облик располагања, који може самостално да се уновчи може бити заложен. Ипак, другачија правна дејства ових располагања утичу и на могућност установљавања заложног права.

Друга опција већ по природи ствари се не може узети као подобра, јер се тиме губи првенство у наплати потраживања заложног по-

8 Михајло Дика, *Грађанско оврино њраво*, Загреб, 2007, стр. 629–631; Д. Стојановић, *нав. дело*, стр. 231; О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 220; Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Сйварно њраво*, Крагујевац, 2009, стр. 186. У погледу судске праксе види: ВСХ Рев. 223/87, *Судска њракса*, бр. 2/93, стр. 24.

9 Слободан Марковић, *Ауџорско њраво и сродна њрава*, Београд, 1999, стр. 106.

10 Владимир В. Водинелић, *Грађанско њраво – увод у њрађанско њраво и оишџи гео њрађанско њрава*, Београд, 2012, стр. 287–288.

11 О неривалском карактеру интелектуалних права и критици њихове својинске концепције види: Слободан Марковић, *Право инџелекџуалне својине и инџормационо друшџиво*, Београд, 2014, стр. 261–266.

веројоца. Наиме, уколико трећа лица из имовинског овлашћења стичу корист, интерес заложног повериоца да обезбеди своје потраживање не може бити задовољен. Тачније, обични (хирограферни) повериоци би били привилеговани у наплати, јер имовинска корист коју аутор црпе из неискључивог уступања би улазила у имовину из које се они намирују, док би заложни поверилац морао да чека реализацију свог заложног права. Јасно је да би у том случају било оправдано установити залог у потраживању аутора према носиоцима ауторског права. Прихватљиво је, дакле, само залагање права које би се вршило на искључив начин. Практично, то би значило да аутор може да заложити своје право само на делима чије искоришћавање још није започето. Ово најпре с разлога што би једино тада располагање могло бити на искључив начин, али и због чињенице да аутор, уколико би већ претходно искључиво уступио своје право, више не би био овлашћен да њиме даље располаже. Ипак нам се чини да је и ова једина могућа опција дискутабилна. Аутор залогодавац, ради очувања заложеног права,¹² не би требало тим правом даље да располаже, што се противи природи залогa. Уз то, чини се да се тиме претпоставља једно јаче право (ауторско) слабијем (потраживању повериоца). Следствено, уступање права нам изгледа погодније средство обезбеђења потраживања.

Иако је одговор на питање да ли се ауторско имовинско право (односно овлашћења из ауторског имовинског права) могу сматрати подобним предметима залогa начелно потврдан, недостаје још један елемент у овој анализи да би одговор био целовит. Тиче се личноправне компоненте. Наиме, чињеница да је аутор искључиво овлашћен да другог забрани или дозволи искоришћавање његовог дела на одређени начин утиче на домет слободе располагања имовинском компонентом. Самим тим, у одређеним случајевима нам се и могућност залагања чини проблематичном. Ово се, пре свега, односи на залагања од стране деривативних носиоца ауторског права, о чему ће надаље бити речи.

III Залогодавци код заложног права на ауторском праву

Изворни носилац ауторског права је аутор. Следствено, он слободно располаже својим овлашћењима, односно даје сагласност на различите облике искоришћавања његовог ауторског дела. Другим речима, аутор може да уступа своје право (не и да пренесе), у целини или поједина овлашћења, на искључив или неискључив начин, за одређено време или неограничено (док траје ауторскоправна заштита).¹³ Разумљиво, у до-

12 Сходно ЗОО, чл. 991; ЗЗППСУР, чл. 18.

13 Закон о ауторском праву и сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 и 119/2012, даље у фусногама: ЗАСП), чл. 61–64.

мен оваквих располагања може да се сврста и залагање, на претходно објашњени начин.

Сличан положај имају и наследници аутора, као његови правни следбеници. Чињеница да наследници врше ауторска морална овлашћења само у негативном аспект, не умањује обим слободног располагања имовинскоправном компонентом. У том смислу, и наследници могу да заложу ауторско (имовинско) право у циљу обезбеђења потраживања. Ова могућност се, међутим, мора довести у везу са околношћу да ли је ауторско дело објављено. Уколико то није случај, а аутор се за живота томе противио, ни наследници овлашћење на објављивање дела не могу да врше.¹⁴ Самим тим, не могу ни да залажу ауторска права, јер је објављивање претпоставка привредном искоришћавању дела.

Када је реч о деривативним носиоцима ауторског права, изгледа да се не може дати једнообразан одговор на питање да ли се они могу појавити као залогодавци ауторског права чији су титулари. Разлике постоје с обзиром на то да ли су овлашћења уступљена на искључив или неискључив начин.

Најпре, уколико је реч о стицаоцу ауторског права на неискључив начин, јасно је да он, с обзиром на то да није овлашћен да располаже уступљеним правом,¹⁵ не може ни да га залаже.

Искључиви стицаоци могу имовинско право које су стекли уступањем од аутора или његовог наследника у целини пренети на другог.¹⁶ У контексту овог рада, јасно произлази да ови субјекти могу и заложити уступљено имовинско право или поједино овлашћење. Међутим, пошто се право залаже на исти начин на који се и преноси, за овакво располагање је потребно прибавити сагласност аутора, односно његових наследника.¹⁷

Одредбе о субјектима којима је сâм закон признао својство искључивих носилаца имовинскоправних овлашћења захтевају додатно објашњење, како бисмо отклонили сваку сумњу у могућност, и услове, њиховог слободног располагања.

Наиме, ЗАСП-ом су посебно регулисана ауторска права поводом дела насталих на основу уговора о наруцби ауторског дела, односно у радном односу.

14 ЗАСП, чл. 58 ст. 1.

15 ЗАСП, чл. 62 ст. 3.

16 ЗАСП, чл. 64 ст. 1.

17 ЗАСП, чл. 64 ст. 1. Иако овај услов произлази из одредаба ЗАСП, чини нам се да је пренаглашена веза између имовинскоправних и личноправних овлашћења аутора, после његове смрти.

Закључењем уговора о наруцби ауторског дела наручилац стиче право да дело, које је предмет уговора, објави и да стави у промет примерак дела, који му је аутор предао, а аутор задржава сва остала права, уколико није другачије уговорено.¹⁸ То значи да је за вршење ових овлашћења дозвола аутора имплицитно укључена у претходно закључени уговор. Законско решење произлази из претпостављене сврхе закључења уговора о наруцби ауторског дела, која остаје у границама задовољавања личних потреба наручиоца. Због тога се не сматра оправданим ограничавање аутора у вршењу осталих имовинскоправних овлашћења. Међутим, када је предмет уговора о наруцби израда рачунарског програма, наручилац стиче сва права искоришћавања овог ауторског дела, уколико уговором није другачије одређено,¹⁹ јер се рачунарски програм, по правилу, израђује ради привредног искоришћавања.²⁰ Надаље, сходно законској одредби, у случају да ништа није изричито предвиђено, сматра се да су имовинскоправна овлашћења наручиоцу уступљена на неискључив начин.²¹ Наручилац добија „дозволу“ за вршење тих овлашћења, али не може да се противи искоришћавању дела од стране других лица. Искључиво уступање мора бити изричито уговорено. Тада наручилац постаје једини субјект легалног искоришћавања дела, односно вршења имовинскоправних овлашћења. Он своје право може истицати према свим лицима, па чак и према аутору. То значи да имовинску корист од економске експлоатације дела стиче једино наручилац. У овој околности се налазе и границе уступљеног овлашћења, јер даље располагање истим није могуће без сагласности аутора. У контексту овог рада, наручилац дела који је искључиви стичалац имовинскоправних овлашћења може та овлашћења да залаже само уз сагласност аутора, односно његових правних следбеника.

Слично је и у случају дела које је аутор створио током трајања радног односа, извршавајући своје радне обавезе. Носилац искључивих имовинских овлашћења на његово искоришћавање, у оквиру своје привредне делатности, јесте послодавац.²² Овај ексклузивитет је временски ограничен на пет година од завршетка дела, осим у случају израде рачунарског програма, када се он простире на сва имовинска овлашћења и за све време трајања ауторскоправне заштите.²³ Аутор, пак, има

18 ЗАСП, чл. 95 ст. 2.

19 ЗАСП, чл. 95 ст. 3.

20 С. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, стр. 297.

21 ЗАСП, чл. 62 ст. 4.

22 ЗАСП, чл. 98 ст. 1.

23 ЗАСП, чл. 98 ст. 4.

право на посебну накнаду у зависности од ефеката искоришћавања дела.²⁴

Премда потреба привредног искоришћавања, коју је законодавац имао у виду приликом доношења ових одредби, може да обухвати и залагање имовинских права у циљу обезбеђења кредита који, примера ради, један субјект настоји да добије ради унапређења пословања, сматрамо да наручилац, односно послодавац, не могу из те чињенице изводити основ за слободно располагање.

С једне стране, то би се противило непреносивости ауторског права, будући да је аутор искључиви титулар личноправних овлашћења. Даље располагање могло би да угрози личне интересе аутора. Примера ради, могло би се догодити да у поступку намирења потраживања овлашћење аутора музичког дела на извођење стекне лице које нема довољно, или чак никако потребних способности. Или, носилац овлашћења на емитовање постане телевизијска кућа чији програмски садржај има репутацију непристојног, па би се и наведено ауторско дело могло стављати у такав контекст.

С друге стране, закључивање уговора о залози од стране наручиоца, односно послодавца излази из оквира стеченог субјективног права на искоришћавање. Путем примарно закључених уговора имовинска компонента ауторства њима је само уступљена, а не и пренесена. Обим искоришћавања зависи искључиво од њиховог привредног интереса, односно делатности. С тим у вези, они могу да врше овлашћења у обиму потребном за задовољавање њихових потреба, односно у њиховом основном облику. Даље располагање има карактер секундарног искоришћавања. Као такво се не може сматрати оправданим интересом. Наравно, другачији споразум је могућ. У супротном, претпоставка је да наручиоци, односно послодавци морају прибавити сагласност аутора за залагање имовинских овлашћења.²⁵

24 ЗАСП, чл. 98 ст. 1.

25 У овом питању упоредно право познаје и другачија решења. Наиме, *common law* правни системи, који дају приоритет заштити економских интереса, допуштају могућност преношења имовинских овлашћења аутора у смислу транслативног промета. Тако, аутор може, у целини или делимично, пренети своје ауторско право (имовинско, *џрим. аутора*) на друго лице, као своју личну, односно покретну својину, које тиме постаје титулар права. (енглески Закон о ауторском праву, дизајну и патентима из 1988. године (*Copyright, Designs and Patents Act*, даље у фуснотама: CDPA), чл. 90; амерички Закон о ауторском праву из 1976. године (*Copyright Act, The U.S. Code, Title 17*, даље у фуснотама: CA), чл. 201. Штавише, у уговорима о раду или наруцби дела, такав пренос се претпоставља (CDPA, чл. 11 ст. 2 и CA, чл. 201 ст. b).

IV Настанак заложног права на ауторском праву

Општа правила залагања примењују се и на залагање имовинске компоненте ауторског права, уколико закон не прописује што друго.²⁶ У том смислу, залога може да настане на основу уговора, закона или судске одлуке, односно одлуке органа управе (принудна залога).

1. Уговорно заложно право на ауторском праву

Према ЗОО, давање у залогу права врши се на начин предвиђен за њихово преношење на другога, ако за одређени случај није прописано што друго.²⁷

Уговор о уступању, односно преношењу имовинскоправних овлашћења аутора, по правилу,²⁸ мора да буде сачињен у писаној форми или у форми јавнобележничког записа.²⁹ Следствено, и уговор о залози, који је иначе неформалан, када за предмет има ова овлашћења, закључује се у прописаној форми.

За разлику од ручне залоге, где је уговор само *iustus titulus*, а залога настаје предајом ствари у државину,³⁰ објект заложеног имовинског права аутора је нематеријално добро, тј. информација садржана у ауторском делу. Предаја, у класичном значењу, разумљиво, није могућа. Међутим, могућа је предаја ствари у којој је оно материјализовано. Стога би сходна примена одредаба о настанку залоге значила да обична залога настаје предајом примерка ауторског дела.

При том, треба имати у виду и одређена посебна правила. Најпре, привредно искоришћавање је могуће за објављена дела, а овлашћење на објављивање представља лично овлашћење аутора, које се не може залагати. Поред тога, уколико дело није довршено, предаја примерка би могла угрозити интересе аутора у погледу интегритета дела (што, такође, представља непреносиво личноправно овлашћење). Дакле, уговорна залога би могла да настане само на ауторском имовинском праву поводом

26 Опширније о залагању права интелектуалне својине види: Нина Планојевић, „Нека запажања о могућим облицима заложног права на правима интелектуалне својине код нас“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2013, стр. 711–725.

27 ЗОО, чл. 995 ст. 2.

28 ЗАСП, чл. 47 ст. 3. Правило писане форме у промету ауторских права трпи и изузетке. Примера ради, издавачки уговор чији је предмет издавање чланака, цртежа и других ауторских прилога у новинама и периодичној штампи не мора да буде закључен у писаној форми (ЗАСП, чл. 74).

29 Закон о јавном бележничтву (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012 и 19/2013, даље у фуснотама: ЗЈБ), чл. 83 ст. 1 тачка 2.

30 ЗОО, чл. 968.

довршених и објављених дела. Томе у прилог говори и чињеница да недовршена дела и необјављени рукописи не могу бити предмет принудног извршења.³¹ Закључак на несумњив начин произлази из природе уговора о залози. Наиме, уговор о залози је, по правилу, консенсуалан, а предаја ствари представља преузету обавезу. Уколико је залогодавац не испуни, а принудно извршење није могуће, не може ни да настане залога, као стварно право.

У погледу заснивања залогe на основу уговора, наше право познаје и тзв. регистровану залогу.³² За разлику од обичне залогe, *modus acquirendi* јесте упис у Регистар залогe, који води Агенција за привредне регистре (у даљем тексту: АПР).³³

За конституисање регистрованог заложног права које за објект има ауторско имовинско право не постоје никакве сметње у погледу примене правила Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар.³⁴ Дакле, на основу закљученог уговора о залози, на захтев залогодавца или заложног повериоца, уз сагласност залогодавца, врши се упис залогe у Регистар, чиме заправо настаје заложно право.

2. Законско заложно право на ауторском имовинском праву

Правни основ настанка заложног права може, за одређена потраживања, да буде и сáм закон. За разлику од уговорне, ова залога, по правилу, не претпоставља никакав посебан чин којим би се остварио публицитет, јер је тај захтев задовољен у општем правном принципу „*ignorantio iuris nocet*“. Сем тога, принцип специјалности законског заложног права ограничен је на одређена потраживања која имају карактер заштите општег интереса, због чега се сматрају типичним, а тиме и предвидивим за остале (обичне, хирограферне, али и заложне) повериоце. Исто тако, законске одредбе којима се установљава ова залога прописују и на која добра се она простире.

Када је реч о законском заложном праву које за објект може да има ауторско имовинско право, релевантна је одредба Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар,³⁵ према

31 ЗАСП, чл. 209 ст. 3.

32 Опширније о томе види: Нина Планојевић, Сениша Варга, „Конституисање уговорног заложног права на правима интелектуалне својине“, *Правни животи*, бр. 10/2012, стр. 627–643.

33 Евиденција залогe права индустријске својине се води у Заводу за интелектуалну својину. Опширније види: Н. Планојевић, *нав. чланак*, стр. 717–719.

34 Н. Планојевић, *нав. чланак*, стр. 718; Н. Планојевић, С. Варга, *нав. чланак*, стр. 634–638.

35 ЗППСУР, чл. 33 ст. 2.

којој посленик за потраживања награде за рад, накнаде за утрошени материјал и остала потраживања у вези са његовим радом, настала на основу уговора о делу из закона којима се уређују облигациони односи, има првенство у односу на заложна права уписана у Регистар залогe.

Будући да уговор о наруџби ауторског дела представља само посебан облик наведеног уговора, сасвим је јасно да законска залога може да буде установљена и у корист аутора, као посленика. У том смислу, било би правнополитички оправдано такву залогу дозволити и аутору дела створеног у радном односу, за потраживања посебне накнаде, на коју има право према ЗАСП-у.

3. Заложно право на основу одлуке органа управе односно суда (принудна залога)

Правни основ настанка залогe може да буде и одлука државног органа: органа управе или суда.

а) Настанак заложног права на основу одлуке органа управе

У управном поступку залога може да настане уколико је предмет одлучивања новчано потраживање. Један од таквих поступака јесте поступак наплате пореза. Закон о пореском поступку и пореској администрацији³⁶ прописује у којим случајевима и на којим заложним објектима настаје залога.³⁷ Ни одредбе овог закона не предвиђају изричито ауторско право као заложни објект, па се поставља питање сходне примене општих правила.

У том смислу, на ауторском имовинском праву могуће је установити залогу у два случаја: одмах по доспелости пореза и споредних пореских давања,³⁸ или ради обезбеђења пореског потраживања у поступку принудне наплате пореза.³⁹ У оба случаја, заложно право се мора уписати у одговарајући регистар, односно, у погледу ауторског права Регистар залогe при АПР-у. Тако конституисана залога нема првен-

36 Закон о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 63/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 10/2011, 2/2012 и 93/2012, даље у фуснотама: ЗПППА).

37 Према ЗПППА ову залогу назива законском, мишљења смо да је ипак реч о залози у управном поступку, будући да она настаје тек на основу решења органа управе, које је правни основ, и уписом у Регистар залогe, као начином стицања. Сем тога, ова залога, у поступку намирења, нема приоритет у односу на раније уписана заложна права.

38 ЗПППА, чл. 72.

39 ЗПППА, чл. 86.

ство у поступку намирења у односу на раније уписана заложна права.⁴⁰ Међутим, пошто је реч о принудном заложном праву, сматрамо да је конституисање залог овим путем ипак проблематично, о чему ће бити више речи у наредном излагању.

б) Насијанак заложној йрава на основу судске одлуке

За разлику од претходно наведених основа настанка заложног права, чини нам се да у погледу залог која настаје у судском поступку, постоје бројне препреке сходној примени општих правила.

Најпре, када говоримо о судској залози, мисли се на залогу која настаје у поступку извршења или у поступку обезбеђења извршења. Сматрајући сувишним задржавање на процесним питањима, на овом месту смо издвојили сáмо она која се тичу предмета рада.

Тако, у решењу о извршењу, односно обезбеђењу, које представља правни основ залог, наводе се средство и предмет извршења, уколико је у предлогу наведен. Према Закону о извршењу и обезбеђењу⁴¹ (у даљем тексту: ЗИО), средства извршења ради остварења новчаног потраживања су: продаја покретних ствари, продаја непокретности, пренос новчаног потраживања, пренос потраживања за предају покретних ствари или непокретности, уновчење других имовинских права, пренос средстава која се воде на рачуну код банке, продаја акција и продаја удела у привредним субјектима. Предмет извршења су ствари и права на којима се по закону може спровести извршење ради остваривања потраживања.⁴²

Уновчење других имовинских права јесте подобно за извршење на ауторским имовинским правима, као заложним објектима, али ЗИО не прописује на који начин би се друга имовинска права могла уновчити. Претпостављамо да је разлог томе разноврсност имовинских права која могу да буду заложни објекти. Како је реч о правној празнини, у обзир долази аналогна примена о извршењу на покретним, односно непокретним стварима, у зависности од тога каква је природа права на којем се спроводи извршење. Ипак, сматрамо да би изричита одредба у том правцу, задовољила очекивани минимум правне сигурности. Међутим, када је реч о ауторском праву као предмету залог, морамо да констатујемо да се управо у овој одредби исцрпљује сходна примена општих правила на питања настанка судског заложног права.

40 ЗППСУР, чл. 34.

41 Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени йласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 и 109/2013, даље у фуснотама: ЗИО).

42 ЗИО, чл. 19 ст. 4.

Наиме, у погледу ауторског права као предмета принудног извршења, постоје *lex specialis* одредбе ЗАСП-а, које су у духу монистичке концепције ауторског права. Тако, ауторско право не може бити предмет принудног извршења, већ то могу бити само одређена имовинска потраживања која произлазе из ауторског права.⁴³ Дакле, у поступку извршења не постоји могућност да се установи залога на имовинској компоненти ауторског права, већ само на потраживањима која настају његовим вршењем. У том смислу, не постоје ни значајнији проблеми: примењиваће се правила о извршењу на потраживању извршног дужника.⁴⁴

Чињеница да се на ауторском имовинском праву не може установити судска залога има шире последице. Заправо, искључење залогe настале принудним путем не представља само искључење једног основа за настанак заложног права, него утиче на општу оцену подобности ауторског права да буде заложни објект.

V Закључна разматрања – да ли ауторско право може да буде заложни објект?

Заложно право, као субјективно грађанско право, садржи овлашћење титулара да захтева остваривање принудним путем, односно његово принудно извршење. Стога нам се, у коначном одговору на питање да ли ауторско право може да буде заложни објект, намеће другачији угао посматрања: да ли је могуће принудно извршење, односно намирење из вредности заложеног права?

Претходно је изнесено да ауторско право, у својој имовинској компоненти, може да буде објект залагања. Уколико је реч о уговорној залози, ако аутор није залогодавац, потребна је и његова сагласност. Међутим, чињеница да принудно извршење на ауторском праву није могуће, релативизује овај начелно афирмативни одговор.

Покушаћемо то да објаснимо кроз поступак намирења, у кратким цртама.

Наиме, начело официјелности, као основни принцип заложног права, према сходној примени ЗОО, подразумева да заложни поверилац, уколико његово потраживање не буде намирено о доспелости, може захтевати од суда да ствар прода на јавној продаји или по текућој цени, кад ствар има берзанску или тржишну цену. Сходна примена на ауторско имовинско право би подразумевала уновчење имовинског

43 ЗАСП, чл. 209.

44 ЗИО, чл. 146–173.

ауторског права закључењем уговора путем јавног надметања или по тржишној цени. Ако је, пак, у залогу дато право чија је цена прописана, уговорне стране се могу договорити да поверилац по тој цени располаже заложеним правом или га задржи за себе.⁴⁵ Ова могућност, сходно начелу официјелности заложног права, подразумева заправо овлашћење повериоца да суду предложи намирење овим путем, без организовања споријег и скупљег јавног надметања. Дакле, поступку намирења мора претходити судска одлука, односно решење о извршењу. Већ смо констатовали да се у таквом решењу не може означити имовинскоправно овлашћење из ауторског права, као предмет извршења. Стога, ни намирење заложног повериоца није могуће.

Када је реч о вансудском намирењу, оно има ограничен домет. Тако, залогодавац који је привредни субјект (дакле, по правилу, деривативни стицалац ауторског права), може, уколико је то уговором о залози предвиђено, предмет заложног права продати (слободно њиме располагати) на вансудској јавној продаји (надметању), ако његово потраживање не буде намирено о доспелости.⁴⁶ Уколико предмет залогa има тржишну или берзанску цену, поверилац њиме може располагати по тој цени или га задржати за себе.⁴⁷ Уколико таква цена не постоји, заложеним правом се може располагати на начин на који би то учинио разуман и пажљив човек, чувајући интересе дужника и залогодавца, кад то није исто лице.⁴⁸

Када су залогодавци физичка лица (што је увек случај када ту позицију има аутор, односно његови наследници), која уговор о залози закључују изван оквира привредне делатности, уговором о залози се једино може предвидети да ће предмет заложног права прећи у државину заложног повериоца, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости.⁴⁹

Сем што из наведених одредби произлази да једино привредни субјекти, по правилу деривативни стицаоци ауторског права, могу залагати ауторско имовинско право (јер се могу вансудски намирити), постоји и ограничење у погледу начина настанка залогa. Наиме, како су одредбе Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним

45 ЗОО, чл. 973 ст. 2.

46 ЗППСУР, чл. 27 ст. 1.

47 ЗППСУР, чл. 27 ст. 2.

48 Сходно ЗППСУР, чл. 27 ст. 5.

49 ЗППСУР, чл. 28 ст. 3. Исти члан, ст. 4 прописује да се у тренутку доспелости потраживања, заложни поверилац и залогодавац могу споразумети да ће предмет заложног права прећи у својину повериоца уместо исплате дуга или да ће поверилац моћи да га прода по одређеној цени или да га по тој цени задржи за себе. Потоње свакако произлази и из односне одредбе ЗОО, чл. 973 ст. 1.

у регистар *lex specialis*, примењује се само на регистроване залогe. То би значило да обична залога, имајући у виду да у том случају начело официјелности не трпи изузетке, не може да буде реализована.

Како се из претходних излагања могло уочити, одговор на питање заложивости ауторског имовинског права не може да буде јединствен за све субјекте ауторског права, као залогодавце, нити за све основе и начине настанка залогe. Чини нам се да ова неизвесност не произлази само из недостатка изричитих, или бар упућујућих, одредби релевантних закона, већ из концепцијске природе самог ауторског права.

У том смислу, прво питање које нам се намеће јесте да ли је у опште оправдано вансудску и судску залогу, за исти заложни објект, потпуно раздвојити. Речено је, ауторско имовинско право испуњава све услове подобности предмета уговора о залози. Због чега онда такво исто право не би могло настати на основу судске одлуке у извршном поступку? Наш правни систем познаје сличне изузетке у погледу принудног намирeња на непокретности и покретним стварима. Тако, не може бити предмет принудног извршења пољопривредно земљиште земљорадника до десет ари.⁵⁰ Оправдање оваквог ограничења слободе уговарања у принудној наплати има социјалну функцију. Други пример јесте изузимање кућних љубимаца⁵¹ из предмета извршења. Иако необично, чини нам се да је оправдање потоњег изузетка ближе оном које би се могло дати постојећем стању у погледу залагања ауторског права: лична веза која постоји са заложним објектом. Следствено, могло би се правнополитички оправдати ово неприродно раздвајање залогe у зависности од правног основа настанка.

Не можемо, међутим, занемарити чињеницу да немогућност принудног извршења на ауторском имовинском праву представља неразумно ограничење слободе уговарања аутора. Другим речима, околност да аутор своје право не може преносити, већ само уступати, не би требало битно да утиче на могућност залагања.

На крају, имајући у виду неспорну чињеницу да постоји велики број ауторских дела из којих се може црпети значајна имовинска корист, непрецизне одредбе, а још више оне које потпуно искључују могућност конституисања заложног права другом лицу, умањују његову привредну функцију.

Из наведених разлога, сматрамо да се реалном захтеву тржишта може удовољити ревидирањем односне одредбе ЗАСП-а, у правцу проширивања предмета принудног извршења и на имовинску компо-

50 ЗИО, чл. 115.

51 ЗИО, чл. 82 ст. 1 тачка 6.

ненту ауторског права, којом аутор иначе слободно располаже. Наравно, услов сагласности аутора, коју по природи ствари није могуће принудно извршити, пружало би довољно обезбеђење заштити његових личних интереса.

Sanja RADOVANOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

COULD A COPYRIGHT BE AN OBJECT OF LIEN?

Summary

In the legal literature, copyright is often cited as an example of other property right that can be an object of lien. Express provision on this issue is missing in a number of laws that regulate different types of lien. Therefore, the question arises as to what extent a similar application of the general rule is possible in this particular case. This paper just aims to try to answer, or at least point to practical problems. In the analysis we will endeavor to take into account all the material circumstances. In that sense, first of all, we think about the specific nature of copyright, which is, because of its non-pecuniary components, principally not transferable. Of course, given the complexity of the issues that we deal with, it will be necessary to give answers linked to the question of who are persons that could be lien debtor, to what extent and in what way. With the aim to highlight problems that we face in the study, the general rules on liens will be presented only to the necessary extent.

Key words: *lien, object of lien, copyright, compulsory enforcement, contractual lien, compulsory lien, registered lien.*

Ђорђе НИКОЛИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Михајло ЦВЕТКОВИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

ДЕФИНИЦИЈА И ПРАВНА ПРИРОДА ДИГИТАЛНОГ САДРЖАЈА

Резиме

Дигитални садржај, релативно нов појам, виртуелно добро реалне вредности, има значајну улогу у живој ипохирошачој и савременој ири-вреди. Његова обележја (нелинелност, електронски форми, везаност за телесни медијум) мењају традиционални правни промети између ириов-ца и ипохирошача. На пример, дигитални садржај се ирибавља без ириеноса својине, често се илаћа личним подацима. Шире европске и националне законске дефиниције дигиталних ириовода доиуњене су сукобљеним концепцијама доктрине. Теоријски значај чланка оилада се у описивању ириерека да се овај динамични правни стандард одреди и ириознавању његових основних елемената. У делу о иравној ирироди дигиталној садржаја анализира се ириактично иићање иравној режима релевантној за уовор о дигиталном садржају. Да ли је реч о роби, услузи, лиценци или добру sui generis? Приказани су критеријуми за квалификацију уовора (ирирајност/ороченост; бесилајност/исеудобесилајност/ириериност; локални/удаљени ирисииу), као и комарација ирионућених решења. Зашита ипохирошача дигиталној садржаја је у иовоју, али иићања из ове области су све актуелнија.

Кључне речи: *дигитални садржај, ипохирошач, CESL, услуга, роба, ин-тернет.*

I Увод

Конзумирање дигиталног садржаја је интегрални део свакодневних активности европских потрошача без обзира на узраст, професију и искуство. Он испуњава информативне, образовне и културне потребе, служи за комуникацију и социјализацију. Примери су многобројни: бесплатаном софтверу се приступа *online*;¹ филмови се преузимају или стримују; мелодије и апликације за мобилне телефоне плаћају и малолетници; готово свако има *e-mail* налог у „рачунарском облаку“; друштвене мреже се користе у политичкој кампањи; академци претражују и користе међународне базе података. Донедавно се дигиталном садржају приступало искључиво помоћу рачунара, сада избор уређаја свакодневно расте: мобилни телефони, таблети, уређаји за навигацију, читачи електронских књига, сатови.

Најочигледнија карактеристика савременог развијеног тржишта је прелаз са телесних производа, робе у класичном смислу, на неопипљиве производе. Уместо да се штампана књига продаје у књижари, иста се издаје и нуди у електронском облику. Музика се испоручује *online* више него на телесном медијуму,² видео игре се превасходно играју преко удаљених сервера. Дигитална економија је важан елемент европске привреде. Проблеми са дигиталним садржајем одвраћају ЕУ потрошаче што наноси губитак процењен на 63 милијарде евра.³

Експлоатација дигиталног садржаја расте. Приход од *online* дигиталног садржаја увећан је са 1.8 милијарди евра у 2005. на 8.3 милијарде 2010. године. Током 2010. године 28% Европљана је са Интернета преузимало игре, слике, филмове и музику. Интернет за слушање радија и гледање телевизије те године користило је 26% популације. Пенетрација електронских књига се процењује на 3% укупног тржишта. Међутим, услед експанзије извесно је да ће надмашити тржиште штампаних књига.⁴ Индустрија видео игара по инвестицијама и профиту превазилази филмску индустрију.

1 *Online* подразумева Интернет и мобилне везе.

2 Медијум је трајни носач записа, свако средство које обезбеђује да потрошач сачува податке, да им несметано приступи у временском периоду који одговара намени тих података и непромењено их репродукује.

3 Ursula Pachtl, „The Common European Sales Law – Have the Right Choices Been Made? A Consumer Policy Perspective“, *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, No. 2012/6, стр. 10, доступно на адреси: <http://www.ssrn.com>, 5.4.2014.

4 Uta Stenzel *et al.*, *Study on Digital Content Products in the EU*, стр. 16, 17 и 24, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/digital_content/docs/dcs_complementary_study_en.pdf, 5.4.2014.

Техничку сложеност дигиталних производа у стопу прати правна комплексност. За уговоре о дигиталном садржају примарно важе правила уговорног, потрошачког и права интелектуалне својине, али релевантна су и правила међународног приватног права, прописи о заштити приватности, одштетно право. Нејасна слика о садржини појма „дигитални садржај“, изазива правну несигурност и мањи степен заштите дигиталних потрошача. Директива о правима потрошача и Заједнички европски закон о продаји експлицитно помињу дигитални садржај,⁵ исто важи и за предлоге нових закона о заштити потрошача у региону. Стратегија заштите потрошача за период 2013–2018. РС предвиђа изградњу студије о дигиталним потрошачима као и законске иницијативе о побољшању положаја потрошача на дигиталном тржишту.⁶

Потрошачи дигиталног садржаја су у рањивом положају. Пре свега, немају сви Европљани једнак приступ дигиталном тржишту. Потрошач је ограничен условима које намеће трговац. Штитећи интелектуална права, али и свој економски интерес, он ограничава коришћење производа, нпр. техничким мерама против копирања спречава и легитимне резервне копије. Неке апликације прате и бележе активности потрошача, нпр. интересовања, кретање, навике. Тако трговац задира у основна људска права као што су право на изражавање мишљења, право на информисање, право на приватност.⁷ Правила потрошачког права преваходно су скројена за телесни свет класичних традиционалних производа. Попут својевремено уведеног термина „е-трговина“ предлаже се и термин „е-потрошач“, посебна поткатегорија потрошача са специфичним правима и дужностима.⁸

Хибридни карактер дигиталног садржаја значи да није лако одредити која правила треба применити на конкретни случај. На пример, испорука софтвера укључује: 1) продају телесног медијума; 2) *online* услугу аутоматског ажурирања; 3) кориснички сервис („контакт центар за подршку“). Поготову је проблематична ситуација када се садржај налази на удаљеном серверу, а потрошач има само право приступа. Да ли је реч о продаји, услузи или лиценци?

5 Directive 2011/83/EC 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, *OJ L* 304, 22.11.2011, стр. 64–88; *Common European Sales Law (2011)*; даље: *CESL*.

6 Влада Републике Србије, стр. 13, доступно на адреси: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678, 5.4.2014.

7 Chantal Mak, „Fundamental Rights and Digital Content Contracts“, *Journal of Consumer Policy*, No. 4/2008, стр. 6.

8 Natali Helberger, „Standardizing consumers’ expectations indigital content“, *Info*, N0. 6/2011, стр. 70.

II Правно релевантна обележја дигиталног садржаја

На почетку, нужно је описати одређене карактеристике дигиталног садржаја без којих успешна правна анализа није могућа. Дигитални садржај је неопипљив, нема преноса државине и својине са трговца на потрошача у класичном смислу. Заправо, потрошач добија копију података истог квалитета као оригинал. По неким немачким ауторима дигитални садржај је телесна ствар јер мора да се чува на опипљивом хардверу. Ипак, то је мањинско мишљење.⁹ Осим тога, постоје потпуно виртуелна добра као што је аватарева одећа у *Second Life*, или карактери у видео играма за више играча чије вредност достиже више хиљада евра. Однос дигиталног садржаја и телесног медијума на којем је похрањен је такође споран. У неким системима они се посматрају као јединствена целина (немачко, америчко, британско право), у другим су то одвојена добра (Пољска, Француска). У трећим, прибављање дигиталног садржаја је уговор о лиценци чиме се спречава примена права продаје, односно ограничава заштита потрошача.¹⁰

Нетелесност има занимљиве консеквенце. Уобичајена последица престанка уговора је реституција. Свака страна враћа оно што је на основу уговору примила. Међутим, овде трговцу ништа не значи да му потрошач врати садржај испоручен *online*. Потрошачево прибављање не значи да трговац остаје без „поседа“. Зато је класична реституција сувишна. Реституција се остварује брисањем података, деинсталирањем софтвера, ускраћивањем будућег приступа. Потенцијални проблем настаје када несавесни потрошач, по окончању уговора, не обрише преузете податке, мада постоје техничке мере да се таква злоупотреба спречи.

Потрошач приступа дигиталном садржају на различите начине. Приступ „на захтев“ значи да потрошач бира када ће и који садржај користити (нпр. одређени филм у жељено време); „скоро на захтев“, дигитални садржај се нуди непрестано у одређеним временским интервалима (нпр. емитовање почиње сваког пуног сата); преузимање на хардвер потрошача са сервера трговца (*downloading*); стриминг – дигитални садржај се налази на серверу трговца и испоручује се индивидуално по захтеву, али на хардверу потрошача не остаје трајна копија, по окончању стриминга и *offline* садржај је недоступан; *webcasting* – дигитални садржај се емитује преко отворене мреже, Интернета, приступ

9 Martin Schmidt-Kessel, *The application of the Consumer Rights Directive to digital content*, Брисел, 2011, стр. 6.

10 Marco Loos, Natali Helberger et al., *Digital content contracts for consumers*, 2011, стр. 39, доступно на адреси: <http://bookshop.europa.eu>, 5.4.2014.

омогућује уобичајен софтвер; IP телевизија – садржају се приступа преко затворене мреже посебним хардвером и софтвером који обезбеђује трговац; претплата на електронске књиге, часописе, периодику; „рачунарство у облацима“, (*cloud computing*) – дигитални садржај се налази на серверу трговца уместо на хардверу потрошача, приступ се остварује искључиво *online*.

Облици наплате су такође разноврсни: плаћање по преузимању; по пакету; по коришћењу; по извору; дневно, месечно, годишње; плаћање за неограничен приступ; претплата унапред за одређену количину података; пристајање на рекламе уместо цене. Као све вредније средство плаћања јављају се лични подаци. Дигитални садржај се нуди наизглед бесплатно, ако потрошач пристане да трговац прикупља његове личне податке (нпр. о навикама, афинитетима, ставовима). Подаци се продају трећем или се користе за тзв. циљани маркетинг. Обележје ових уговора је псеудобесплатност.

Дигитални садржај се најчешће трајно преноси потрошачу ради перманентне употребе (уговор о трајном преносу). Овај пренос се не може изједначити са преносом својине на телесној ствари. Предмет чинидбе су електронски подаци који чине дигитални садржај. За разлику од класичног купца, е-потрошач је ограничен у даљем располагању. Будући да дигитални садржај махом чине ауторска дела, важе правила ауторског права. Редовно однос између трговца и потрошача садржи елементе лиценце. Копирање је ограничено или онемогућено како би се спречила злоупотреба. За разлику од уговора о трајном преносу, неке врсте дигиталног садржаја доступне су потрошачу ограничено време, нпр. е-књига је доступна недељу дана након чега је неопходно поново платити накнаду.

У свакодневном животу и судској пракси најважнији дигитални садржај је софтвер. Софтвер као предмет обавезе трговца различито се класификује. Уобичајена подела је на стандардизовани софтвер и софтвер намењен једном, одређеном кориснику, тј. софтвер за познатог купца. Потрошачи прибављају стандардизовани софтвер. Софтвер је регулисан Директивом бр. 24/2009/24 о заштити компјутерских програма.¹¹ Друга по значају класа дигиталног садржаја су музичка дела, филмска дела и фотографије. Ова класа традиционално је уређена Директивом бр. 29/2001 о интелектуалним правима у информационом друштву.¹² Базе података представљају одвојену класу дигиталног садржаја уређену

11 Directive 2009/24/EC of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, *OJ L 111*, 5.5.2009, стр. 16–22.

12 Directive 2001/29/EC of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, *OJ L 167*, 22.6.2001, стр. 10–19.

посебном директивом,¹³ наредна класа су електронски текстови. Ова отворена листа илуструје техничку и правну комплексност анализе.

III Дефиниција

1. Дефиниције законодаваца

У Директиви о правима потрошача, дигиталним садржајем сматрају се „подаци који се производе и испоручују у дигиталном облику“.¹⁴ Овај појам обухвата компјутерске програме, апликације (нпр. за мобилне телефоне), видео игре, аудио/видео записе и текст, без обзира да ли им се приступа након што су преузети са мреже, путем стриминга, или се налазе на трајном медијуму.

Уговори који омогућују експлоатацију дигиталног садржаја деле се на две групе. Уколико је садржај испоручен потрошачу на трајном медијуму (*CD*, *DVD*, меморијска картица и сл.) сматраће се робом, па важе правила класичне продаје. Уговори из прве групе су и раније били обухваћени потрошачким директивама. У случају када дигитални садржај није испоручен на опипљивом медијуму, уговор између трговца и потрошача нити је уговор о продаји робе нити уговор о пружању услуге већ спада у посебну категорију (сличну оној која обухвата уговоре о испоруци воде, гаса и електричне енергије). Регулисање ове групе уговора вероватно представља најзначајнију новину Директиве.¹⁵

У српском Нацрту Закона о заштити потрошача, дигитални садржај означава податке који су произведени и испоручени у дигиталном облику.¹⁶ Иста дефиниција користи се и у Хрватској.¹⁷

CESL садржи одредбе о дигиталном садржају због растућег значаја дигиталне економије. Пренос дигиталног садржаја, његово чување, обрада, приступ и искоришћавање убрзано расту доносићи велики привредни потенцијал. Међутим, ове послове карактерише диверсификација и правна несигурност па је регулација нужна. По *CESL*, „дигитални садржај“, означава податке произведене и испоручене у дигитал-

13 Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, *OJ L 77*, 27.3.1996, стр. 20–28.

14 Директива бр. 83/2011, чл. 2, тач. 11.

15 Милена Јовановић Zattila, Михајло Цветковић, „Шта нам доноси нова директива о правима потрошача“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012, стр. 446.

16 Чл. 5, тач. 42 Нацрта Закона о заштити потрошача, доступно на адреси: <http://mtt.gov.rs/vesti/javna-rasprava-o-nacrtu-zakona-o-zastiti-potrosaca/>, 5.4.2014.

17 Чл. 5 Нацрта приједлога Закона о заштити потрошача, доступно на адреси: <http://www.mingo.hr/default.aspx?id=4954>, 5.4.2014.

ном облику, по купчевим спецификацијама или без њих, укључујући: 1) видео, аудио, слику или текст; 2) дигиталне игре; 3) софтвер и 4) дигитални садржај за персонализацију постојећег хардвера и софтвера. Термин „дигитални садржај“ се не односи на: 1) финансијске услуге, укључујући *online* банкарство; 2) правно или финансијско саветовање у електронском облику; 3) електронске здравствене услуге; 4) електронске комуникације, мреже и пратеће услуге; 5) коцкање; 6) креирање новог и измену постојећег дигиталног садржаја од стране потрошача или било коју интеракцију са делима других корисника.¹⁸

CESL се примењује на уговор о испоруци дигиталног садржаја без обзира да ли се он испоручује на телесном медијуму. Ирелевантно је како се дигитални садржај чува, обрађује, како му се приступа и да ли се користи једнократно или континуирано.¹⁹ Решења су неутрална по питању да ли је дигитални садржај испоручен на диску (*CD*, *DVD*) или *online*.

Дигитални садржај се често не испоручује за новчану накнаду (цену) већ за неновчану противвредност. Потрошач заузврат даје личне податке или пристаје на маркетинг. Трговац тако добија прилику да понуди друге или софистицираније, а самим тим и скупље производе. Имајући у виду ову специфичност дигиталног тржишта и чињеницу да недостаци дигиталног садржаја угрожавају економски интерес потрошача без обзира на услове под којима је посао закључен, *CESL* се примењује и када је за дигитални садржај уместо цене плаћена нека другачија накнада.²⁰

2. Дефиниција дигиталних услуга

Поједини аутори не дефинишу дигитални садржај, него дигиталну услугу. Дигитална услуга се односи на податке којима потрошач приступа *online* или другим каналима (*CD* или *DVD*) као и на остале услуге пружене *online*. Постојање телесног медијума није релевантно за правни положај потрошача. Такође, без значаја је начин испоруке. Набрајање приступних канала је намерно избегнуто, јер су они подложни рапидном технолошком развоју. Дефиниција која садржи техничке елементе брзо застарева.²¹

18 *CESL*, чл. 2, тач. j.

19 *CESL*, чл. 5.

20 *CESL*, тач. 18.

21 Europe Economics Chancery House, *Digital Content Services for Consumers: Assessment of Problems Experienced by Consumers*, Лондон, 2011, стр. 9.

Дигиталне услуге се групишу: 1) мултимедија – видео и аудио материјал се преузима или стримује без интеракције; 2) игре – услуге превасходно за забаву; 3) садржај креиран од стране корисника – услуге подразумевају активно учешће потрошача кроз стварање сопственог или измену постојећег садржаја; 4) персонализовани додаци – не само за мобилне платформе него и Интернет претрага, лични налози (нпр. e-mail) и профили на друштвеним мрежама; 5) комуникационе услуге за интеракцију између корисника; 6) системски софтвер – покреће хардвер и платформа је за апликације; 7) софтвер као услуга, доступан потрошачу преко Интернета; 8) електронско учење – држање наставе, обуке или спровођење образовног програма путем електронских средстава.

Online банкарство, *online* продаја и развојни софтвер су искључени јер су уређени другим прописима или нису релевантни за потрошаче.²²

3. Уговор о дигиталном садржају

Неки аутори одбацују поделу на дигиталне производе и дигиталне услуге. Уместо експлицитне дефиниције, треба навести уговоре где је предмет обавезе трговца дигитални садржај. Такође, побројани су и уговори који овде не спадају.

Уговор о дигиталном садржају је уговор којим се трговац обавезује да испоручи дигитални садржај потрошачу за одређену цену (у новцу) или накнаду друге врсте. То је уговор којим се: 1) видео, аудио или текст испоручује у дигиталном облику; 2) уговор о игри, где потрошач интерактивно поступа са садржајем, задовољство доминира над осталим потребама, укључујући како једноставне игре картама тако и игре преко веб портала за више играча, „виртуелне светове“; 3) уговор за персонализацију постојећег хардвера и софтвера (нпр. мелодије за мобилни телефон, садржаји за екран); 4) уговор о софтверу, у три облика. Системски софтвер омогућава рад хардвера и апликација, укључујући и антивирусни софтвер. Развојни софтвер служи професионалним програмерима за писање апликација и није предмет права потрошача. Апликације су најзначајнија врста дигиталног садржаја, нпр. за обраду текста, израду табела и презентација, *e-mail*, приступ Интернету. Најчешће се испоручују у пакету. У апликације се сврстава и софтвер као услуга (*software-as-a-service*), који потрошач користи преко мреже. Ограничена количина података је на уређају потрошача, а већи део на серверу трговца, нпр. сателитска навигација за аутомобиле, преводилачке услуге; Дефиниција обухвата и: 5) уговор о коришћењу дигиталног садржаја на серверу трговца којем се приступа преко мреже; 6) друшт-

22 *Ibid.*

вено умрежавање (нпр. *Facebook*, *LinkedIn*); 7) уговори који омогућују да потрошач ствара нов дигитални садржај, уређује и оцењује постојећи садржај или на други начин интерактивно поступа са делима других потрошача (нпр. на сајтовима *YouTube*, *Wikipedia*).²³ Последње три тачке нису прихваћене у *CESL*.

Термин „уговор о дигиталном садржају“ не односи се на 1) финансијске услуге и *online* бакарство; 2) електронску управу и социјалне службе; 3) правно и финансијско саветовање; 4) електронске здравствене услуге; 5) електронске комуникационе услуге и мреже; 5) коцкање. Изузетак под 2) није наведен у *CESL*.

4. Елементи дефиниције

Најбржи начин да се уреди дигитални садржај је да се из постојећих традиционалних дефиниција робе и производа уклони елемент телесности. Међутим, то би порушило већ утемељене концепције.

Евентуална дефиниција дигиталног садржаја треба да садржи бар два елемента: 1) неопипљивост и 2) чињеницу да се састоји од дигиталних података, информација у електронском облику. Напомена о саставу је битна како би се он разликовао од других нетелесних добара, нпр. електричне енергије, радио сигнала и сл. Будући да дигитални садржај мора да буде негде похрањен, медијум за чување представља засебан, евентуални елемент дефиниције. Ипак, правни промет дигиталног садржаја не ослања се на пренос медијума. Предлог могуће дефиниције је следећа формулација: дигитални садржај је неопипљиво добро, у облику дигиталних података похрањених на медијуму за чување, без обзира да ли се преноси заједно или без медијума.²⁴

IV Правна природа

1. Спорна класификација и њен правни значај

У државама чланицама ЕУ не постоји униформни поглед на уговоре о дигиталном садржају. Прибављање дигиталног садржаја негде се сматра продајом, на другом месту се третира као уговор о услузи или уговор о лиценци. Опредељење је правно релевантно због правног режима заштите, конкретније због обавезе информисања потрошача, одговорности за недостатке, проблема саобразности, избора лекова доступних потрошачу, права на одустанак итд.

23 М. Loos, N. Helberger *et al.*, *нав. дело*, стр. 174.

24 М. Schmidt-Kessel, *нав. дело*, стр. 15.

По једном гледишту, начин испоруке дигиталног садржаја је пресудан за класификацију, нпр. филм на *DVD* је телесни производ, роба; исти филм преузет *online* је неопипљив па правила о продаји не важе. Проблем класификације је наглашен код дигиталних производа који имају и елементе робе и елементе услуге. Илустрација: како класификовати преузету игру која се игра преко Интернета уз месечну претплату? Посао се састоји од три елемента. Софтвер је инсталиран локално на рачунару потрошача, потрошач има лични налог на серверу трговца, плаћа месечну претплату за сервере трећих лица како би користио дигитални садржај. Инсталирани софтвер може се сматрати робом, остали елементи више личе на услугу.²⁵

Поред тога, у доктрини и судској пракси среће се и мишљење да проблем класификације треба решити применом правила о закупу, нарочито у ситуацији када потрошач плаћа накнаду за садржај на серверу трговца („рачунарски облак“). Издваја се и мишљење да врста уговора зависи од разумног очекивања потрошача заснованог на нормативном оквиру. Важно ја како потрошач разуме понуду трговца, а не како је трговац назвао уговор.²⁶

Примена конзервативног правничког резонувања даје недоследне резултате, нпр. једна иста песма слушана преко стриминга је услуга, а ако се купи *CD* онда важи аналогија о роби.²⁷ Ако је *CD* или *DVD* покварен потрошач ужива неспорну заштиту, али шта када је сам диск исправан, али садржај на њему не функционише?

2. Дигитални садржај као роба

Директива бр. 44/1999 о продаји робе и претећим гаранцијама штити потрошача приликом испуњења уговора, у случају недостатка производа и регулише гаранцију.²⁸ Разликовање робе од услуга је главно обележје Директиве бр. 44/1999, што указује да заштита потрошача дигиталног садржаја варира у зависности од класификације. Роба је дефинисана као телесна покретна ствар (чл. 1, ст. 2, тач. б), па неопипљива добра нису покривена Директивом бр. 44/1999. У доктрини се води по-

25 M. Loos, N. Helberger *et al.*, *нав. гело*, стр. 30.

26 Peter Rott, „Download of Copyright-Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, *Journal of Consumer Policy*, No. 4/2008, стр. 455.

27 Hervé Jacquemin, „Digital Content and Consumer Protection within European Law“, *8th International Workshop for Technical, Economic and Legal Aspects of Business Models for Virtual Goods*, Namur, 2010, стр. 47.

28 Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *OJ L 172*, 7.7.1999, стр. 12–16.

лемика под којим условима се дигитални садржај може третирати исто као телесна ствар, али једногласног решења нема.

По једном мишљењу, прави се разлика између „неопипљивог“ дигиталног садржаја који се користи и извршава са даљине, преко Интернета, и „опипљивог“ садржаја похрањеног локално на телесном медијуму (хард диск, *CD*).²⁹ Ова подела није најјаснија јер се и „удаљени“ садржај налази на неком опипљивом носачу. По другом мишљењу, прави се разлика између самог дигиталног садржаја и начина испоруке потрошачу. Заштита по Директиви бр. 44/1999 (гаранција, саобразност) односи се само на телесни медијум (нпр. нечитљив *CD*).

У француском праву закон ову ситуацију не уређује, а судска пракса и доктрина су неједначени. По једном мишљењу ради се о продаји, по другом о варијанти закупа. Многе одредбе Закона о заштити потрошача важе без разлике да ли је реч о телесним или неопипљивим производима. Међутим, правила о саобразности и гаранцији важе само за покретне телесне ствари, односно не важе за недостатке дигиталног садржаја. Када је софтвер снимљен на *CD* или *DVD*, суд раздваја продају самог медијума од продаје софтвера. Ако суд процени да је грешка у софтверу неопипљив недостатак, класична средства заштите су искључена.³⁰

Полемика да ли је испорука софтвера за накнаду уговор о продаји, у немачкој доктрини започела је поводом софтвера испорученог на телесном медијуму. Ако се дигитални садржај призна као роба, онда се правила продаје примењују директно. Федерални врховни суд је најпре одлучио да треба заштитити потрошаче од несаобразности. Касније је проблем решен реформом облигационог права, чл. 453 *BGB* прописује да правила о продаји ствари важе и за продају права и других објеката, чиме је имплицитно обухваћен и софтвер. Потом је покренуто питање да ли исти режим важи и за софтвер испоручен *online*. Чисто правно гледно, проблем је потпуно другачији, јер без телесног медијума потрошач не стиче својину, што је главна садржина (кауза) продаје. Без обзира на то, судови примењују правила о продаји робе.³¹

Европска организација потрошача (*BEUC*) сматра да преузети дигитални садржај који може трајно да се сачува и користи слично као телесне ствари, треба сматрати робом. Облик, односно формат производа је без утицаја на обим заштите потрошача. Као одлучујући критеријум истиче се трајност, перманентност, као и могућност да се садржај сачува на хардверу. То не мора бити лични хардвер, потрошач може закупити

29 Н. Jacquemin, *нав. чланак*, стр. 47.

30 Natali Helberger *et al.*, „Digital Content Contracts for Consumers“, *Journal of Consumer Policy*, No. 1/2013, стр. 43.

31 М. Loos, N. Helberger *et al.*, *нав. дело*, стр. 34.

ти удаљени сервер где ће чувати „свој“ дигитални садржај. Овлашћење чувања је важна карактеристика јер омогућава архивирање, интероперабилност (приступ са више уређаја) и приступ *offline*. Другим речима, дигитални садржај функционише релативно независно од Интернета и трговца, ако потрошач тако жели.³²

Упркос теоријским проблемима око класификације дигиталног садржаја, изгледа да у пракси они нису толико изражени. У ситуацији када је дигитални садржај испоручен на телесном медијуму, у највећем броју држава примењују се правила о продаји робе, директно или по аналогiji. Софтвер испоручен *online* је проблематичнији, нарочито у државама где је роба дефинисана као телесна ствар (Француска, Норвешка, Пољска). У неки државама разликовање робе од услуга није одлучно. Тако нпр. у италијанском праву стандардни софтвер се увек сматра покретним објектом, али не и софтвер креиран за познатог купца. Зато потрошач стандардног софтвера може да користи лекове који су на располагању купцу.³³

3. Дигитални садржај као услуга

У неким државама, нпр. Финској, закон изричито прописује да се софтвер испоручен на телесном медијуму сматра услугом, а исто важи и за софтвер испоручен *online*. Када се дигитални садржај преузима, стримује или извршава *online*, нема опипљиве ствари па се ради о услузи.³⁴ За француске судије сам дигитални садржај је неоипљив чак и када је на телесном медијуму.³⁵ Бројне апликације захтевају непрекидан интернет-приступ и стални ангажман произвођача/трговца да би остале функционалне, што је јасан индикатор услуге, нпр. антивирусни софтвер без ажурирања губи функцију.³⁶ Чак је предложено је да се дигитални садржај укључи у концепт „услуга од општег економског интереса“, чиме би се потрошачима пружио већи степен заштите.³⁷

Ако се испорука дигиталног садржаја посматра као уговор о услузи, онда је релевантна Директива бр. 123/2006 о услугама на јединственом тржишту.³⁸ Међутим, овај акт нема материјалне норме примерене диги-

32 *Ibid.*, стр. 155.

33 Ђорђе Николић, Михајло Цветковић, „Садржина гаранције за исправно функционисање продате ствари“, *Правни живои*, бр. 10/2013, стр. 666.

34 Н. Jacquemin, *нав. чланак*, стр. 47.

35 М. Loos, N. Helberger *et al.*, *нав. дело*, стр. 33.

36 *Ibid.*, стр. 30.

37 С. Мак, *нав. чланак*, стр. 13.

38 Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, *OJ L 376*, 27.12.2006, стр. 36–68.

талном садржају, штавише не односи се ни на најважније услуге. Генерално, заштита потрошача услуга је релативно неразвијена, а правила су на рудиментарном нивоу.

4. Лиценцирани дигитални садржај

По редовном току ствари својина прелази са трговца на потрошача. Прегшт правила потрошачког права произилази из телесности робе. Након предаје ствари потрошач стиче својину, најширу правну власт (*usus, fructus, abusus*). Међутим, дигитални садржај прати и лепеза интелектуалних права (ауторско право, право индустријске својине). Иако је дигитални садржај „купио“, потрошач није његов власник и његова овлашћења су сужена. Трговац не преноси на потрошача својину јер је често и сам нема, већ интелектуална права, потрошач добија лиценцу. У Шпанији и Мађарској уговор о дигиталном садржају представља уговор о лиценци, што значи да се примарно примењују правила права интелектуалне својине.³⁹ Компликује анализу чињеница да многи трговци у уговору са потрошачем (*EULA*, споразум са крајњим корисником) стипулишу да потрошач не купује никаква права или услуге, већ само закључује посао ради искоришћавања туђе интелектуалне својине.⁴⁰

Дигитални садржај истовремено је предмет и права интелектуалне својине и права потрошача, премда ови супротстављени системи имају различито полазиште. Право интелектуалне својине штити аутора, односно титулара интелектуалног права (најчешће мултинационалну компанију), а право потрошача штити физичко лице. Сукоб је присутан и код традиционалних производа, али је у случају дигиталног садржаја он израженији због неопипљивости, новости и великог степена диференцијације дигиталних производа. Ако се предност да праву интелектуалне својине, онда услове лиценце диктира трговац. Потрошач не постаје власник него лиценцирани корисник у мери која одговара трговцу. Положај потрошача зависи од клаузула лиценце и конкретног националног права.

5. Дигитални садржај као добро *sui generis*

Упоредноправна анализа показује да постоји правна несигурност по питању да ли је уговор о дигиталном садржају уговор о продаји робе или пружање услуге. У пракси је изузетно тешко проценити степен када је конкретан дигитални садржај довољно опипљив да би се сврстао у робу, што утиче на право једностраног раскида, одговорност за скри-

39 N. Helberger *et al.*, *нав. чланак*, стр. 43–44.

40 P. Rott, *нав. чланак*, стр. 454.

вене недостатке и несаобразност. Класификација зависи од околности конкретног случаја. Није сваки дигитални садржај роба, нити је увек и у потпуности услуга.⁴¹

Зато спор треба превазићи приступом да се ради о уговору *sui generis*. Њега треба уредити посебним правилима једино уколико постоји потреба да се општи уговорни режим модификује. Нова правила погодују дигиталној привреди. Она су или специфична за одређену технологију, или садрже опште принципе, или су комбинација оба приступа. Овакво решење оставља место за будући технолошки развој, са друге стране уводи нове непознате концепције и тако повећава правну несигурност више него *status quo*.⁴²

Дигитални садржај као добро *sui generis* први су видели француски аутори. У Великој Британији се такође залажу да уговор о дигиталном садржају представља уговор *sui generis*, за који ипак важе правила о продаји.⁴³ Директива о правима потрошача не класификује дигитални садржај. Уместо тога, прописана су јединствена правила о информисању потрошача и праву на одустанак. Тако је избегнута проблематична класификација и истовремено постигнуто да директива важи без обзира како је садржај испоручен.⁴⁴

6. Начин употребе као критеријум класификације

Као критеријум класификације дигиталног садржаја може се узети и његово трајање, односно временски период током којег је он доступан потрошачу. Разликују се две ситуације. У првом случају, потрошач прибавља дигитални садржај ради трајног коришћења. У другом случају, садржај је потрошачу доступан само орочено време или ограничен број пута (нпр. да погледа филм једном). Трајно прибављање дигиталног садржаја слично је продаји, док једнократна или орочена употреба више подсећа на услугу (нпр. стриминг).

Централна тема је правна природа уговора о трајном дигиталном садржају, док онај који омогућује орочено коришћење представља уговор о лиценци или уговор о услузи. Код трајног уговора разликују се три елемента: пренос самих података, евентуални пренос медијума на којем су подаци похрањени и пренос концесије о коришћењу података. Када су присутна прва два елемента (пренос података и медијума) такав уговор је најближи продаји. То значи да се примењују правила која важе

41 M. Loos, N. Helberger *et al.*, *Digital content contracts for consumers*, стр. 32.

42 M. Loos, N. Helberger *et al.*, *нав. чланак*, стр. 174.

43 N. Helberger *et al.*, *нав. чланак*, стр. 43–44.

44 M. Јовановић Zattila, M. Цветковић, *нав. чланак*, стр. 446.

за робу, тачније за ствари са недостатком. Касније је њихов домашај проширен и на садржај преузет *online*.

Истовремено се развило и другачије мишљење да је трајно прибављање дигиталног садржаја трајна лиценца. Овај приступ заснива се на трећем елементу који повлачи примену правила о заштити интелектуалне својине. Нису одлучујући евентуални недостаци, него чињеница да је потрошач ограничен у коришћењу, копирању и располагању дигиталним садржајем. Зато су најважнија правила која сужавају апсолутна права, произашла из класичне продаје.

Уговор о трајном преносу дигиталног садржаја је уговор о пружању услуге једино ако је услужни елемент доминантан и есенцијалан у конкретном односу. Тај елемент се огледа у дуготрајнијој чинидби трговца, захтева се *facere*, нпр. континуирана производња новог оригиналног дигиталног садржаја, инсталирање или редовно узастопно одржавање софтвера.⁴⁵

V Закључак

Аутори оклевају да дефинишу уговор о дигиталном садржају или сам дигитални садржај, сматрајући да је целисходније утемељити одговарајући правни оквир, општа начела и примерена правила. Дефиниције су незахвалне и због принципа неутралности који налаже да правну норму треба тако формулисати да њена примена не зависи од нивоа техничког прогреса. Трајање сваке дефиниције је ограничено због развоја технологије.

Ипак, одсуство општеусвојене законске дефиниције не значи да теоријска није потребна. Дигитални садржај је веома широк појам, он обухвата дигиталне услуге и дигиталне производе, виртуелна добра реалне, неретко врло високе вредности. Реч је о динамичном правном стандарду у непрекидној еволуцији. Главна обележја овог појма су: 1) дигитални садржај састоји се од података/информација у електронском облику; 2) сам дигитални садржај је неопипљив, иако се увек налази на неком телесном медијуму, локалном или удаљеном. То је основна креативна инфраструктура економије базиране на знању, центар привредне, научне, образовне и културне делатности.

Класификација дигиталног садржаја је контроверзна. Ради исправне квалификације уговора о дигиталном садржају, треба узети у обзир следеће околности: 1) да ли је прибављање трајно или орочено; 2) да ли је уговор бесплатан, псеудобесплатан или теретан; 3) да ли су подаци,

45 М. Schmidt-Kessel, *нав. дело*, стр. 8–9.

приказани на личном хардверу потрошача, похрањени локално или на персонализованом делу удаљеног сервера. Јављају се три приступа:

1) Дигитални садржај се посматра као роба. Предност ове концепције је што онда важи познати правни режим, у начелу отпоран на технолошке иновације. Разлика између дигиталног садржаја и телесне ствари, класичног производа, се огледа у томе што његова употреба зависи од техничког окружења, одговарајућег хардвера и софтвера. Иако нема преноса својине, а некад изостаје и цена, модификована правила о продаји робе су у великој мери адекватна.

2) Ако се уговор о дигиталном садржају посматра као уговор о пружању услуге, може се очекивати мањи ниво заштите потрошача јер је право услуга неразвијено. Положај потрошача још је гори ако се прихвати концепција о лиценцираном дигиталном садржају, јер онда услове, испод кишобрана права интелектуалне својине, диктира трговац.

3) Важан је и став да полемика око класификације дигиталног садржаја не решава постојеће, већ само заклања праве проблеме. Разликовање дигиталних производа и дигиталних услуга није практично значајно и треба га игнорисати приликом доношења прописа. Један приступ подразумева развијање потпуно новог, самосталног правног режима. Алтернативни приступ значи примену постојећих правила са нужним модификацијама. У сваком случају, потрошач не треба да трпи због правних недоумица да ли се ради о роби, услузи, лиценци или добру *sui generis*.

Đorđe NIKOLIĆ

Associate Professor at the Faculty of Law University of Niš

Mihajlo CVETKOVIĆ

Assistant at the Faculty of Law University of Niš

DIGITAL CONTENT: DEFINITION AND LEGAL NATURE

Summary

Digital content has become an important element of the European and national economies. Digital products fulfill our needs for information, personal development, entertainment, communication and social interaction. It is a very broad phenomenon, which refers to high value digital data. The application of consumer law to digital content contracts encounters a number of obstacles. Probably one of the most evident characteristics of digital content markets is the move from the supply of predominantly tangible goods towards intangible products. The comparative analysis shows that there is uncertainty concerning classification of digital content contracts as contracts for the provision of goods or services. In most cases, a licence element is included in the relationship between trader and consumer, at his own expence. Some authors try to overcome the distinction by developing a sui generis regime, by drafting tailor-made rules where there is a specific need for them. It seems, however, that sales regime with minor modifications is applicable for digital content contracts, since service law is still rudimentary and license option is not recommended because of its unfairness against consumer.

Key words: *digital content, consumer, CESL, services, goods, internet.*

др Јелена ЂЕРАНИЋ
доцент на Правном факултету Универзитета у Бања Луци
научни сарадник на Институту за упоредно право у Београду

О УСПОСТАВЉАЊУ ЈЕДИНСТВЕНОГ ПОСТУПКА РЕШАВАЊА ПАТЕНТНИХ СПОРОВА У ЕВРОПИ

Резиме

У раду се анализира усвојивање јединствене поступка решавања патенћних спорова у Европи. Након уводних напомена о недостацима система зашћитне проналазака који се примењује у оквиру Европског завода за патенћне (ЕЗП), први део рада посвећен је покушајима усвојивања суда за решавање патенћних спорова у Европи који су претходили Споразуму о јединственом патенћном суду. То су Нацрт споразума о европском патенћном спору који је предложио ЕЗП и Нацрт споразума о суду за европски и унићарни патенћ који је израдила ЕУ. Посебна важња у раду посвећена је Мишљењу 1/09 Европског суда правде у коме је оцењено да је Нацрт споразума о суду за европски и унићарни патенћ у сукобности са правом ЕУ. Европска комисија је, у складу са Мишљењем 1/09, прерадила Нацрт споразума у нови тексћ под називом Предлоћ споразума о јединственом патенћном суду (ЈПС), а који је предсћављен у другом делу рада. Овај предлоћ је у фебруару 2013. године поћисало двадесет и пет држава чланица ЕУ, а очекује се да ће ЈПС почети са радом у јануару 2015. године. У претем делу рада размотрени су изазови новог система решавања патенћних спорова предвиђеног Споразумом ЈПС.

Кључне речи: европски патенћ, унићарни патенћ, патенћни спор, Европска унија, Јединствени патенћни суд.

I Уводне напомене

Заштитом проналазака у Европи се, више од три деценије, бави Европски завод за патенте (ЕЗП) са седиштем у Минхену. Овај завод, који су 1977. године,¹ основале четири земље (Немачка, Француска, Италија и Холандија), данас окупља тридесет осам држава.

Поступак за пријављивање и издавање европских патената је централизован и добро функционише.² Међутим, озбиљан недостатак овог система огледа се у томе што материјално европско патентно право на наднационални начин уређује патентну заштиту проналаска само у одређеном интервалу, тј. од момента подношења европске пријаве до момента признања европског патента. „Од тренутка признања европског патента, у начелу, престаје применљивост наднационалних норми, те се европски патент распада на онолики број независних националних патената, колико има земаља чланица Конвенције о европском патенту које је пријавилац у европској пријави назначио као државе у којима жели патентну заштиту за свој проналазак. Сваки од тих патената, који се даље назива европски патент, наставља да траје у појединој држави, подвргнут прописима националног патентног права.“³

Дакле, након признања, европски патент заправо постаје „сноп националних патената“⁴ који подлежу прописима националног законодавства. Последице оваквог система заштите проналазака огледају се у следећем: пре свега, патентни списи и захтеви морају се преводити на националне језике, што доводи до повећања трошкова заштите проналазака европским патентом; затим, одржавање европског патента подразумева плаћање годишње таксе, као и регистрацију сваког преноса, те титулари европских патената морају да ангажују домаће заступнике у свакој од земаља за коју им је патент признат;⁵ напослетку, чини се да је највећи недостатак система заштите проналазака успостављеног у оквиру ЕЗП то што се свака тужба за повреду, поништај, противтужба или опозив европског патента мора поднети националном суду сваке назначене земље, што значи да се поступци воде одвојено.⁶ Другим ре-

1 Европски завод за патенте основан је 1977. године, након ступања на снагу Конвенције о европском патенту (КЕП), потписане 1973. године.

2 Сваке године у ЕЗП пристигне више од 200 хиљада патентних поднесака.

3 Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013, стр. 318.

4 Marc Rees, „Le brevet unique européen et logiciel“, доступно на адреси: <http://www.pcinpact.com/dossier/brevet-unitaire-europeen-logiciel-/205-5.htm>, 22.3.2014.

5 Јелена Ђеранић, „Унитарни патент – европски патент са унитарним дејством“, *Право и привреда*, 4–6/2013, стр. 763–764.

6 COM(97) 314 Final, Promoting Innovation through Patents, Green paper on the Community Patent and Patent System in Europe, стр. 5.

чима, свака тужба подлеже унутрашњим прописима државе у којој је спор покренут, а поступци у вези истог патента се истовремено могу водити у више држава чланица ЕЗП. Такође, могуће је да, услед различитог тумачења и примене материјалног патентног права, национални судови држава чланица донесу различите пресуде у вези истог патента.

Дакле, у оквиру постојећег система постоји опасност од умножавања патентних спорова, што слаби заштиту проналазака и доводи до фрагментације јединственог тржишта патената у Европи. Оваква ситуација има озбиљне последице на конкурентност европских патената у односу на патенте из САД, Јапана и растуће економке силе – Кине.⁷

Свесне недостатка система предвиђеног у оквиру ЕЗП, пре свега непостојања јединственог поступка решавања патентних спорова, државе чланице ЕУ су, више од три деценије, радиле на успостављању новог система заштите проналазака који би укључивао и оснивање Суда за патенте спорове. Од самог почетка једно од спорнијих питања тичало се режима превођења.⁸ Након неколико неуспелих покушаја, Европски парламент је 11. децембра 2012. усвојио тзв. патентни законодавни пакет, који се састоји од три компоненте: Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом,⁹ Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом која се тиче превођења¹⁰ и Споразума о јединственом патентном суду.¹¹

У првом делу рада биће размотрени покушаји успостављања суда за решавање патентних спорова у Европи који су претходили Споразуму о јединственом патентном суду (ЈПС). У оквиру другог дела представљен

7 Felix Addor, Claudia Mund, „A Patent Court for Europe“, 4th St. Gallen International Dispute Resolution Conference, University of St. Gallen, 2012, стр. 5.

8 Европска комисија је у јулу 2010. године предложила режим превођења у складу са режимом који се примењује у оквиру ЕЗП, према тзв. Лондонском споразуму (са енглеским, француским и немачким као званичним језицима). Будући да се Шпанија и Италија нису сложиле са предлогом, осталих двадесет пет држава чланица ЕУ покренуло је ближу сарадњу. Реч је о инструменту предвиђеном Оснивачким уговорима на основу кога одређени број држава чланица, најмање девет, које намеравају да успоставе међусобну ближу сарадњу, могу користити институције, поступке и механизме предвиђене Уговорима, уз поштовање одређених услова. Када се ближа сарадња успостави, она остаје отворена за државе чланице које јој иницијално нису приступиле (чл. 10 Уговора ЕУ).

9 Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection, OJ L 361/1.

10 Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements agreement, OJ L 361/1.

11 Agreement on Unified patent Court, доступно на адреси: <http://www.unified-patent-court.org/images/documents/upc-agreement.pdf>, 21.3.2014.

је Споразум ЈПС. Трећи део рада посвећен је изазовима новог система решавања патентних спорова предвиђеног Споразумом ЈПС.

II Покушаји успостављања суда за решавање патентних спорова у Европи који су претходили Споразуму о јединственом патентном суду

Када је реч о покушајима успостављања суда за решавање патентних спорова у Европи који су претходили Споразуму ЈСП, разликују се два приступа. С једне стране, то је приступ ЕЗП, а с друге приступ ЕУ.

1. Нацрт споразума о европском патентном спору

Како би се отклонили сви поменути недостаци система заштите проналазака, пре свега, непостојање јединственог поступка решавања патентних спорова у Европи, ЕЗП је 1999. године формирао радну групу са задатком да изради Нацрт опционог протокола о интегрисаном правосудном систему, укључујући униформна правила поступка и заједнички Апелациони суд за све државе чланице ЕЗП.¹²

Нацрт споразума о европском патентном спору (НСЕПС) предвиђао је успостављање нове међународне организације, независне од ЕЗП, коју би чинили Европски патентни суд (укључујући првостепени суд са централним одељењем и регионалним одељењима, као и другостепени суд) и Управни одбор састављен од представника држава уговорница. Европски патентни суд био би надлежан за вођење свих парница у вези са повредом и важењем европског патента на територији држава уговорница. Предвиђено је било да у суду раде како правно, тако и технички квалификоване судије. Када је реч о језику поступка, било је предложено да се примењује режим превођења ЕЗП, тј. да енглески, француски и немачки буду званични језици.

Примена комунитарног права, посебно Бриселске конвенције¹³ и Уредбе Савета 44/2001,¹⁴ била је уређена посебном одредбом на основу које Европски патентни суд може тражити од Европског суда правде (ЕСП) претходно мишљење када је реч о одлукама које се односе на неку државу чланицу ЕУ. Претходно мишљење ЕСП било би, дакле, обавезујуће за Европски патентни суд.

12 ЕРО, *Official Journal* 1999, стр. 548.

13 Конвенција од 27. септембра 1968. о надлежности и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима.

14 Уредба Савета (ЕЗ) бр. 44/2001 о надлежности и признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима од 22. децембра 2001, *ОЈ* 2001, L 12/1.

НСЕПС представља први значајан покушај успостављања јединственог систем решавања патентних спорова у Европи. С обзиром на то да је био конципиран као опциони протокол, државе чланице ЕЗП могле су, али нису биле у обавези, да му приступе. НСЕПС било је предвиђено успостављање једног патентног суда у Европи чиме би се смањило сам број патентних парница и трошкови, а повећала правна сигурност. Стога је овај предлог наишао на широку подршку научне и стручне јавности, као и великих европских компанија.¹⁵

Ипак, у децембру 2005. године рад на оснивању Европског патентног суда је обустављен, јер је Европска комисија објавила намеру да отпочне успостављање правног оквира за право интелектуалне својинена нивоу ЕУ. Иако је НСЕПС оценила као „обећавајући пут ка јединственијој надлежности“,¹⁶ Нацрт је, према мишљењу Комисије, садржао неке институционалне препреке. Након што су Уговорима предвиђене правне основе за успостављање патентне надлежности ЕУ¹⁷ и усвојена Директива 2004/48/ЕЗ о примени права интелектуалне својине,¹⁸ надлежност за успостављање система решавања спорова у вези са унитарним патентом припала је Комисији. То је значило да оног тренутка када се на нивоу ЕУ усвоји Уредба о унитарном патенту,¹⁹ државе чланице ЕУ губе право да у овој области делују појединачно или да колективно преузимају обавезе са државама које нису чланице ЕУ. Штавише, Комисија је сматрала да би закључење Споразума утицало на униформну и конзистентну примену комунитарних прописа о надлежности и признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима. Сходно томе, ЕУ је на себе преузела успостављање јединственог поступка решавања патентних спорова.

2. Нацрт споразума о суду за европски и унитарни патент

Након вишегодишњег рада, у децембру 2009. године, државе чланице ЕУ постигле су консензус у вези са успостављањем јединственог система заштите проналазака у ЕУ, који је укључивао стварање уни-

15 F. Addor, C. Mund, *нав. дело*, стр. 9–11.

16 Charlie McCreevy, „European Commissioner for Internal market and Services, Closing Remarks at Public Hearing on Future Patent Policy“, Brussels, 12 July 2012, SPEECH/06/453, доступно на адреси: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/453&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, 25.3.2014.

17 Некадашњи чланови 229а и 225а Уговора ЕЗ.

18 Директива 2004/48/ЕЗ о примењивању права интелектуалне својине од 29. априла 2004, OJ L 195/16.

19 Уредбе о унитарном патенту усвојене су у децембру 2011. године.

тарног патента и оснивање суда за решавање патентних спорова. Док је стварање заштите унитарним патентом било предвиђено уредбама, оснивање суда за решавање патентних спорова било је засновано на међународном споразуму. Нови правосудни орган требало је да буде надлежан како за спорове у вези са европским патентом, тако и за спорове у вези са новим унитарним патентом. Управо је двострука надлежност била основни разлог да ЕУ, приликом одабира правног основа за успостављање суда, прибегне међународном уговору,²⁰ уместо уредби у складу са редовни законодавним поступком.²¹ С обзиром на двоструку надлежност предложеног суда, било је предвиђено да Споразум могу потписати и суду приступити, поред држава чланица ЕУ, и све земље уговорнице ЕЗП.

Структура предложеног Суда за европски и унитарни патент (СЕУП) била је слична структури суда предвиђеној НСЕПС, са једном кључном разликом – искључивом надлежношћу СЕУП за тужбе за повреду и поништај будућег унитарног патента. Стога је било неопходно да се осигура примат права ЕУ. У том циљу, предвиђен је претходни поступак ЕСП у вези са тумачењем самих Уговора иаката институција ЕУ, другим речима, прописано је да су одлуке ЕСП обавезујуће за СЕУП. Међутим, самим Нацртом споразума није било расветљено да ли би државе које нису чланице ЕУ биле обавезне да прихвате обавезујуће дејство одлука ЕСП, и ако би то био случај, да ли би оне топрихватиле и под тим условом уопште приступиле СЕУП.

Упркос томе што је питање обавезности одлука ЕСП за државе које нису чланице ЕУ остало отворено, Нацрт споразума о СЕУП оцењен је као „обећавајући предлог за развијање пан-европског система за решавање патентних спорова између 27 држава чланица ЕУ као и 11 нечланица ЕУ, чланица ЕЗП“.²² Успостављање СЕУП смањило би трошкове, а повећало ефикасност и правну сигурност кроз интегрисани, дво-степенни правосудни поступак решавања патентних спорова у вези са повредама и важењем европског и унитарног патента, са униформним процесним правилима и заједничким другостепеним судом.

Ипак, није било сасвим извесно да ли би радом СЕУП била повећана правна сигурност када је реч о европским патентним споровима. С једне стране, постојала је обавеза усклађености са правом ЕУ, а с друге стране тешко је било предвидети да ли ће заинтересоване државе ЕЗП које нису чланице ЕУ, приликом приступања СЕУП, бити вољне да прихвате примат права ЕУ. С тим у вези, власник патента или трећа

20 Уговор о функционисању ЕУ, чл. 218.

21 Уговор о функционисању ЕУ, чл. 288.

22 F. Addor, C. Mund, *нав. дело*, стр. 13.

страна укључена у патентни спор могли би и даље да се нађу у ситуацији која подразумева више патентних парница у вези са истим патентом у више земаља.

Оснивање СЕУП било је предвиђено на основу међународног споразума. Дакле, овај правосудни орган био би изван институционалног оквира ЕУ, са искључивом надлежношћу за повреде и опозив унитарног патената. Будући да није било сасвим јасно да ли је овакво устројство суда у складу са Оснивачким уговорима ЕУ, Савет је 24. априла 2009. затражио мишљење ЕСП о компатибилности предложеног Нацрта споразума са правом ЕУ.

Дана 8. марта 2011. године ЕСП је, у Мишљењу 1/09, заузео став да Нацрт споразума СЕУП није у складу са Оснивачким уговорима ЕУ. ЕСП је своје мишљење засновао на следећим разматрањима:²³

- На основу Нацрта споразума, Суд је институција која је изван институционалног и правосудног оквира ЕУ са посебном правним субјективитетом у складу са националним правом;
- Нацрт споразума поверава СЕУП искључиву надлежност за велики број тужби које поднесу појединци у области патената; у тој мери, национални судови држава чланица ЕУ лишени су те надлежности;
- Оснивањем СЕУП националним судовима држава чланица ЕУ било би одузето овлашћење да постављају претходна питања ЕСП у области патената;
- СЕУП има, за разлику од других међународних правосудних система о којима је ЕСП пресуђивао у прошлости, обавезу да тумачи и примењује не само предвиђени међународни споразум, већ и одредбе права ЕУ;
- Ако би одлука СЕУП била у супротности са правом ЕУ, таква одлука не би могла да буде предмет поступка по тужби нити да доведе до било какве финансијске обавезе једне или више држава чланица.

Узимајући све ово у обзир, ЕСП је констатовао да би предложени Споразум изменио суштински карактер овлашћења која су поверена институцијама ЕУ и државама чланицама ЕУ, а која су неопходна за очување саме природе права ЕУ. Сходно томе, ЕСП закључио је да Нацрт споразума о оснивању СЕУП није у складу са одредбама права ЕУ.

23 Opinion of the Court (Full Court) of 8 March 2011; Opinion delivered pursuant to Article 218(11) TFEU – Draft agreement – Creation of a unified patent litigation system – European and Community Patents Court – Compatibility of the draft agreement with the Treaties; Opinion 1/09; *European Court Reports* 2011 стр. I-01137.

III Споразум о јединственом патентном суду

У складу са Мишљењем 1/09 ЕСП, Европска комисија је изменила Нацрт споразума о оснивању СЕУП. Нови систем за решавање патентних спорова у Европи заснован је на међународном уговору, али овога пута само између држава чланица ЕУ. Споразумом ЈПС предвиђено је да суд има искључиву надлежност у погледу тужбе за повреду и поништај како за европски, тако и за унитарни патент. Сходно томе, Споразуму могу приступити и државе чланице ЕУ које не учествују у ближој сарадњи у области патентне заштите (Шпанија и Италија), али му не могу приступити државе ЕЗП које нису чланице ЕУ (Швајцарска, Турска и Норвешка). С тим у вези, одлуке ЈПС у вези са европским патентом са унитарним дејством биће обавезујуће само за државе чланице које учествују у ближој сарадњи, док ће одлуке у вези са „класичним“ европским патентом бити обавезујуће за све државе потписнице Споразума ЈПС.

Споразум садржи и ново поглавље о примату и тумачењу права ЕУ, које се односи на признање апсолутног примата права ЕУ и обавезу држава уговорница да обезбеде да ЈПС буде у складу са правом ЕУ. Предвиђене су и одредбе о поступку по претходном питању ЕСП које су обавезујуће за ЈПС и одредбе о правилима којима се уређују одговорности држава уговорница, као и одговорност за штете у случају повреде права ЕУ.

Споразумом је предвиђено да ЈПС има својство правног лица у свакој држави чланици и ужива најширу могућу правну способност коју национално право додељује правним лицима.²⁴

Једно од спорних питања, у вези са којим државе чланице дуго нису могле да се сложе, тицало се седишта суда. Како се знало да ће земља у којој буде успостављено седиште суда, осим велике економске користи, уживати и углед у свету проналазаштва (као Лондон у свету финансија или Силиконска долина у области истраживања и развоја), више од пола године три озбиљне економије ЕУ, Француска, Велика Британија и Немачка, нису могле да се договоре да ли да седиште суда буде у Паризу, Лондону или Минхену. Најзад, председници држава и влада држава чланица ЕУ су 29. јуна 2012. постигли компромис у вези са седиштем ЈПС. Предвиђено је да седиште суда буде у Паризу, а специјализована одељења у Лондону и Минхену.²⁵ Осим тога, предвиђена су и регионална, тј. локална одељења овог суда, као и Центар за обуку судија у Будимпешти.²⁶

24 Споразум о ЈПС, чл. 4 ст. 1.

25 Огранак у Минхену биће надлежан за механички инжењеринг, а огранак у Лондону за спорове у вези са фармацеутским производима.

26 Центар за обуку почео је са радом 13. марта 2014. и функционисаће као координациони уред за обуку судија и судија кандидата новог правосудног система.

Питање усклађености Предлога споразума ЈПС са примедбама које је ЕСП изнео у Мишљењу 1/09 отворено је још једном у октобру 2012. године. Наиме, група угледних професора и адвоката из области права интелектуалне својине покренула је иницијативу за поновно преиспитивање усклађености овог текста са правом ЕУ.²⁷ У поменутој иницијативи наводи се да су на основу Предлога споразума ЈПС, националним судовима држава чланица ЕУ одузете надлежности у вези са европским и унитарним патентом. На тај начин, стране у спору су у потпуности лишене могућности да им суде национални судови, што је у супротности са правом ЕУ. Правосудни систем ЕУ, као и сам правни поредак ЕУ, почива управо на сарадњи националних судова и ЕСП. Иако је ова иницијатива имала великог одјека, њома није постигнуто оно што су потписници желели.²⁸

Европски парламент и Савет су 11. децембра 2012. године изгласали тзв. патентни законодавни пакет. Две уредбе о унитарној патентној заштити ступиле су на снагу 1. јануара 2013, а предвиђено је да ће почети да се примењују или од 1. јануара 2014. или од ступања на снагу Споразума ЈПС, у зависности који од ова два датума наступи касније.

Споразум ЈПС потписан је 19. фебруара 2013, а ступиће на снагу чим га ратификује тринаест држава, укључујући Француску, Велику Британију и Немачку. Очекује се да ће ЈПС почети са радом 1. јануара 2015. године. За сада је Споразум потписало двадесет пет земаља (изузев Шпаније и Пољске), а ратификовале су га само две, Аустрија и Француска.

Нацрт пословника ЈПС тренутно је завршној фази израде. Будући да је реч о Пословнику новог међународног правосудног органа, који ће пресуђивати случајеве у складу са сопственим правилима, његов циљ је да пружи независан и самодовољан систем процесних одредби за вођење поступака пред ЈПС. За разлику од судова који одлучују о постојећим комунитарним правима интелектуалне својине (комунитарни жиг, комунитарни дизајн), ЈПС не може да се ослања на супсидијарне прописе националног процесног права. Сходно томе, Пословник би морао предвидети судски поступак на разумљив и коначан начин.

Нацрт пословника ЈПС тежи да оживи ове захтеве. Као модерна синтеза различитих националних процесних традиција, он представља, први пут у историји, модел за поступак међународног патентног суда.

27 „Motion on the project on European Patent Court by Law professors and lawyers“, доступно на адреси: <http://www.unitary-patent.eu/content/motion-project-european-patent-court-law-professors-and-awyers>, 27.3.2014.

28 Јелена Ђеранић, „Јединствени патентни суд – нови правосудни органа за решавање спорова у вези са европским и унитарним патентом“, *Сйрани йравни живойи*, бр. 3/2013, стр. 124–145.

Занимљиво је да је Нацрт пословника ЈПС наишао на позитивни критике чак и међу оним професорима и адвокатима који су сматрали да Споразум ЈПС није у складу са правом ЕУ.²⁹ Уколико се Пословник покаже као успешан у пракси, можда би могао да послужи као пример за реформе на националном нивоу.³⁰

IV Изазови система решавања патентних спорова предвиђеног Споразумом ЈПС

Нови систем решавања патентних спорова предвиђен Споразумом ЈПС, ипак, не задовољава у потпуности потребе корисника европског система заштите проналазака, између осталог зато што су изван система остале неке државе уговорнице ЕЗП.³¹ Стога се намеће питање са којим изазовима ће се суочити корисници уколико ЈПС, како је предвиђено Споразумом, остане суд само за државе чланице ЕУ, а које би биле последице уколико би хипотетички дошло до измена Споразума, у смислу да му могу приступити државе уговорнице ЕЗП, које нису чланице ЕУ.

1. Наставак фрагментације европског система решавања патентних спорова

Уколико ЈПС остане отворен само за државе чланице ЕУ, последице су различите у зависности од тога да ли је реч о „класичном“ европском патенту или европском патенту са унитарним дејством – унитарном патенту.

Уколико је реч о европском патенту, национални судови држава чланица ЕЗП које су изван ЕУ остају надлежни за патентне спорове у вези са европским патентом. Ови национални судови не морају да поштују примат права ЕУ, а одлуке ЈПС за њих нису обавезујуће. На пример, једна мултинационална компанија са седиштем у Француској власник је унитарног патента (са дејством на територији држава чланица учесница ближе сарадње), као и „класичног“ европског патента са дејством у Швајцарској, Турској и Шпанији. Та компанија биће приморана да поведе поступак против наводног кршења својих патентних

29 Reto M. Hilty, *et al.*, „Comments on the Preliminary Set of Provisions for the Rules of Procedure of the Unified Patent Court“, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series*, бр. 13–16, стр. 2.

30 *Ibid.*

31 Нпр. Швајцарска која је на 3. месту по броју патентних пријава у ЕЗП, Италија која је на 6, Шпанија која је на 9, као и растући актер, Турска, са тржиштем које обухвата више од 74 милиона људи.

права од стране швајцарских, турских или шпанских компанија, не само пред ЈПС, већ и у Швајцарској, Турској и Шпанији. Може се догодити да се компанија суочи са четири различите судске одлуке о истом патенту засноване на истој повреди. Дакле, овакво решење имплицира наставак фрагментације надлежности, што укључује скупе спорове пред различитим судовима према различитим правилима поступка, као и ризик од различитих судских одлука.

Уколико је пак реч о унитарном патенту, надлежност ЈПС над унитарним патентом доноси више правне сигурности у патентним парницама за све кориснике система који траже патентну заштиту у државама чланицама учесницама ближе сарадње. У овом случају, ЈПС има низ предности за европска предузећа у смислу смањења трошкова, поједностављења поступака и повећања правне сигурности. На пример, власнику унитарног патента настањеном у Швајцарској који жели да подигне тужбу за повреду свог унитарног патента у Француској, гарантована је правна сигурност на територији држава које учествују у ближој сарадњи. Другим речима, биће обавезујућа у свим државама чланицама ЕУ изузев Шпаније и Италије. Дакле, швајцарски власник патента неће бити у обавези да се обраћа бројним националним судовима у случају повреда његових права у вези са унитарним патентом. Трошкови ће бити смањени, а сам поступак ефикаснији.

Ипак, недостатак правне сигурности остаје кључна препрека за „класични“ европски патент који је важи у државама ЕЗП које нису чланице ЕУ (Швајцарска, Турска и Норвешка), или које не учествују у ближој сарадњи (Италија и Шпанија). Ситуација би могла бити још компликованија уколико ове земље у догледно време не буду основале специјализоване националне судове са правном и техничком експертизом неопходном за комплексне патентне спорове, уз прихватљиве трошкове. Успостављање ефикасних и поузданих националних патентних судова у државама уговорницама ЕЗП представља велики корак ка правној сигурности. Ипак, власници европских патената који важе и у тим земљама и даље ће се суочавати са недостацима нехармонизованог патентног пејзажа у Европи.³²

2. Приступање држава које нису чланице ЕУ Споразуму ЈПС

Узимајући у обзир поменуте недостатке система решавања патентних спорова предвиђеног Споразумом о ЈПС, намеће се питање какве би биле последице ако би се Споразум ЈПС изменио у смислу да државе које нису чланице ЕУ могу да му приступе?

32 F. Addor, C. Mund, *нав. дело*, стр. 20.

Прво, због обавезујућег дејства одлука ЈПС, национални судови држава изван ЕУ морали би да поштују надлежност ЈПС када је реч о „класичном“ европском патенту. Како се неки национални закони разликују од права ЕУ, обавезујуће дејство би довело до индиректне хармонизације патентног права у Европи.³³

Друго питање је да ли би државе ЕЗП које нису чланице ЕУ биле политички вољне да приступе Споразуму ЈПС с обзиром на то да нису биле укључене у успостављање суда. Осим тога, нејасно је, да ли би судије из држава ЕПЗ које нису чланице ЕУ могле да учествују у раду ЈПС (и под којим условима у погледу имунитета и привилегија) и да ли би овим државама било дозвољено да изграде додатне регионалне судове прве инстанце. На крају, али не најмање важно, остаје отворено питање у вези са финансирањем. Колико би државе које нису чланице ЕУ требало да допринесу трошковима ЈПС?

С обзиром на поменуте неизвесне аспекте приступања држава које нису чланице ЕУ, с једне стране, али и значај успостављања јединственог система решавања патентних спорова (у коме би учествовале све државе чланице ЕЗП), с друге стране, поставља се питање да ли постоје неки модалитети на основу којих би ове земље могле да учествују у раду ЈПС, без да приступе Споразуму ЈПС?

У теорији се наилази на три потенцијална модела за одржив, „пан-европски систем за решавање патентних споров“.³⁴ Сваки од ових модела почива на различитом институционалном устројству које омогућава да се државе ЕЗП које нису чланице ЕУ укључе у рад ЈПС. Све три могућности имају одређене предности и недостатке за државе уговорнице ЕЗП и користи за предузетништво у Европи. Прва могућност односи се на успостављање патентног правосуђа према моделу суда Европске асоцијације за слободну трговину (ЕФТА). Друга могућност подразумева укључење држава ЕЗП које нису чланице ЕУ у рад ЈПС према Шенгенском/Даблинском моделу. Трећа могућност тиче се повиновања држава ЕЗП које нису чланице ЕУ правилима ЈПС у складу са Споразумом о ваздушном транспорту.³⁵

V Закључна разматрања

Одлука држава чланица ЕУ да успоставе унитарни патент и ЈПС представља велики корак ка унапређењу заштите проналазака у Европи.

33 F. Addor, C. Mund, *нав. дело*, стр. 21.

34 F. Addor, C. Mund, *нав. дело*, стр. 23.

35 F. Addor, C. Mund, *нав. дело*, стр. 23–30.

Споразум ЈПС, на начин на који је конципиран, одговара ЕУ у погледу институционалне структуре и политичке изводљивости. Ипак, њиме није у потпуности загарантована правна сигурност на тлу Европе, јер и даље у заједнички систем решавања патентних спорова нису укључене све земље ЕЗП.

Међутим, покушаји успостављања заједничког система решавања патентних спорова у Европи који су претходили Споразуму ЈПС указују на то да су решења која подразумевају интегрисање свих држава чланица ЕЗП ограничена. Проблем лежи у томе што она подразумевају веома широке концесије, политичке или институционалне природе, на страни бар једног од партнера. Сходно томе, она су неприхватљива било за државе чланице ЕУ било за државе ЕЗП које нису чланице ЕУ.

У том контексту, почетак рада ЈПС подразумева да ће у двадесет пет држава чланица ЕУ важити јединствени поступак решавања патентних спорова што представља напредак у односу на досадашњу ситуацију. Да ли ће у будућности, када и на који начин у овај систем решавања патентних спорова да се укључе све државе ЕЗП, зависи од бројних фактора (политичких, институционалних и др.), те се тако нешто у овом тренутку не може предвидети.

Jelena ĆERANIĆ, PhD

**Assistant Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka
Research Associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade**

ON THE ESTABLISHMENT OF UNIFIED PATENT LITIGATION SYSTEM IN EUROPE

Summary

The paper deals with the establishment unified patent litigation system in Europe. After introductory notes with regard to the shortcomings of the European Patent Office (EPO) system, the first part of the paper is dedicated to the attempts to establish patent litigation court in Europe that preceded the Agreement on unified patent court. Those are the European Patent Litigation Agreement proposed by EPO and the European and EU patent Court (EEUPC) drafted by the EU. Special attention is devoted to the ECJ Opinion 1/09 finding that EEUPC was not in harmony with the EU treaties. After ECJ Opinion 1/09, the Commission revised the agreement on the creation of the EEUPC according to

the Court's findings and proposed the Unified Patent Court Agreement (UPC). This new agreement, signed in February 2013 by twenty five EU Member States, is presented in the second part of the paper. In the third part the author examines the challenges facing the European Innovation Area with the UPC.

Key words: *European patent, unitary patent, patent litigation, European Union, Unified Patent Court.*

Владимир БОРОВАЦ, мастер
студент докторских студија на Правном факултету
Универзитета у Београду

КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ТУМАЧЕЊЕ ФУНКЦИЈА ЖИГА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ

Резиме

У раду се анализира примена члана 5 став 1 Директиве о хармонизацији правних прописа о жиџу (даље у тексту: Директива) у пракси Европског суда правде (даље у тексту: Суд), те начина на који је Суд кроз примену поменутих одребе тумачио које функције реџисироване ознаке су заштићене жиџом. Став аутора је да обе тачке члана 5 став 1 Директиве штићу функцију реџисироване ознаке да означава порекло робе, а да је једина разлика између њих у појреби (односно одсуству појребе) доказивања вероватноће наступања заблуде учесника у промету о пореклу робе. Суџорито од наведеног, Суд је заузео став да је примена тачке б) ограничена на случајеве када је уџрожена функција реџисироване ознаке да укаже на порекло робе, док је заштићена коју џружа тачка а) ајсолућна на начин да она штићу све функције реџисироване ознаке. Аутор критикује наведено тумачење Суда и износи став да је оно логички недрживо, да води редефинисању традиционалног схваћања циља који се правом жиџа жели поштићу и да крије опасност од значајног џроширења заштићене коју жиџ џружа, што је у раду и илустрирано кроз анализу две одлуке суда. На крају рада је указано да је у марту 2013. године џредстављен џредлог нове Директиве о хармонизацији правних прописа о жиџу чијим усвајањем би био џјоврнут став Суда о томе које функције ознаке су џредмет заштићене џушем жиџа, који је критикован у раду.

Кључне речи: џраво интелектуалне својине, жиџ, функције ознаке, функције жиџа, Европски суд правде.

I Појам жига и његове функције

Жиг је искључиво имовинско право које овлашћује свог титулара да у привредном промету користи заштићену ознаку. Жиг за предмет заштите има ознаку којом титулар жига обележава своју робу или услугу (у циљу једноставности, у даљем тексту само: роба) на тржишту у циљу разликовања од исте или сличне робе другог лица. Под правом жига се подразумева скуп правних норми којима се уређује правна заштита ознаке жигом.

Предмет жига не обухвата само ознаку, већ и робу која је том ознаком обележена. Искључиво дејство жига се односи само на коришћење заштићене ознаке за исту (или сличну) врсту робе. Описана веза знака и робе се назива начело специјалности.¹

Ознака робе, која је предмет заштите жигом, у привредном промету врши неколико функција, које су међусобно повезане. Према традиционалном схватању теорије постоје четири функције ознаке.

Прва функција ознаке је функција разликовања. Означивање робе омогућава да се роба једног произвођача на тржишту разликује од робе другог произвођача.

Друга функција ознаке је функција указивања на порекло робе. Ознака указује потрошачима да је сва роба која носи ознаку заштићену жигом пуштена у промет од стране титулара жига. То не значи да се на основу ознаке може извести закључак о конкретном пореклу робе, односно о томе који субјекат је носилац жига и произвођач робе, већ значи да сва роба потиче из једног извора, јер је сва роба пуштена у промет од стране носиоца жига. Према традиционалном схватању ова функција ознаке је једина која је заштићена жигом, јер жиг свом титулару даје искључиво право да у промету обележава робу заштићеном ознаком и сходно томе он има право да свим другим лицима забрани да своју робу обележавају истом ознаком.

Трећа функција ознаке је гарантна функција. На основу чињенице да сва роба означена истом ознаком потиче из истог извора се може закључити да та роба има стандардан квалитет и карактеристике. На овај начин ознака на посредан начин потрошачима гарантује квалитет робе. Ова функција ознаке се не штити жигом на непосредан начин. Санкција за непостојан квалитет робе долази од потрошача који ће так-

1 Изузетак од начела специјалности постоји у случају чувеног жига, односно жига којим се штити ознака која је код учесника у промету стакла веома висок ниво познатости. Чувени жиг, кроз институт разводњавања, даје свом титулару овлашћење да забрани коришћење чувене ознаке за обележавање било које врсте робе (а не само исте или сличне робе у односу на робу за коју је жиг регистрован). Чувене ознаке и њихова заштита неће бити тема овог рада.

ву ситуацију препознати, што ће резултирати лошом репутацијом робе и смањењем њене атрактивности на тржишту.

Четврта функција ознаке је рекламна функција. Кроз дуготрајно коришћење у привредном промету и рекламирање робе са њом означене, ознака у свести потрошача постаје симбол, који потрошаче асоцира на робу, њена својства и квалитете, као и многа друга значења која се везују за робу означену том ознаком (нпр. луксуз, здравље, брига о животној средини итд.). Путем жига се ова функција ознаке не штити непосредно, осим кроз институт заштите од разводњавања чувене ознаке, који пружа ширу заштиту ознакама који су стекле статус чувене ознаке.

Према томе, уколико се изузме институт заштите од разводњавања чувене ознаке који није предмет овог рада, примећујемо да жиг непосредно штити само функцију ознаке да указује на порекло робе. Дакле, функција жига је указивање на порекло робе. Путем ове функције жиг посредно штити и остале функције ознаке. Наиме, уколико носилац жига има право да једини означава робу заштићеном ознаком и да другим субјектима забрани да то чине, онда потрошачи могу да се поуздају у ознаку као средство разликовања робе. Такође, само у ситуацији када је једино носилац жига одговоран за пуштање у промет робе која је означена заштићеном ознаком потрошачи могу основано да претпоставе да сва роба има стандардан квалитет, те да казне носиоца жига уколико се то њихово очекивање не испуни на начин што ће престати да купују робу.

Једноставно речено, право жига обезбеђује да се потрошачи на тржишту могу поуздати да сва роба која носи заштићену ознаку потиче из истог извора и да другим субјектима није дозвољено да означавањем своје робе заштићеном ознаком створе код потрошача погрешно уверење да и њихова роба потиче из тог извора. Другим речима, право жига обезбеђује да се у привредном промету нађу само истините информације о извору из којег роба потиче. Гарантовање истинитости информација је основни предуслов за одвијање привредног промета и има за крајњи циљ промоцију здраве конкуренције на тржишту.²

Од истинитости информација на тржишту користи имају како носиоци жигова, тако и потрошачи. Носиоци жигова, односно произвођачи, могу да очекују да ће квалитет њихове робе бити препознат од стране потрошача, те да ће их потрошачи наградити куповином робе уколико буду задовољни њеним карактеристикама. Очекивање да ће квалитет њихове робе бити препознат даје произвођачима мотив

2 Вид. Stacey L. Dogan, Mark A. Lamley, „The Merchandising Right: Fragile Theory or Fait Accompli?“, *Emory Law Journal*, Vol. 54, 2005, стр. 467. Аутори објашњавају да је крајњи циљ права жига промоција конкуритивног тржишта.

да инвестирају у квалитет робе и њену промоцију, па се каже да право жига подстиче инвестиције. Са друге стране, потрошачи имају корист од истинитих информација јер оне обезбеђује да они приликом куповине робене буду доведени у заблуду у погледу њеног порекла, а последично и очекиваног квалитета. Међутим, сматрамо да није исправно мишљење да је циљ права жига заштита носилаца жигова или заштита потрошача. Циљ права жига је омогућавање промета заснованог на истинитим информацијама у погледу извора из којег роба потиче што води промоцији конкуренције на тржишту, а од чега користи имају како носиоци жигова (произвођачи), тако и потрошачи.

Иако се у складу са начелом специјалности ознака везује за одређену врсту робе, титулар жига има право да другим субјектима забрани да у промету користе не само регистровану ознаку за обележавање регистроване врсте робе, него и сличне ознаке за обележавање исте или сличне врсте робе. Смисао овако проширеног обима заштите произлази из основне функције жига – указивања на порекло робе: да би жиг могао имати ту функцију, неопходно је да титулар жига може да се одбрани од сваког трећег лица које означава своју робу на начин који учеснике у промету (посебно потрошаче) наводи или може навести на погрешан закључак о идентитету субјекта од којег роба потиче (забуна о пореклу робе).³

II Прописи Европске уније о жигу

Међу државама чланицама Европске уније у области права жига постоји висок степен хармонизованости. Право жига на нивоу Европске уније је хармонизовано Првом Директивом о хармонизацији правних прописа о жигу из 1988. године,⁴ након које је донета Директива о хармонизацији правних прописа о жигу из 2008. године.⁵ Наведеним директивама су прописана основна правила о жигу која државе чланице морају да унесу у домаће законе. Члан 5 који регулише овлашћења која има носилац жига је у неизмењеном облику садржан у обе наведене директиве (тако да ће у наставку овај члан бити означаван као члан 5 Директиве). У овом раду ће бити проучавана пракса Европског суда правде (у даљем тексту само: Суд) која се односи на овлашћења носиоца жига која су прописана у ставу 1 члана 5 Директиве.

3 Слободан М. Марковић, *Право интелектуалне својине*, Сарајево, 2007, стр. 161.

4 Прва Директива 89/104/ЕЗ од 21. децембра 1988. године о о хармонизацији правних прописа држава чланица који се односе на жиг.

5 Директива 2008/95/ЕЗ од 22. октобра 2008. године о хармонизацији правних прописа држава чланица који се односе на жиг.

Уредбом о комунитарном жигу из 1993. године⁶ и Уредбом о комунитарном жигу из 2009. године⁷ (која је наследила претходно наведену уредбу) је установљена могућност регистрације жига са дејством на целој територији Европске уније. Међутим, комунитарно право жига није заменило национална права жига, која су и даље наставила да постоје. У таквој ситуацији свако лице има избор да жиг региструје у једној или у више држава чланица Европске уније или да регистрацијом комунитарног жига стекне право које ће важити на територији свих држава чланица. Члан 9 који регулише овлашћења која има носилац комунитарног жига је у неизмењеном облику садржан у обе наведене уредбе (па ће у наставку овај члан бити означаваан као члан 9 Уредбе) и идентичан је члану 5 Директиве, тако да се сви ставови Суда о тумачењу члана 5 Директиве односе и на тумачење члана 9 Уредбе. У наставку рада ће бити речи само о члану 5 став 1 Директиве, а све написано се односи и на члан 9 став 1 Уредбе.

III Функције жига према тумачењу Европског суда правде

1. Тумачење члана 5 став 1 Директиве о хармонизацији правних прописа о жигу

Директива је овлашћења носиоца жига прописала учлану 5 став 1 према којем регистровани жиг гарантује своје титулару искључиво право да забрани трећим лицима да без његове сагласности у пословном промету користе: а) ознаку која је идентична заштићеној ознаци у вези са робом и услугама које су идентичне онима за које је жиг регистрован; б) ознаку код које, због идентитета или сличности са заштићеном ознаком, као и идентитета или сличности робе или услуга у вези са којима се знак користи са робом и услугама за које је жиг регистрован, за јавност постоји опасност од довођења у заблуду, која укључује опасност да та ознака буде мисаоно доведена у везу са заштићеном ознаком.

У преамбулама обе директивесу садржани циљеви који се желе постићи њиховим доношењем, који треба да послуже као смернице приликом тумачења одредби директива. Овлашћења носиоца жига су објашњена у тачки 11 преамбуле Директиве о хармонизацији правних прописа о жигу из 2008. године⁸ у којој је наведено да је функција жига

6 Уредба Савета (ЕЗ) број 40/94 од 20. децембра 1993. године о комунитарним жиговима.

7 Уредба Савета (ЕЗ) број 207/2009 од 26. фебруара 2009. године о комунитарном жигу.

8 Тачка 11 преамбуле Директиве о хармонизацији правних прописа о жигу из 2008. године, одговара десетом ставу преамбуле Прве Директиве о хармонизацији правних прописа о жигу из 1988. године.

нарочито гаранција да знак указује на порекло робе. Такође је наведено да у случају идентитета како спорног знака са заштићеним знаком, тако и робе на којој се спорни знак користи са робом за коју је жиг регистрован (случајеви тзв. двоструког идентитета) заштита коју жиг пружа треба да буде апсолутна. Наведено је и да заштита коју жиг пружа треба да се односи и на случајеве сличности два знака и две врсте робе, а да је неопходно да се појам сличности тумачи кроз вероватноћу заблуде учесника у промету.

По нашем мишљењу члан 5 став 1 Директиве треба тумачити на начин да он овлашћује носиоца жига да забрани другим лицима да у промету користе регистровану ознаку и њој сличне ознаке за обележавање врсте робе за коју је жиг регистрован или сличне врсте робе, а у циљу избегавања заблуде учесника промета у погледу порекла робе. Према нашем тумачењу разлика између тачке а) и тачке б) наведене одредбе је само у потреби (односно одсуству потребе) доказивања вероватноће наступања заблуде учесника у промету о пореклу робе. У случају двоструког идентитета, на који се односи тачка а), заштита коју жиг пружа је апсолутна јер Директива имплицитно претпоставља постојање необориве правне претпоставке да постоји вероватноћа наступања заблуде учесника у промету о пореклу робе, тако да носилац жига нема потребу да ту чињеницу доказује, нити друга страна може да доказује супротно. У поступку пред судом тужиоцу је довољно да докаже да је идентична ознака коришћена за обележавање исте врсте робе. У случају из тачке б), када се спорна ознака која је иста као регистрована користи за обележавање сличне врсте робе, односно када се спорна ознака која је слична регистрованој користи за обележавање исте или сличне врсте робе у односу на робу за коју је жиг регистрован, носилац жига може да забрани такву употребу ознаке уколико у конкретном случају постоји вероватноћа наступања заблуде учесника у промету о пореклу робе. Дакле, у поступку пред судом тужиоцу није довољно да докаже да су ознаке исте или сличне и да је реч о истој или сличној врсти робе, већ је потребно да докаже да у конкретном случају постоји вероватноћа наступања заблуде о пореклу робе.

Наведено тумачење је изнето имајућу у виду начин формулације одребе члана 5 став 1 Директиве, као и објашњење садржано у тачки 11 преамбуле. Такође, тумачење је засновано на традиционалном ставу теорије да је функција жига једино указивање на порекло робе, а да кроз ту своју функцију жиг на посредан начин штити и друге функције ознаке.

Суд је у својој пракси на потпуно другачији начин тумачио одредбу члана 5 став 1 Директиве. По ставу Суда тачком а) и тачком б) наве-

дене одредбе се штите различите функције ознаке. Из чињенице да је за примену тачке б) потребно да је услед употребе спорне ознаке настала вероватноћа довођења у заблуду учесника у промету у погледу порекла робе, Суд је извео закључак да та тачка штити основну функцију регистрованог знака, функцију указивања на порекло робе. Са друге стране, из чињенице да у тачки а) као услов за њену примену није експлицитно наведена опасност од довођења у заблуду учесника у промету у погледу порекла робе, Суд је извео закључак да та тачка штити све функције ознаке, како основну тако и остале функције. Становиште Суда је да се тачка а) може применити када је угрожена било која функција ознаке, а без обзира да ли је при том угрожена основна функција ознаке указивања на порекло робе. Дакле, према тумачењу Суда разлика између тачке а) и тачке б) није само у потреби доказивања вероватноће довођења у заблуду учесника у промету, већ у ширини заштите коју те две одредбе пружају. Док је заштита коју пружа тачка б) ограничена на случајеве када је угрожена функција регистроване ознаке да укаже на порекло робе, дотле је заштита коју пружа тачка а) апсолутна на начин да она у случајевима двоструког идентитета штити све функције регистроване ознаке.⁹

Наведено тумачење Суда одступа од традиционалног схватања да жиг (ако се изузме институт разводњавања) штити само функцију ознаке да укаже на порекло робе. На овај начин је Суд је редефинисао традиционално схватање обима заштите коју жиг пружа и традиционално схватање циља који се правом жига жели постићи, а да при томе није навео суштинске разлоге за такав свој став.

Уз то, по нашем мишљењу тумачење Суда је логички неодрживо. Тачке а) и б) става 1 члана 5 Директиве прописују овлашћења носиоца жига у случају два начина угрожавања истог предмета заштите, ознаке заштићене жигом (која не мора да има својство чувене ознаке). У складу са тим, разлика између овлашћења носиоца жига прописана двема наведеним тачкама је условљена врстом угрожавања предмета заштите (коришћењем од стране неовлашћеног лица идентичне ознаке за обележавање идентичне врсте робе, на супрот коришћењу сличне ознаке за обележавање исте или сличне врсте робе) и та овлашћења су формулисана тако да на најпогоднији начин омогуће да заштићена ознака настави да врши своје функције у промету. При том је предмет заштите у оба случаја исти јер је он унапред дефинисан. Наиме, функције ознаке које се штите жигом зависе од дефинисања циља који се жели постићи

9 Вид. пресуду Европског суда правде у предмету *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC and Laboratoire Garnier & Cie v Bellure NV, Malaika Investments Ltd and Starion International Ltd* (C-487/07) од 18.7.2009. године (даље у фусноти: пресуда у предмету *L'Oréal*), пасус 59.

правом жига, а не од конкретног начина угрожавања тог циља. Имајући у виду речено, сматрамо да је тумачење члана 5 став 1 Директиве које је изнео Суд логички неодрживо јер подразумева различито дефинисање предмета заштите (функције ознаке које свака тачка штити) у зависности начина његовог угрожавања. То је супротно правилу да је предмет заштите унапред дефинисан, а да од начина његовог угрожавања могу да зависе само конкретна овлашћења титулара права чији је циљ отклањање угрожавања предмета заштите.

Иако члан 5 Директиве (као ни други чланови) не спомиње друге функције регистрованог знака, осим функције указивања на порекло робе, Суд је у својим одлукама заузео став да такве функције постоје и да су обухваћене заштитом коју жиг пружа.¹⁰ Штавише Суд је експлицитно навео да под осталим функцијама ознаке нарочито подразумева функцију гаранције квалитета робе и услуга, као и функцију комуникације, инвестиција и рекламирања.¹¹ Ипак Суд није дефинисао шта подразумева под наведеним функцијама и на који начин ове функције могу бити угрожене, што оставља неразјашњеним питање обима заштите коју жиг пружа.¹² Наиме, да ли се под функцијом инвестиција мисли на инвестицију у промоцију знака (рекламирање) или на инвестицију у квалитет производа? Чини се да се у првом случају та функција поклапа са функцијом рекламирања, а у другом случају са функцијом гаранције квалитета производа. Шта се подразумева под функцијом комуникације?¹³

10 Вид. пресуду Европског суда правде у предмету *Arsenal Football Club plc v Matthew Reed* (C-206/01) од 12.11.2002. године, пасус 51.

11 Вид. нпр пресуду у предмету *L'Oréal*, пасус 58.

12 Више о начину на који је Европски суд правде кроз историју тумачио које функције ознаке се штите жигом вид. у Pier Luigi Roncaglia, Giulio Enrico Sironi, „Trademark Functions and Protected Interests in the Decisions of The European Court of Justice“, *The Trademark Reporter*, Vol. 101, 2011, стр. 147–185.

13 Вид. Audrey Horton, „The Implications of L'Oréal v Bellure – a Retrospective and a Looking Forward: the Essential Functions of a Trade Mark and When is an Advantage Unfair?“, *European Intellectual Property Review*, Vol. 33, 2011, стр. 555. Ауторка закључује да је Суд оставио много неразјашњених појмова, што доприноси правној несигурности, па у том смислу поставља следећа питања. Шта се тачно подразумева под гаранцијом квалитета робе? Да ли постоји разика између функције комуникације и функције рекламирања, као и да ли свака употреба знака која није одобрена од стране носиоца жига утиче на те функције? Да ли је неопходно доказати да је била начињена инвестиција у промоцију знака да би било могуће остварити заштиту функције инвестирања? Слично, да ли је неопходно доказати да је знак био рекламиран да би се тврдило да је функције рекламирања угоржена, као и на који начин је ово другачије од функције инвестирања?

2. Проширење обима заштите коју пружа жиг као последица тумачења функција жига од стране Европског суда правде

Имајућу у виду тумачење члана 5 став 1 тачка а) Директиве које је изнео Суд, намеће се питање у којој мери наведено тумачење доводи до проширења заштите коју жиг пружа. Другачије речено, које су то ситуације у којима постоји употреба идентичног знака за идентичну робу, да при томе не долази до заблуде учесника у погледу порекла робе, али да таква употреба угрожава неку од других функција знака? Анализом предмета у којима је Суд одлучивао закључујемо да је најчешће реч о ситуацијама у којима конкретна употреба заштићеног знака није ни имала за циљ да укаже да роба долази из извора носиоца жига, па самим тим у том погледу није могла настати заблуда код учесника у промету. Ипак, према становишту Суда и у таквим случајевима може да дође до повреде жига. Као илустрацију реченог ћемо анализирати два предмета у којима је Суд одлучивао.

У предмету *L'Oréal* Суд је одлучивао у спору у којем су тужиоци произвођачи парфема и носиоци више жигова чији предмет су више речи и знакова (имеђу којих и речи које представљају називе парфема), док су тужени произвођачи и дистрибутери јефтиних парфема који покушавају да опонашају мирис познатих парфема тужилаца.¹⁴ Између осталог, међу странкама је било спорно да ли пракса тужених да у оквиру промоције својих парфема користе упоредне листе представља повреду жигова тужилаца. Упоредне листе су се састојале од листе имена парфема тужених са назнаком који познати парфем он опонаша по мирису. У том циљу су на листама наведени називи парфема тужилаца који су заштићени жиговима. Међу странкама је било неспорно да коришћење упоредних листа не доводи до заблуде у погледу порекла робе. Суд је био позван да, између осталог, тумачењем члана 5 став 1 тачка а) Директиве да мишљење да ли описана пракса тужених представља повреду жигова чији су носиоци тужиоци. Суд је закључио да се члан 5 став 1 тачка а) Директиве треба тумачити на начин да је носилац жига овлашћен да забрани коришћење у упоредном рекламирању ознаке идентичне заштићеној ознаци у вези идентичне врсте робе, чак и уколико таква употреба не може да угрози основну функцију ознаке да укаже на порекло производа, уколико она може да угрози неку од преосталих функција ознаке.¹⁵

У конкретном случају тужени јесу користили заштићене ознаке за означавање исте врсте робе, али их нису користили да би обележили

14 Вид. пресуду у предмету *L'Oréal*.

15 Пресуда у предмету *L'Oréal*, тачка 2) изреке.

своју робу, већ се та употреба односила на робу носилаца жигова. Самим тим заблуда потрошача није могла настати јер је из упоредне листе било јасно да парфеме тужених не потичу из истог извора као парфеме тужилаца, већ само да опонашају њихов мирис. Ипак Суд је нашао да и таква употреба заштићене ознаке може да доведе до повреде жига.

У предмету *Google France and Google* је предмет спора била пракса интернет претраживача (у конкретном случају *Google-a*) да омогуће рекламирање на својој интернет страници на начин да потенцијалним оглашивачима омогући „закуп“ кључних речи (без обзира да ли су оне заштићене жигом), те да се, након што кључне речи за претрагу буду уписане од стране корисника, поред тзв. природних резултата претраге појаве и огласи оглашивача који су „закупили“ наведену кључну реч.¹⁶ Огласи су се састојали од кратке поруке и линка који води на интернет страницу оглашивача.

Суд је у својој одлуци анализирао различите аспекте коришћења кључних речи за рекламирање путем интернет претраживача и одговорио је на више питања која су му била упућена. Ипак на овом месту ћемо се осврнути само на анализу Суда везану за потенцијалну повреду рекламне функције заштићене ознаке.¹⁷

Наиме, према у поступку утврђеним чињеницама, оглашивач плаћа интернет претраживачу накнаду за оглашавање сваки пут када корисник кликне на линк који води на сајт оглашивача. С обзиром да неограничени број оглашивача може да „закупи“ исту кључну реч, а да је број огласа које је могуће приказати релативно мали, избор огласа који ће бити приказани и њихов редослед зависи од „максималне цене по клику“ коју се оглашивач обавезе да плати, броја претходних кликова на линк садржан у огласу, као и квалитета огласа који оцењује интернет претраживач. Имајући у виду речено, очигледно је да конкуренција на пољу оглашавања путем једне кључне речи води покупљењу оглашавања путем те кључне речи, јер оглашивачи морају да пристају на вишу „максималну цену по клику“ како би њихов оглас постао видљив. Следи да је носиоцу жига отежано рекламирање на описани начин услед чињенице да и други оглашивачи могу да „закупе“ кључну реч која је заштићена његовим жигом, па је Суд анализирао да ли је угрожена рекламна функција ознаке, односно да ли је повређен жиг.

16 Вид. Пресуду Европског суда правде у спојеним предметима *Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL* (C-237/08) и *Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others* (C-238/08), од 23.3.2010. године (даље у фусноти: пресуда у предмету *Google France and Google*).

17 Пресуда у предмету *Google France and Google*, пасуси 91–98.

Суд је закључио да у конкретном случају не долази до нарушавања рекламне функције ознаке јер ће у случају када корисник упише кључну реч која је заштићена, линк са интернет страницом носиоца жига свакако бити представљен у природним резултатима претраге, те да за носиоца жига не представља проблем чињеница да му је отежано рекламирање путем плаћених огласа интернет претраживача.¹⁸ И поред тога што је закључио да у конкретном случају нема повреде жига, Суд је ипак заузео став да отежавање употребе ознаке у рекламне сврхе може да доведе до повреде жига независно од повреде функције указивања на порекло робе.¹⁹ Наведени став илуструје да Суд тумачи члан 5 став 1 Директиве на начин да жиг пружа широку заштиту његовом носиоцу. Наиме, иако у конкретном случају потрошачи уопште немају додир са употребом знака од стране оглашивача (јер се та употреба одиграва унутар рачунарског програма), па се питање довођења потрошача у заблуду ни не поставља, Суд је ипак нашао да могућност угрожавања рекламне функције ознаке може водити повреди жига.²⁰

Из анализираних случајева се види да став Суда да жиг пружа заштиту различитим функцијама ознаке, независно од функције означавања порекла робе, крије опасност радикалног проширења заштите коју жиг пружа. Поред чињенице да повреда жига може постојати у случају повреде било које од многобројних (а још недовољно дефинисаних) функција ознаке, овакво тумачење Суда крије још једну опасност. Наиме, тумачење Суда да повреда жига може настати потпуно независно од могућности довођења потрошача у заблуду доводи до опасности да под удар дођу употребе ознаке које уопште за циљ немају обележавања робе, односно чији циљ није да се роба која потиче од лица које користи ознаку обележи заштићеном ознаком (већ чији је циљ, на пример, коришћење ознаке као кључне речи за рекламирање путем интернет претраживача, као украса или у сврху упоредног рекламирања). Путем оваквог тумачења жиг постаје средство борбе против конкуренције засноване на истинитим информацијама, односно против основног циља у сврху чије промоције је жиг и установљен као право.

18 Сматрамо да ово образложење (посматрано само за себе) није нарочито снажно, јер природни резултати претраге представљају посебну категорију у односу на плаћене огласе (иако се приказују упоредо), те да носилац жига може имати интерес да оглас са његовим линком буде приказан у обе категорије резултата.

19 Пресуда у предмету *Google France and Google*, пасус 93.

20 На описаном примеру је видљива логичка неодрживост тумачења члана 5 став 1 коју је изнео Суд, а на коју је указано у раду. Наиме, конкуренција на пољу оглашавања путем једне кључне речи води поскупљивању оглашавања путем те кључне речи без обзира да ли је реч о огласима за исту или различиту врсту робе. Због тога није оправдано правити разлику у том смислу и постављати питање да ли постоји повреда жига у случају оглашавања истоврсне робе, а не постављати то питање у случају оглашавања различите врсте робе.

IV Измене прописа Европске уније везаних за жиг

Стручна јавност је препознала неадекватност прешироког обима овлашћења накоје жиг, према тумачењу Суда, овлашћује свог титулара, па су у том смислу и критиковани ставови Суда. Ову чињеницу је у једном од својих Мишљења констатовао и Генерални адвокат Суда, па је закључио да најбољи излаз тренутне ситуације није у промени смера праксе Суда, већ у доношењу нових прописа.²¹

У Студији о свеукупном функционисању Европског жиговног система коју је на захтев Европске комисије израдио Макс Планк институт за интелектулану својину и право конкуренције (у даљем тексту само: Студија) су предложене измене европског права жига и изнети ставови супротни ставовима Суда.²² У Студији је заузет став да остале функције ознаке, нарочито функције гаранције квалитета робе и услуга, као и комуникације, инвестиција и рекламирања не треба да имају самосталну улогу приликом тумачења обима заштите коју пружа члан 5 став 1 тачка а) Директиве, те да негативан ефекат на ове функције не треба да има значај за заштиту коју ово правило пружа.²³ Такође, у Студији је наведено да је потребно направити разлику између употребе знака којом се идентификује роба самог носиоца жига (каква употреба је на пример постојала код упоредних листа у предмету *L'Oréal*), од употребе знака које се односе на истоврсну робу која не потиче од носиоца жига. У првом случају функција знака да укаже на порекло робе неће бити угрожена, док у другом случају вероватно хоће. Међутим, чак и у другом случају неће доћи до угрожавања функције означавања порекла робе у ситуацијама када учесници у промету не доживљавају ознаку као ознаку порекла, па тада нема ни повреде жига.²⁴

Европска комисија је у марту 2013. године представила предлог нове Директиве о хармонизацији правних прописа о жигу²⁵ (даље у тексту: предлог Директиве) у којем су прихваћени ставови изнети у Студији

21 Вид. Мишљење Генералног адвоката *Jääskinen*-а у предмету *Interflora Inc. and Interflora British Unit v Marks & Spencer plc and Flowers Direct Online Ltd.* (C-323-09) од 24.3.2011. године, пасуси 7–9.

22 *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich, 2011, доступно на адреси: http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/mpi_final_report.pdf, 11.3.2014. (даље у фусноти: Студија).

23 Вид. Студија, стр. 104, пасус 2.184.

24 Вид. Студија, стр. 103–104, пасуси 2.180–2.181.

25 Предлог Директиве Европског парламента и Савета о о хармонизацији правних прописа о жигу, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52013PC0162>, 25.3.2014. године.

о функцијама ознаке које треба да буду заштићене жигом. Везано за случајеве тзв. двоструког идентитета према предлогу Директиве регистровани жиг гарантује своје титулару искључиво право да забрани трећим лицима да без његове сагласности у пословном промету користе ознаку која је идентична заштићеној ознаци у вези са робом и услугама које су идентичне онима за које је жиг регистрован, уколико таква употреба утиче или је способна да утиче на функцију жига да гарантује потрошачима порекло робе и услуга. Уколико предлог Директиве буде усвојен, критиковани ставови Суда о томе које функције ознаке су предмет заштите путем члана 5 став 1 Директиве ће бити оповргнути. У том случају ће бити јасно да обе тачке члана 5 став 1 Директиве имају за циљ искључиво заштиту функције ознаке да указује на порекло робе.

V Закључак

Према традиционалном схватању жиг штити само функцију ознаке да указује на порекло робе, док путем ове функције на посредан начин штити и остале функције ознаке.

Европски суд правде је у својим одлукама, у којима је тумачио члан 5 став 1 Директиве о хармонизацији правних прописа о жигу и члан 9 став 1 Уредбе о комунитарном жигу, заузео став да у случајевима када неовлашћено лице користи ознаку која је идентична заштићеној ознаци у вези са робом и услугама које су идентичне онима за које је жиг регистрован (тзв. случајеви двоструког идентитета), жиг пружа заштиту и осталим функцијама ознаке (нарочито функцији гаранције квалитета робе и услуга, као и функцијама комуникације, инвестиција и рекламирања) без обзира да ли је угрожена основна функција ознаке, односно функција указивања на порекло робе.

Према нашем мишљењу овакво тумачење Европског суда правде је логички неодрживо и води редефинисању традиционалног схватања циља који се правом жига жели постићи, а да при том нису изнети суштински разлози за такво тумачење. Такође, наведено тумачење крије опасаност значајног проширења заштите коју жиг пружа, јер под удар могу да дођу употребе ознаке које уопште за циљ немају обележавање робе. На овај начин жиг постаје средство борбе против конкуренције засноване на истинитим информацијама, односно против основног циља у сврху чије промоције је жиг и установљен као право.

Европска комисија је у марту 2013. године представила предлог нове Директиве о хармонизацији правних прописа о жигу (даље у тексту: предлог Директиве) у којем је примат враћен основној функцији жига, односно функцији указивања на порекло робе. Уколико пред-

лог Директиве буде усвојен, биће оповргнути ставови Суда о томе које функције ознаке су предмет заштите путем жига. У том случају ће бити недвосмислено јасно да члан 5 став 1 Директиве има за циљ искључиво заштиту функције ознаке да указује на порекло робе.

Vladimir BOROVAC, M.A.

PhD Candidate at the Faculty of Law University of Belgrade

CRITICAL REVIEW OF THE INTERPRETATION OF THE TRADE MARK FUNCTIONS IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Summary

The paper analyses the implementation of Article 5(1) of the Directive to approximate the laws of the Member States relating to Trade Marks (hereinafter: Directive) in the practice of the European Court of Justice (hereinafter: Court), and the manner in which the Court, by applying this Directive, has interpreted which functions of the registered sign are protected by a trade mark. The author believes that both points of Article 5(1) of the Directive protect the function of the registered sign to designate the origin of the goods and that the only difference between them is in the need (or absence of the need) of proving that participants in trade could be wrong as to the origin of the goods. Contrary to the aforesaid, the Court took the stand that the implementation of point b) is limited to the cases when the function of the registered sign to indicate the origin of the goods has been threatened, while the protection provided by point a) is absolute as it protects all the functions of the registered sign. The author criticizes this interpretation of the Court and asserts that this position is logically untenable, that it leads to redefining the traditional understanding of the purpose to be achieved through the trade mark law and conceals the threat of a considerable enlargement of the protection offered by the trade mark, which was illustrated in the paper by means of the analysis of two Court decisions. At the end of the paper it is indicated that in March 2013 a draft of new Directive to approximate the laws of the Member States relating to Trade Marks was presented, the adoption of which would disprove the interpretation of the Court as to which functions of the sign are the subject of protection by the trade mark, which was criticized in the paper.

Key words: *intellectual property rights, trade mark, functions of the sign, trade mark functions, European Court of Justice.*

Ксенија ВЛАШКОВИЋ
докторант Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

НОВА КОНЦЕПЦИЈА ЗАШТИТЕ ОД ОПАСНОСТИ РАЗВОДЊАВАЊА ЖИГА

Резиме

Заштита од опасности разводњавања је специфичан облик заштите жића. У класичној концепцији заштите од опасности разводњавања је љужена малом броју жића, под условом да су стekli еишеи чувенои. Доношењем Директиве број 89/104/ЕЕЗ конциран је нови модел садржине и деловања жића, који је комромисног карактера и резултат је настојања да се знађе нека врста равнотеже између различитих решења у националним законодавствима земаља чланица. У новом светлу се оствавља и ишање заштите од опасности разводњавања.

Кључне речи: разводњавање, чувени жић, јединственосћ жића, мисаоно љовезивање, љознаи жић, дисинктивносћ.

I Увод

Класична концепција заштите жигом је заснована на неколико принципа. Основни принцип је начело специјалности, чија је суштина у томе да се заштита жигом односи само на исте и истоврсне производе, који се данас називају исти или слични производи. Поред тога, заштита се пружа само против употребе која се може квалификовати као „употреба у функцији жига“ или „употреба као жиг“.

Ова концепција заштите показала се непотпуном, јер титулар жига није уживао заштиту против неких привредно значајних облика

коришћења жига. У овом раду биће речи о само једном нарочитом облику коришћења жига против којег титулару није могла да буде пружена заштита по праву жига. У питању је заштита од опасности разводњавања која се у почетку односила само на мали број чувених жигова када се користе за обележавање неистоврсних производа, чиме је прекорачена граница начела специјалности. У немачком праву основи за овакву заштиту јесу прописи права о сузбијању нелојалне конкуренције и грађанског права. Међутим, овакво проширење заштите изазивало је на једној страни дилеме и сумње, као и критике у правној теорији, а на другој страни и даље су остали нерешени бројни проблема употребе жига који су само познати, а не и чувени.

Из тог разлога се показало неопходним да се приступи тражењу потпунијих и међусобно усклађених решења у области заштите не само чувених, већ и познатих жигова. Нова регулатива која је дефинисана у Директиви број 89/104/ЕЕЗ садржи решења која се у неким аспектима у значајној мери разликују од ранијих, те се резултати до којих се дошло у претходном периоду могу користити само уз посебну опрезност и пажњу.

II Појам разводњавања жига

Појам разводњавања жига је, у правној теорији, први употребио *Frank Schechter*. Он је сматрао да се овим појмом обухвата оштећење дистинктивне моћи жига. Ову врсту повреде аутор означава као поступно слабљење или отапање идентитета или познатости неког жига.¹

Суштина разводњавања чувених жигова,² у класичном смислу, састоји се у томе да слабљење дистинктивне моћи жига значи да он

1 Frank I. Schechter, „The historical foundations of the law relating to trade marks“, *Colum. Univ. Press*, 1925, стр. 825. Аутор своје мишљење заснива на одлуци Земаљског суда *Elberfeld* у којој је титулару жига „*Odol*“, пружена заштита са образложењем да би чувени жиг изгубио своју продајну вредност у случају да га свако може користити за обележавање властите робе. Он користи термин „*gradual whittling away or dispersion of the identity and hold upon the public mind*“. Међутим, судови у САД, где је титулар одређених жигова већ дуго времена заштићен против разводњавања су овај појам илустровали као „*lessening, watering down, debilitating, weakening, undermining, blurring, eroding and insidious gnawing away at a trade mark*“.

2 Жиг је право, којим се, у одређеном контексту, штити нека ознака. У раду није било могуће на сваком месту у пуној мери правити термиолошку разлику између жига, као права, и ознаке која је заштићена жигом, јер би то водило оптерећивању самог текста. У развијеној правној теорији и пракси је уобичајено да се овакво разликовање не спроводи увек, јер се већ подразумева, па у том смислу упућујемо на велики број пресуда Савезног врховног суда Немачке. У истом смислу и проф. Марковић Слободан у свом раду „Начело специјалности жига и забрана разводњавања чувеног жига – правноекономско тумачење“, *Анали Правној факултетна Универзитетна*

више не изазива никакву непосредну мисаону везу са производима за које је регистрован и коришћен. На пример, уколико би се допустило да се *Rolls Royce* региструје за ресторане, кафетерије, панталоне и бомбоне, у наредних неколико година овај жиг, као такав, више не би постојао.

III Циљ заштите против опасности разводњавања у ранијој немачкој судској пракси

У немачкој судској пракси, у којој је и настао појам разводњавања, циљ заштите није био дефинисан на јединствени начин. Тако је у пресуди „4711“³ истакнуто да познатост и рекламна моћ овог жига оправдавају проширење заштите и на неистоврсне производе, јер тужена користи жиг да би подстакла продају своје робе, чиме ослабљује рекламну и дистинктивну моћ жига тужиље.⁴

У пресуди „*Odol*“⁵, у којој је Земаљски суд Елберфелд први пут употребио појам разводњавања, истакнуто је да тужена оштећује рекламну моћ жига. На тај начин она повређује добре обичаје, јер искоришћава „плодове туђег напора и рада“. Тужиља заштиту може да тражи по основу генералне клаузуле права о сузбијању нелојалне конкуренције, као и по основу чл. 826 Грађанског законика Немачке.⁶

Од посебног значаја је пресуда „*Bayer-Kreuz*“⁷, у којој је Врховни суд Немачке сматрао да је чињеница на којој се заснива нелојалност та да треће лице присваја рекламно деловање туђе ознаке и на тај начин задире у туђи конкурентски посед. Поред тога, истиче се и да купац може да буде пољуљан у свом уверењу да је жиг јединствен и са истакнутом

у *Београду*, бр. 1/2011, стр. 35, истиче: „Терминологија коју наш законодавац традиционално користи није најсрећније одабрана, јер је реч „жиг“ хомоним који има и друга значења која су ближа разумевању лаичке публике. С друге стране, правници често користе исту реч да означе не само субјективно право, већ и предмет заштите, односно знак. Ова непрецизност у коришћењу речи „жиг“ је толико раширена да се толерише чак и у стручној литератури, те управним и судским одлукама. Нажалост, стручни српски језик није успео да изнедри погоднију реч којом би се описани проблем превазишао. Утехе ради, англосаксонска правна струка има исти проблем са термином „*trademark*“.

3 Rolf Sack, *Das Recht am Gewerbebetrieb: Geschichte und Dogmatik*, Mohr Siebek, Tübingen, 2007, стр. 274.

4 Helmut Kohl, *Die „Verwässerung“ berühmter Kennzeichen*, Berlin, 1975, стр. 20.

5 R. Sack, *нав. дело*, стр. 380; пресуда Земаљског суда Елберфелд „*Odol*“, од 11.9.1924, *Juristische Wochenschrift* 1925, стр. 502.

6 Amelie Winkhaus, *Der Begriff der Zeichenähnlichkeit beim Sonderschutz bekannter Marken*, Frankfurt am Main, 2010, стр. 31.

7 Пресуда Reichsgericht-a, од 31.10.1942, „*Bayer-Kreuz*“, RGZ 170, стр. 137.

позицијом, јер се појављују сличне ознаке на неком не толико различитом сектору производа.⁸

У периоду после Другог светског рата у немачкој судској пракси је настављено истраживање појма разводњавања и циљева заштите против опасности разводњавања. Тако је Земаљски суд Дизелдорф пружио заштиту хемијском концерну *Reisebüro Henckel & Co.* против компаније *Reisekredit OHG*.⁹ Основ за заштиту је генерална клаузула права о сузбијању нелојалне конкуренције.¹⁰ Први пут је појашњено да је циљ заштите познатих жигова искључиво заштита титулара жига против свих могућих оштећења конкурентне атрактивности њиме заштићене ознаке. Заштита потрошача од заблуда није чак ни споредан циљ ове заштите.

Карактеристично је да је Земаљски суд Берлин у пресуди „*Kaffee – HAG*“¹¹ први пут истакао да у дотадашњој судској пракси није јасно разјашњено који услови морају да буду испуњени да би се говорило о опасности од разводњавања. Суд је сматрао неопходним да се ознака на такав начин наметнула у промету, тако да је у значајној мери постала позната и у деловима промета у којима се не купују производи тужиле.

Претходни примери показују да је у ранијој судској пракси један од основних услова за заштиту јединственост жига. Међутим, није било потпуно јасно шта овај појам тачно значи.

За тумачење појма јединствености ознаке нарочито су карактеристичне пресуде „*Quick*“ и „*Kupferberg*“. У пресуди „*Quick*“¹² заступано је мишљење да се посебна заштита пружа само ознакама које уживају нарочито истакнуто важење у промету, али само онда када су јединствене и то у смислу јединствености на свим подручјима. У пресуди „*Kupferberg*“¹³ је истакнуто да је име *Kupferberg*, као ознака за шампањац, стакло у домаћој земљи највиши могући степен познатости у промету, а жигови у којима је оно садржано уживају посебан углед. Ово име је јединствено, па се са њиме у широкој публици искључиво повезује појам шампањца. Из наведених разлога имену *Kupferberg* припада наро-

8 Н. Kohl, *нав. дело*, стр. 17.

9 Пресуда OLG Düsseldorf, 6 U 152/87, од 26.10.1988, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 4/1989, стр. 270.

10 Anja Meyer, *Der Begriff bekannte Marke im MarkenG*, Frankfurt am Main, 1999, стр. 69.

11 Н. Kohl, *нав. дело*, стр. 38; пресуда Земаљског суда Берлин, 16а. О. 370/51, од 14.5.1952, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 2/1953, стр. 92.

12 Пресуда Савезног врховног суда Немачке „*Quick*“, од 11.11.1958, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1959, стр. 182.

13 Пресуда Савезног врховног суда Немачке „*Kupferberg*“ – Ib ZR 101/63, од 10.11.1965, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 11/1966, стр. 623–625.

чита рекламна моћ, на основу које је оправдана посебна заштита против опасности од разводњавања. Ова заштита није ограничена подручјем опасности замене у ширем смислу, него га напротив превазилази, јер је објекат заштите посебно велика рекламна моћ.¹⁴ Интереси титулара чувеног жига су већ онда повређени, када би био оштећен јединствени положај жига. Међутим, захтев који се односи на јединственост жига се не сме разумети у чисто објективном смислу, тј. да не постоји ни једно друго домаће предузеће које на било ком подручју делатности користи исту или сличну ознаку. Другим речима, одлучујуће је да ли је ознака, са становишта промета, позната у највећој мери и да ли се у промету схвата као жиг одређеног предузећа.¹⁵ Наиме, уколико је ознака у промету позната у највишој могућој мери и уколико се са њом повезују представе о само једном предузећу, које ту ознаку користи, тада се мора сматрати да је она јединствена, иако је у неком, веома ограниченом прометном кругу, познато да у некој удаљеној бранши друго предузеће послује користећи исту ознаку.

IV Појам разводњавања у новом европском праву

Претходна анализа указује да је нерешен велики број питања која су везана за опасност од разводњавања. На пример, нејасно је да ли производи који су обележени познатим жигом морају да поседују нарочито високи квалитет, као и то да ли се посебна заштита може пружити само онда када каснији корисник ужива лош глас. За ранију праксу је, такође, карактеристично и непотпуно раздвајање појма разводњавања од појма искоришћавања гласовитости. Правна заштита против опасности од разводњавања је била, како смо истакли, заснована на правилима различитих грана права.

Доношењем Директиве бр. 89/104/ЕЕЗ¹⁶ успостављени су нови правни оквири за одређивање појма опасности разводњавања, као и однос овог појма према другим облицима повреде познатих жигова. Значајно је да се у Директиви 89/104/ЕЕЗ не помиње појам чувених

14 Hermann L. Harder, „Zeichenschwäche auf Grund Verwässerung und Wahl des Zeichens – Einige weitere Bemerkungen zur Abstandsrechtsprechung“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 6/1964, стр. 299.

15 Божин Влашковић, *Правна заштитна славних жигова*, Савезни завод за патенте, Београд, 1992, стр. 131.

16 First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *Official Journal* L 40, 11.2.1989, стр. 0001–0007. Овај правни акт кодификован је 22.10.2008. године као: Directive 2008/95/EC of the European Parliament and the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of Member States relating to trade marks, *Official Journal* L 299, 8.11.2008, стр. 25–32.

жигова, већ само појам познатих жигова. Међутим, разумљиво је да појам познатих жигова обухвата, као свој највиши степен, и појам чувених жигова.

Заштита познатих жигова је факултативног карактера. Наиме, у чл. 5, ст. 2, Директиве 89/104/ЕЕЗ остављена је могућност државама чланицама да титулару жига дозволе да забрани трећим лицима, без његове сагласности, коришћење у привредном промету ознаке идентичне или сличне жигу за робу или услуге које нису сличне онима за које је жиг регистрован, када је жиг познат у дотичној држави чланици, а коришћењем ознаке се искоришћава или оштећује, без оправданог разлога и на нелојалан начин, моћ разликовања или углед жига.

У новом европском праву ранији појам разводњавања се већином поистовећује са оштећивањем моћи разликовања, тј. дистинктивне моћи жига. За одређивање појма оштећивања дистинктивне моћи у новом праву, од посебног значаја је пресуда „INTEL“¹⁷ Европског суда правде. У овој пресуди решавано је о сукобу жига INTEL, чији је титулар Intel корпорација, и жига INTEL MARK чији је титулар CPM United Kingdom Ltd. Апелациони суд Велике Британије и Велса је установио да је жиг INTEL јединствен у том смислу да га нико други не користи за обележавања било којих производа и услуга, сем титулара Intel корпорације, као и то да је овај жиг у Уједињеном Краљевству изузетно познат за обележавања компјутера и производа који се односе на компјутере. Поред тога, утврђено је да компјутери и производи који су везани за компјутере нису слични услугама на које се односи жиг INTEL MARK. На крају, суд је сматрао да су жигови INTEL и INTEL MARK слични, али да употреба жига INTEL MARK није подобна да изазове представе о привредној повезаности са Intel корпорацијом. Апелациони суд Велике Британије и Велса је обуставио поступак и обратио се Европском суду правде.

Европски суд правде, у свом одговору, истиче да се оштећење дистинктивне моћи жига назива и „разводњавање“ или „слабљење“ жига. О њему је реч када се ослабљује подобност жига да производе и услуге, за које је регистрован и коришћен, идентификује као производе и услуге које потичу од титулара жига, јер коришћење млађег жига има за последицу нестајање идентитета старијег жига и његове познатости у промету. То је посебно случај када се старијим жигом више не изазива непосредна мисаона веза са производима и услугама за које је регистрован. Оштећивање дистинктивне моћи старијег жига, везује се за схватање нормално информисаног, примерено пажљивог и разборитог потрошача производа за које је овај жиг регистрован. Европски

17 Пресуда Европског суда правде „INTEL“ од 27.11.2008, C-252/07, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int*, бр. 4/2009, стр. 319–324.

суд правде посебно истиче да жигови могу да стекну и такву познатост која превазилази прометне кругове везане за производе и услуге за које су жигови регистровани. У таквом случају је могуће да се у прометним круговима који су у контакту са производима за које је регистрован млађи жиг, успоставља веза између колидирајућих жигова, иако је реч о сасвим различитој публици у односу на ону која је у контакту са производима за које је регистрован старији жиг. Уколико је жиг јединствен, тј. када га нико други осим титулара не користи за обележавање било којих производа, утолико је већа дистинктивна моћ жига. Другим речима, посебно се мора испитати да ли је старији жиг јединствен или се приближава јединствености. Разводњавање, као и озбиљне опасности будућих оштећења, морају се утврдити на исти начин на који се утврђује и мисаона веза између жигова, а то значи узимајући у обзир све релевантне околности конкретног случаја. Те околности могу да буду: степен сличности међусобно супротстављених жигова; врста производа или услуга за које су регистровани међусобно супротстављени жигови, укључујући и степен сличности ових производа и услуга, као и меродавне прометне кругове; размера познатости старијег жига; степен дистинктивности старијег жига, и то како оригинарни, тако и онај који је стечен коришћењем; постојање опасности замене у промету. Ово проистиче из чињенице да ће се коришћењем млађег жига утолико пре, на нелојалан начин, оштетити дистинктивна моћ, уколико се непосредније и јаче старији жиг враћа у сећање на основу млађег жига.

Европски суд правде посебно истиче да старији жиг не мора да буде јединствен да би се могло доказати постојање таквог оштећења или озбиљне опасности од будућег оштећења. Наиме, и познати жигови, већ по дефиницији, поседују појачану дистинктивну моћ, која може бити стечена и коришћењем. Чак ни онда када познати старији жиг није јединствен, коришћење идентичног или сличног млађег жига може да буде подесно да ослаби дистинктивну моћ старијег жига. Уколико је старији жиг јединствен, разумљиво је да ће утолико пре коришћење истог или сличног млађег жига бити подобно да оштети његову дистинктивну моћ. Поред тога, већ се првим коришћењем идентичног или сличног млађег жига може проузроковати оштећење дистинктивне моћи старијег жига или настанак озбиљне опасности будућег оштећења.

За оштећење дистинктивне моћи старијег жига неопходно је доказати да се променио однос просечног купца производа за које је регистрован старији жиг, а као последица коришћења млађег жига. За оцену да ли се коришћењем млађег жига оштећује или може оштетити дистинктивна моћ старијег жига, без значаја је да ли титулар млађег жига стиче неку стварну привредну корист на основу дистинктивне моћи старијег жига.

Ставове Европског суда правде можемо сажети на следећи начин: коришћењем млађег жига може се оштетити дистинктивна моћ познатог старијег жига, чак и онда када старији жиг није јединствен; првим коришћењем млађег жига може се оштетити дистинктивна моћ старијег жига; коришћењем млађег жига оштећује се или се може оштетити дистинктивна моћ старијег жига, а као последица коришћења млађег жига, само онда када се променио однос просечног потрошача производа или услуга за које је регистрован старији жиг, или постоји озбиљна опасност за будућу промену оваквог односа.

V Закључак

Заштита против опасности од разводњавања чувених жигова настала је у немачкој судској пракси у настојању да се отклоне непотпуности и празнине које су постојале у ранијем праву о жигу. Ова заштита је била ограничена на веома мали број жигова који су достигли највиши степен познатости. Њен циљ је била заштита против оштећивања јединственог положаја чувеног жига. Међутим, сам појам јединствености није био прецизно одређен, као ни прометни кругови у којима жиг треба да буде познат у највећој могућој мери.

Насупрот томе, у новом европском праву заштита против опасности од разводњавања, тј. заштита против оштећивања дистинктивне моћи жига, пружа се познатим жиговима. Познати жиг, такође, нужно поседује дистинктивну моћ, па и у случају када није јединствен, коришћењем идентичног или сличног млађег жига може се ослабити дистинктивна моћ старијег жига. За разлику од ранијег права, појам познатог жига се данас не везује за процентуални степен познатости. Оваква заштита се пружа познатим жиговима, узимајући у обзир све релевантне околности конкретног случаја, као што су: степен сличности међусобно супротстављених жигова; врста производа или услуга за које су регистровани међусобно супротстављени жигови, укључујући и степен сличности ових производа и услуга, као и меродавне прометне кругове; размера познатости старијег жига; степен дистинктивности старијег жига, и то како оригинарни, тако и онај стечен коришћењем; постојање опасности замене у промету.

Генерално се може рећи да оштећивање дистинктивне моћи познатих жигова није већ само по себи довољно да се пружи заштита титулару жига. Неопходно је да коришћење којим се проузрокује оштећивање дистинктивне моћи буде нелојално и без оправдавајућег разлога. Не сме се, ипак, изгубити из вида чињеница да ће и у новом праву чувени жигови пре бити заштићени у поређењу са познатим.

Ksenija VLAŠKOVIĆ

PhD Student at the Faculty of Law, University of Kragujevac

THE NEW CONCEPT OF PROTECTION AGAINST DANGER OF TRADEMARK DILUTION

Summary

Protection against danger of trademark dilution is a specific form of trademark protection. Within the classic concept, protection against danger of dilution was offered to few trademarks, under the condition that they had acquired the status of being well known. By adopting the Directive 89/104/EEC, a new model of trademark content and action was designed, which represents a compromise and is a result of the endeavor to find some sort of balance between different solutions in national legislations of member states. In this light the question of protection against danger of dilution is investigated.

Key words: *dilution, well known trademark, trademark unity, call to mind, famous trademark, distinctiveness.*

Андреа РАДОЊАНИН

студент докторских студија на Универзитету у Нотингему,
Велика Британија

адвокат сарадник у канцеларији

Моравчевић, Војновић и партнери ОАД, Београд

„ЧИЈА ЈЕ ОВО ПЕСМА?“*: МОГУЋНОСТ ЗАШТИТЕ ФОЛКЛОРНЕ МУЗИКЕ СА БАЛКАНА

Резиме

Пишање адекватне заштитне фолклора од неконтролисаних комерцијализација привлачи пажњу стручњака и предмет је интересовања правника већ деценијама. И док су многе земље широм света имплементирале механизме заштитне фолклора у своја законодавства и усвојиле различита нормативна решења којима се, у мањој или већој мери, омогућава очување и заштитна фолклора, на Балкану је овај процес још увек на самом почетку. Имајући у виду специфичне околности везане за регион Балкана, овај чланак ће укратко испитати могућности заштитне фолклорне музике са Балкана. У том погледу, прво ће бити изложене крајње информације о региону Балкана и јединственим околностима везаним за њега. Након тога, биће анализиран тренутни статус фолклора на Балкану кроз прећед правне регулативе различитих земаља. Коначно, биће сумирана остворена питања и проблеми везани за заштитну фолклорне музике са Балкана и даће смернице за даље истраживање правног оквира у циљу одговарајуће заштитне и могућих решења.

Кључне речи: фолклор, право интелектуалне својине, ауторско право, sui generis право, Балкан, фолклорна музика.

* Наслов истоименог документарног филма режисера Адела Пеева.

I Увод

Фолклор, као специфичан сегмент уметничког наслеђа, представља један од конститутивних елемената културног идентитета сваке заједнице. Као такав, он је већ годинама регулисан кроз норме о заштити културних добара и заштити људских права чији је циљ очување и заштита културне баштине.

Међутим, све учесталија пракса копирања и комерцијалног искориштавања различитих облика фолклора отворила је питање потребе и могућности заштите фолклора кроз право интелектуалне својине. Примери искориштавања фолклора постоје свуда око нас – звуци фолклорне музике се мешају са техно-хаус ритмовима да би се створили *world music* албуми који се продају у хиљадама тиража; масовно се производе занатски производи који се туристима продају као „аутентични“ и „традиционални“; патентирају се процеси израде традиционалних музичких инструмената или традиционални биљни лекови; племенска имена и речи се региструју као жигови у комерцијалне сврхе;¹ традиционални симболи се комерцијализују – на пример, актуелна је тужба Маора против *Warner Bros* компаније због традиционалне Маори тетоваже која се појављује на лицу главног глумца у филму *Hangover*.²

Све ово, подстакло је одређене традиционалне заједнице (*indigenous communities*) чији је фолклор био најизложенији копирању да покрену питање заштите фолклора. Иако је питање потекло од њих, фолклор је врло брзо стекао велику пажњу и прерастао у међународни проблем који је последњих пет деценија био предмет интересовања различитих локалних, регионалних и међународних владиних и невладиних група, међу којима Светска организација за заштиту интелектуалне својине (*WIPO*) у последње време има најактивнију улогу. Поред анализе могућности заштите фолклора кроз људска права и законе о заштити културних добара, стручњаци су се углавном оријентисали на испитивање адекватности права интелектуалне својине и могућности проширења или прилагођавања ове области права у циљу заштите фолклора. Постављање фолклора у фокус права интелектуалне својине не изненађује – фолклор настаје у уметничком домену и због тога носи одређени степен сличности са ауторским делима. Највећи део фолклора појављује се у формама које одговарају класичним категоријама ауторског права – на пример музика, плес, приче итд. Фолклор је, као и ауторска дела или други облици који су предмет заштите права интеле-

1 На пример, називи племена Северноамеричких Индијанаца у аутомобилској индустрији (*Jeep Cherokee, Pontiac cars, Sioux Industries*).

2 За више детаља, видети на пример *WIPO Booklet on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore*, доступан на адреси: http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/tk/913/wipo_pub_913.pdf (11.4.2014).

лектуалне својине, изложен недостојном коришћењу, изменама и преградама, копирању и економском искориштавању. Коначно, случајеви комерцијалног искориштавања фолклора указују на то да се таквим поступањем повређују два аспекта фолклора – економски и морални. Иако не постоје тачни подаци, евидентно је да се умножавањем и преградом дела фолклора сваке године генерише огроман профит, ипак, заједницама из којих тај фолклор потиче, најчешће се не враћа ни најмањи део тако остварене зараде. Такође, аутори често у потпуности копирају фолклор и продају га као своја лична дела, без навођења имена заједнице из које потиче.

Током протеклих деценија откако су тема фолклора и проблем његове адекватне правне заштите први пут покренути у оквиру међународне заједнице, много је, без сумње, урађено у овој области. Као резултат дугогодишњег истраживања овог проблема, многе земље су измениле своје постојеће законе у области заштите интелектуалне својине или донеле посебне нове *sui generis* законе са циљем регулисања управо ове материје. На Балкану, међутим, овај процес је још увек на почетку. Сасвим сигурно, то се не може приписати оскудном фолклорном наслеђу у балканским земљама, напротив, регион Балкана је чувен по свом импресивном фолклорном опусу. Ипак, чини се да још увек не постоји шира свест о потреби свеобухватне заштите тог наслеђа.

Као резултат тога, балкански фолклор, а нарочито фолклорна музика, веома често се користе у комерцијалне сврхе без икаквог уважавања заједница из којих потичу. У околностима растућег интересовања за етно и амбијенталну музику, мелодије из различитих делова Балкана су постале нарочито популарне широм света³ – народна музика са Балкана се тренутно користи као отворена ризница из којих многи узимају без навођења одакле узимају или чак, парадоксално, уз стварање увредљиве слике заједница из којих те мелодије потичу.

Док се фолклорне мелодије са Балкана копирају, мешају са другим звуцима и даље продају ради генерисања значајног профита,⁴ што

3 Мирјана Лаушевић, професор етномузикологије на Универзитету Минесота, посветила је године истраживању фасцинације балканским фолклором у САД, посебно музиком и плесом. У својој књизи *Balkan Fascination: Creating an Alternative Music Culture in America* она описује како је пронашла „дугу листу часописа, књига и издања из целе Северне Америке који се баве фолклором (*Viltis, The Folk Dancer, Traditions, Ontario Folk Dancer, Folk Dance in Baton Rouge, Balkan Tunes and Kef Times*), приручника за плес и музику, песмарица, наставних планова, снимака и записа, бележака, постера, флајера, фотографија, неколико необјављених радова и Мастер теза и веб страницама о разним балканским фолклорним и музичким групама“. Видети: Мирјана Лаушевић, *Balkan Fascination: Creating an Alternative Music Culture in America*, Њујорк, 2007, стр. 9.

4 У поглављу о ирској традиционалној музици, *Seán Ó Nualláin* је забележио начин на које је група ирских и ирско-америчких музичара продала келтско-балкански

раде и домаћи⁵ и страни⁶ уметници и то готово увек без навођења порекла копираних песама, правни статус фолклора на Балкану и даље је неуједначен. Заштита значајно варира од земље до земље. У неким земљама Балкана, фолклор није заштићен у оквиру права интелектуалне својине иако одређени, ограничени степен заштите постоји кроз законе о заштити културног наслеђа. У другим земљама, поједини аспекти фолклора су регулисани кроз механизме права интелектуалне својине, иако веома оскудно и некомплетно.

Имајући у виду наведено, овај чланак ће укратко испитати могућности заштите фолклорне музике са Балкана. У том погледу, прво ће бити изложене кратке информације о региону Балкана и специфичним околностима везаним за исти. Након тога, биће анализиран тренутни статус фолклора на Балкану кроз преглед правне регулативе различитих земаља. На самом крају биће сумирана отворена питања и проблеми везани за заштиту балканског фолклора и дате смернице за даље прилагођавање правног оквира у циљу адекватне заштите и оперативних решења.

II Статус фолклорне музике са Балкана

1. Балкан

Регион познат под заједничким именом Балкан је полуострво на југоистоку Европе. Историјски, Балкан је био стратешки постављени као раскрсници између Азије, Африке и Европе, између Истока и Запада, између латинског и грчког дела Римског царства, између православља

музичку фузију и постала „милионер од експлоатације балканске музике“ – виде ти Seán Ó Nualláin, „On Tonality in Irish traditional Music“, у: Mc Kevitt, Ó Nualláin, Mulvihill (уредници), *Language, Vision, and Music: Selected Papers from the 8th International Workshop on the Cognitive Science of Natural Language Processing*, Galway, Ireland, 1999, Vol. 35, Amsterdam, 2002, стр. 304.

- 5 Примери су многобројни – можда најпознатији је пример Горана Бреговића који је већи део свог стваралачког опуса базирао на фолклорној музици са Балкана. Поред случајева где је Бреговићу балканска музика служила као инспирација, бројни су и примери у којима је у потпуности копирао мелодије балканских фолклорних песама и продао их као своје (на пример, албум за француски филм „Краљица Марго“ садржи више у потпуности копираних балканских народних песама испод којих је потписан Бреговић).
- 6 И примери страних аутора су изузетно бројни – постоји велики број компилација етно музике на којима се налазе балканске мелодије. На пример, познати уметник *Peter Gabriel* и група *Deep Forest* су снимили песму „*While the Earth Sleeps*“ која у потпуности инкорпорише мелодију и текст македонске народне песме „Да ли знаеш мила мајко“ и продали је за филм „*Strange days*“ као своју.

и католичанства, између хришћанства и ислама.⁷ Био је колевка различитих цивилизација и култура током векова, као што су трачка, илирска, римска, келтска, германска, хеленска и словенска култура. Сви ови народи су оставили своје трагове и утицали на идентитет и културу данашњег Балкана. Регион Балкана је константно био изложен миграцијама нових народа који су потискивали старије становнике – ефекат који је створио чувени „етнички мозаик“ Балкана у коме различите националне и културне групе живе у непосредној близини.⁸ Историја Балкана је историја креативне размене између група људи који припадају различитим цивилизацијама и културама које су насељавали овај регион. Као резултат тога, Балкан данас чине многобројне различите традиције, националности, језици, религије и обичаји, што резултира веома сложеним и јединственим регионом.⁹

2. Фолклорна музика са Балкана

Етномузиколошка истраживања показују да због свог положаја, Балкан представља тачку мешања различитих музичких и културних традиција и наслеђа прошлих векова. Тако је могуће идентификовати значајан утицај Отоманске империје и њене високо развијене класичне музике, турске народне музике, као и лутајућих музичара који су током путовања из Индије на запад купили много различитих стилова. Доминантан је и утицај секуларне византијске музике са својом комплексном структуром тонова и богатом традицијом. Сви ови различити утицаји испреплетени су на разбоју балканске историје и као резултат дају јединствену музичку традицију коју често карактерише непаран ритам.¹⁰

Управо из овог разлога, овај чланак говори о „фолклорној музици Балкана“ а не појединачно о фолклорној музици Бугарске, Хрватске, Босне и Херцеговине, Србије, Црне Горе, Албаније, Македоније, Грчке или европске Турске. Иако је данас могуће повући линије између индивидуалних балканских држава, ситуација је много комплекснија када

7 Уопштено о историји Балкана: Барбара Јелавич, *History of the Balkans: Eighteenth and Nineteenth Centuries*, Кембриџ, 1983; Clissold (уредник), *A short history of Yugoslavia: from early times to 1966*, Кембриџ, 1966; Mazower, *The Balkans: a short history*, Њујорк, 2000; Hall, *The Modern Balkans: A History*, Лондон, 2012.

8 L. S. Bahr, B. Johnston, L. A. Bloomfield, *Collier's encyclopaedia: with bibliography and index*, Vol. 3, Њујорк, 1993, стр. 484.

9 Wachtel, *The Balkans in world history*, Оксфорд, 2008.

10 Никола Георгиевски. *Vlatko Stefanovski and Miroslav Tadic featuring Teodosii Spasov: Treta Majka: An Extended Analysis*, на <http://www.allaboutjazz.com/php/article.php?id=15560#.UtVBy9Ia27o> (11.4.2014).

се ради о балканској култури а нарочито народној музици, где је готово немогуће одмрсити шта коме припада и одакле је потекло. Упркос различитости народа и култура који га насељавају, Балкан дели исти културни оквир и различите културе које га настањују се међусобно преплићу до те мере да је често немогуће одвојити једну од друге.

Ово је врло живописно приказано на примеру песме „Русе косе имаш“. 1973. бугарски етнограф Рајна Катсарова објавила је исцрпан чланак који документује необично кретање турске песме „*Oskiidara gider iken*“ (на путу за Ускудар) кроз различите балканске локалитете током касног деветнаестог и почетком двадесетог века.¹¹ Катсарова је нашла да су у сваком од ових места где се мелодија појављује, локални музичари прилагодили текст песме да одговара локалним сензибилитетима, замењујући оригиналну турску верзију новим речима. Иако је истраживала порекло песме, Катсарова није могла да открије где се песма први пут појавила и какав је пут којима је кружила широм Балкана. Пратећи траг песме, Катсарова закључује да је нерешива мистерија којим правцем циркулише културна размена између балканских заједница. Што се тиче српске и бугарске верзије песме („Русе косе имаш“), она каже: „Одакле је дошла? Ко је од кога узео? Да ли смо је ми преузели од Срба или они од нас? Размена песама између две земље постојала је годинама услед слободног кретања и мешања људи због одсуства граница – права културна размена.“

Истражујући даље на темељу онога што је урадила Катсарова, бугарски редитељ и режисер Адела Пеева је снимила документарни филм под називом „Чија је ово песма?“¹² У потрази за пореклом песме, у свом документарцу Пеева креће на путовање по Балкану. Њен филм открива седам једнаких верзија исте мелодије у седам различитих балканских земаља од који се свака пева са различитим текстом – као лирска песма, верска химна или чак као војни марш. Наравно, у свакој земљи у којој је Пеева спровела интервјуе, људи су тврдили и веровали да песма потиче управо из њихове културе.

Док је превише комплексно ући у траг коренима ове песме, чини се подједнако немогуће пратити различите токове којима је била про-

11 Аутор је имао увид у репринт овог чланка у: Donna Buchanan „Oh, Those Turks! Music, Politics and Interculturality in the Balkans and Beyond“, у: Donna Buchanan (уредник), *Balkan popular culture and the Ottoman Ecumene: music, image, and regional political discourse*, Торонто, 2007.

12 У филму Пеева објашњава: „Била сам у малом ресторану у Истанбулу где сам вечерала са групом пријатеља различитих националности – један Грк, један Македонац, Турчин, Србин и ја – Бугарка. Тада смо чули песму... Ја сам је знала од када сам била мала девојчица као бугарску народну песме. Чим смо је чули, свако од нас је почео да пева, свако на свом језику наравно. Свако од нас је тврдио да песма потиче управо из његове земље и у једном тренутку нашли смо се у страственој дебати – чија је ово песма?!“

ширена и наставља да се и даље шири широм света. Етно-музиколог *Donna Buchanan* у својој књизи „*Balkan Popular Culture and the Ottoman Ecumene Music: Image, and Regional Political Discourse*“ проналази бројне верзије и снимке ове песме у, на пример, Аустралији,¹³ Блиском истоку¹⁴ и САД.¹⁵

Наведени пример песме „Русе косе имаш“ ни у ком случају није једини пример мешања балканске музике али је посебно илустративан јер из њега врло јасно види колико су специфичне и јединствене околности везане за балкански регион, што даље може имати значајан утицај на могућности заштите балканског фолклора, као што ће бити приказано даље у овом чланку.

3. Преглед релевантних прописа на снази у државама Балкана

Након кратког фактичког, историјског и етно-музиколошког прегледа Балкана, неопходно је укратко анализирати нормативни статус фолклора уопште, а сходно томе фолклорне музике, у различитим земљама Балкана. Наиме, оно што са правне тачке гледишта значајно компликује било какве изгледе за заштиту фолклора на Балкану јесте неуједначени правни статус фолклора у различитим земљама Балкана. Преглед постојећег законодавства на Балкану открива огромну разноликост, како са нормативног тако и са практичног аспекта.

Закони неких земаља, попут Бугарске, изричито прописују да фолклор није обухваћен ауторскоправном заштитом. Према бугарском Закону о ауторском и сродним правима,¹⁶ фолклор није предмет ауторског права. Бугарски законодавци заузели су став да ауторско право не може да штити фолклор пошто фолклор нема аутора и нема време трајања јер најчешће не постоји референтна тачка у прошлости за коју га је могуће везати.¹⁷ Стога члан 4(3) бугарског Закона о ауторском и

13 *Buchanan* је нашла да ову песму пева исламски извођач кога прати аустралијски оркестар, користећи текст на арапском из 13 века.

14 *Buchanan* наводи да је етно-музиколог *Ali Jihad Racy* научио ову песму на свом матерњем либанском језику и да верује да је мелодија путовала у арапске земље из Отоманског царства.

15 *Buchanan* наводи да је 1957 египатски имигрант и композитор *Muhammadal-Bakkar* снимео познату верзију песме *Yia banat Iskandaria* са његовим „Оријенталним ансамблом“, чиме је песма популаризована међу Арапима, Турцима, Јерменија и Грцима у САД.

16 Бугарски Закон о ауторском и сродним правима (*Закон за авторскојто право и сродније му право; Службени гласник*, бр. 56/1993, 63/1994, I 0/1 998, 281/2000, 77/2002).

17 WIPO International Conference on Intellectual Property, The Internet, Electronic Commerce and Traditional Knowledge, Sofia, 29–30 May 2001, doc WIPO/ECTK/SOF/01/3.7.

сродним правима као општи принцип наводи да се „дела фолклора не сматрају предметом ауторских права“.

Друге земље, попут Србије, нису експлицитно искључиле фолклор са листе дела која се штите ауторским правом, али нису предвиделе ни одредбе којима се фолклор директно штити, чиме се у суштини добија исти ефекат као у Бугарској. Српски Закон о ауторском и сродним правима¹⁸ садржи само једну одредбу која се директно односи на фолклор. Члан 2(2)(3) прописује да се, између осталог, дела који потичу из фолклора сматрају ауторским делима. Без обзира на одређене непрецизности и нејасноће у формулацији наведеног члана, евидентно је да је намера законодавца била да се кроз механизам ауторских права обезбеди само заштиту обрада, аранжмана и адаптација фолклора који испуњавају опште услове за заштиту.

Конечно, неке земље, као на пример Хрватска и Македонија, у оквиру својих закона о ауторским правима усвојиле су одредбе која би се могле окарактерисати као *sui generis* модел заштите фолклора, којим су регулисале различите аспекте – моралне или економске – експлоатације фолклора.

Члан 8(3) хрватског Закона о ауторском и сродним правима¹⁹ прописује да „народне књижевне и уметничке творевине“ у свом изворном облику нису предмет ауторског права. Међутим, за јавно саопштавање оваквих творевина плаћа се накнада, а ова накнада је једнака оној која се плаћа за саопштавање јавности заштићених ауторских дела. Накнада представља приход државе и користи се за подстицај и развој уметничког и културног стваралаштва претежно некомерцијалне природе и културне разноликости на одговарајућем уметничком и културном подручју. Врсте комерцијалне употребе који су предмет плаћања накнаде позајмљени су из класичног ауторског права и укључују све облике саопштавања дела јавности. Хрватско законско решење указује на очигледан утицај *WIPO sui generis* легислативе кроз усвајање *Domaine Public Payant* система.

Можда најсвеобухватнији приступ заштити фолклора чини се да су усвојили македонски законодавци. Прво, македонски Устав²⁰ гарантује заштиту генетских ресурса и фолклора кроз члан 56 који прописује да „сви природни ресурси Републике Македоније, флора и фауна, добра у општој употреби, као и објекти и добра од посебног културног и историјског значаја, представљају добра од општег интереса

18 Српски Закон о ауторском и сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012).

19 Хрватски Закон о ауторском праву и сродним правима (*Народне новине*, бр. 167/2003, 79/2007, 80/2011, 141/2013).

20 Македонски Устав (*Службен весник на РМ*, бр. 52/1991).

за Републику и уживају посебну заштиту. Република гарантује заштиту, промоцију и унапређење историјског и уметничког наслеђа македонског народа и националности, без обзира на њихов правни статус...“

Друго, члан 53 македонског Закона о ауторском и сродним правима²¹ успоставља као опште правило да „се дела из народног стваралаштва“ могу слободно користити. Према томе, употреба фолклора, па и народне музике је у принципу слободна и бесплатна. Овај режим важи за све врсте употребе народне музике – репродукцију, дистрибуцију, објављивање, јавне наступе, за емитовање и даље обраде и прераде итд. Међутим, исти члан уводи један рестриктиван услов – дело народног стваралаштва може слободно да се користи уз обавезно навођење извора и порекла тог дела, и уз обавезу да се користи „на достојан начин и без сакаћења“. За остваривање права наведених у овом члану, Закон прописује надлежност јавне и научне установе – Институт за Фолклор „Марко Цепенков“ из Скопља. Ако се дела из народног стваралаштва користе супротно условима из члана 53, Закон предвиђа казне и мере заштите – новчане казне, забрану активности за период до две године и одузимање примерака дела насталих повредом Закона.

Треће, македонски Кривични законик²² у члановима 264–267 предвиђа оштре санкције за кривична дела против културних споменика, архивске грађе и природних реткости. Коначно, члан 68(2) македонског Царинског закона²³ уводи заштиту традиционалног знања и фолклора у вези са културним наслеђем уметничке, историјске, археолошке, етнолошке или техничке вредности.

Упркос разноликости нормативних решења, чини се све балканске земље деле неколико заједничких карактеристика. Анализа чињеничног стања указује на то да значај фолклора и потреба да се обезбеди одговарајући правни оквир за његову заштиту нису питања која уживају велику пажњу на Балкану, што резултира веома оскудним и непотпуним правним решењима. Ово се може приписати неповољним економским и социјалним приликама на Балкану и бројним политичким, финансијским и другим проблемима који су неминовно у фокусу пажње.

21 Македонски Закон о ауторском праву и сродним правима (*Закон за авторското право и сродните права*; *Службен весник на РМ*, бр. 115/2010, 140/2010, 51/2011, 147/2013).

22 Македонски Кривични законик (*Кривичен законик*; *Службен весник на РМ*, бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014).

23 Македонски Царински закон (*Службен весник на РМ*, бр. 39/2005, 4/2008, 48/2010, 158/2010, 44/2011, 53/2011, 11/2012, 171/2012, 187/2013).

Осим тога, већина земаља обезбеђује само посредан тип заштите, кроз законе о заштити културних добара. Оне земље које ипак директно регулишу употребе народне музике, као што су Македонија и Хрватска, раде то само делимично и непотпуно. Ниједна од земаља, није донела посебан закон или бар комплетан низ одредби чији би предмет био директна заштита фолклора. Уместо тога, земље пружају ограничену заштиту кроз комбинацију закона о ауторским правима и закона о заштити културних добара. Практична ефикасност постојеће правне заштите фолклора је тако под знаком питања јер системи успостављају само делимичну заштиту.

III Последице

Непотпуна законска регулатива на Балкану, одсуство свеобухватних, јавних регистара фолклора и изнад свега, недостатак координације релевантних одредаба о заштити фолклора у различитим земљама Балкана, могу за ефекат имати неке врло негативне последице. Један недавни пример илуструје ово посебно сликовито.

Tyler Bates, композитор музике за филм „300“ искористио је елементе народне песме „Зајди, зајди“ у једној од главних музичких тема филма – тачније у песми „*Message for the Queen*“.²⁴ Сличност између две песме је очигледна и може се закључити да је *Bates* копирао народну мелодију.²⁵

Мотиви из „Зајди, зајди“ су веома чести у народним песмама и текстовима поема широм Македоније,²⁶ Бугарске²⁷ и у одређеној мери Србије.²⁸ Песму категорично присвајају Македонија и Бугарска.

24 Песма „*Message for the Queen*“ може да се чује овде: <http://www.youtube.com/watch?v=p-Uxqt1Hai4>. Различите верзије народне песме „Зајди зајди“ могу да се чују овде: <http://www.youtube.com/watch?v=jqMWYahVEc8> и <http://www.youtube.com/watch?v=mbo8JqMjSGI>, рок обрада овде: <http://www.youtube.com/watch?v=LMu3NxCa4uw> а џез обрада овде: http://www.youtube.com/watch?v=_r30nVLLAg0.

25 Посебно имајући у виду да ово није једина ствар коју је *Bates* копирао, *Warner Bros Pictures* издали су званично саопштење на веб страници филма „300“ у коме кажу да „*a number of the music cues for the score of “300” were, without our knowledge or participation, derived from music composed by Academy Award winning composer Elliot Goldenthal for the motion picture “Titus.” Warner Bros. Pictures has great respect for Elliot, our longtime collaborator, and is pleased to have amicably resolved this matter.*“ – видети <http://www.warnerbros.co.uk/300/> (11.4.2014).

26 Коста Пенушлиски, *Македонски народни балади*, 1983.

27 *Sbornik za narodni umotvoreniia, Bŭlgarska akademiia na naukite*, Vol. 50, 1963, стр. 145; М. Беновска-Събкова, *Българска народна поезия и проза в сегем тома*, Т. V. Любовни песни. Варна: LiterNet, 2005.

28 Влаховић, *Народне џесме и шире у околини Бујановца*, 1980, стр. 188.

У Македонији, ова песма има статус ауторског дела и сматра се да ју је написао и компоновао Александар Сариевски, познати македонски извођач народних песама. Иако је Сариевски компоновао мелодију у стилу старе народне песме, он је и сам признао да су стихови „Зајди, зајди“ прилагођени из другог извора, рекавши: „песма „Зајди, зајди, јасно сонце“ настала је из народне песме „Чернеј, горо, чернеј, сестро“. Слушајући ту песму и повремено је певушећи, дошао сам на идеју да направим нешто слично у погледу садржаја, али са потпуно другачијом мелодијом. Тако сам постепено почео да певам песму која је убрзо постала веома популарна свуда где сам је певао. Сваки пут кад бих негде путовао, сви присутни су од мене очекивали да је певам.“²⁹ У време када је Сариевски стварао, одсуство регистара народне музике омогућило је многим уметницима у Македонији да заштите народне песме као своја дела. Знајући ово, упитно је да ли је „Зајди, зајди“ заиста творевина Сариевског или је он некада чуо негде као народну песму и касније снимиио као своју. Како год било, „Зајди, зајди“ у Македонији има статус ауторског дела које ужива заштиту.

Међутим, у Бугарској, иста песма се сматра народном песмом. Текст песме је донекле сличан тексту из збирке народних песама које је Луибен Каравелов објавио 1878.³⁰: „Слѣнце јрко, слѣнце свейло, зајди, йомрачи са; а йи, ясна месечинко, бяйаи, удави са!“ Сходно томе, бугарски етнолог Николај Кауфман тврди да песма је бугарска народна песма, док један други етнолог, Георги Краев наводи да песма припада традицији балканских кафанских песама.³¹

Без даљег улажења у увек актуелну, острашћену дебату да ли је „Зајди, зајди“ македонска или бугарска песма, јер тај Гордијев чвор тешко може бити размршен у једном чланку, довољно је знати да се ова песма пева и изводи и у Македонији и у Бугарској и да је можда једна од најпознатијих на Балкану.

Након што је приказан филм „300“, наследници покојног Сариевског најавили су да ће поднети тужбу против композитора *Tyler Batesa*.³² Како су пренеле локалне новине, македонски Завод за интелектуалну својину је спровео вештачење песме „*Message for the Queen*“ и утврдио да постоје елементи повреде ауторског права. Међутим, обзиром на

29 Тодевски, *Ог Галичник до лејенда*, Скопје, 2003.

30 Моллов, *Нова йеснойојка. Народни йесни и сйихойтворения. Сьсйй. Любен Каравелов*, Варна, 2006.

31 Интервју „Коме припада Зајди зајди“ објављен у бугарским новинама „Политика“, види: <http://politika.bg/article?id=6366> (11.4.2014).

32 Ови подаци су прикупљени из новинских чланака, телевизијских прилога и интернет извора, видети на пример: <http://vecer.mk/default.asp?ItemID=982601FE29BE5F498F0012B365492DCA> (11.4.2014).

то да се ова песма пева и у Бугарској, према једном интернет извору, *Bates* је тврдио да је он користио мотиве из бугарске народне песме, а не македонске.³³ Можда знајући да бугарско законодавство не регулише коришћење народне музике, *Bates* је могао да користи бугарску мелодију без ограничења. У овом тренутку, нема података да ли овај случај заиста стигао на суд, али било би занимљиво испратити поступак у случају да до њега дође.

Важно је напоменути да би, чак и да „Зајди, зајди“ није имала статус ауторског дела у Македонији, исход по свему судећи био исти. Македонски Закон о ауторском и сродним правима предвиђа обавезу навођења извора народне песме која се користи, а обзиром на то да он није навео никакав извор, македонски или бугарски, *Bates* би опет могао да тврди да је користио бугарску песму, упркос чињеници да се у стварности ради о *истиој њесми*.

IV Решења?

Имајући у виду специфичне културне и историјске околности које постоје на Балкану и дугогодишње мешање култура, поставља се питање шта би могло да буде решење за заштиту балканског фолклора и фолклорне музике.

Иницијална дилема везана за заштиту фолклора тиче се одређивања адекватног теоретског основа – да ли исти треба да буде у оквиру права интелектуалне својине или неког другог права. Након година истраживања и различите аргументације, сада је већ широко прихваћено да фолклор уопште, а самим тим и фолклорна музика, представља манифестацију интелектуалне креативности те да би сходно томе требало да буде заштићен у оквиру права интелектуалне својине. Током година, под окриљем *WIPO*, различита нормативна решења су анализирана и тестирана. Паралелно уз истраживање могућности заштите фолклора кроз постојеће законе о заштити интелектуалне својине, стручњаци из *WIPO* су радили на стварању посебног *sui generis* система заштите који треба да буде довољно близак постојећим категоријама права интелектуалне својине да би могао да искористи опште принципе ове области,

33 Видети одговор *Bates*-а на тврдње да је користио македонску мелодију: „*The music cue from “300” is inspired by folk music of Bulgaria and the Ukraine as well as Macedonia. The vocal melodies are Bulgarian, the orchestra and choir is unlike anything I have heard in Macedonian music altogether. The ornaments that signify Macedonian music are not present in the cue from “300”, That said, as an artist, I would never steal another artists’ music. All of the music that that inspired “Message For The Queen” was of public domain*“ – на <http://on.net.mk/zabava/muzika-zabava/istraga-300-na-avtorot-mu-e-smeshano-vo-glavata>.

а опет, довољно прилагођен специфичним одликама фолклора.³⁴ Током година рада, предложени су бројни модели и нацрти *sui generis* закона, чије одредбе су многе земље широм света инкорпорисале у своје национално законодавство.³⁵

И док, на пример, *WIPO sui generis* нацрт закони могу да служе као полазна тачка за прилагођавање закона других земаља, упитно је да ли ће бити исто тако адекватни и у случају Балкана имајући у виду специфичне околности везане за овај регион. Предложена правна решења би могла да осигурају основ за заштиту балканске фолклорне музике само уколико би били испуњени одређени претходни практични услови.

Прво, балканске земље би морале да закључе међудржавни споразум који би предвиђао метод за решавање међудржавних спорова о пореклу фолклорних песама. Иако слични споразуми постоје и функционишу у пракси,³⁶ чини се да је то у овом тренутку лепа али утопијска замисао, јер чак ни основни предуслов – свест о потреби регулисања и заштите фолклора – још увек није задовољен.

Друга опција, реалнија за сада, је регулисање само „моралног“ аспекта фолклора, као што је то урађено у Републици Македонији. То би помогло избегавању спорова између земаља, будући да овај услов може бити практично лако испуњен ако би се навело да одређена песма потиче, на пример, из „Македоније и/или Бугарске“. Овакве одредбе о заштити патернитета и интегритета фолклора могу се релативно лако унети у постојеће ауторскоправно законодавство, што се види на примеру Републике Македоније, а заједно са већ постојећом индиректном заштитом по основу других закона, могу представљати солидан основ за заштиту фолклорне музике са Балкана. Такво решење је посебно оправдано ако се има у виду да фолклор за заједнице из којих потиче има првенствено моралну, а не комерцијалну вредност, и да његова основна вредност почива на томе да се заједнице из којих потиче идентификују као његов извор. Сходно томе, пажња треба првенствено да буде окренута ка заштити овог аспекта фолклора.

34 „*Expressions of folklore constituting manifestations of intellectual creativity deserved to be protected in a manner inspired by the protection provided for intellectual productions, and that the protection of folklore had become indispensable as a means of promoting its further development, maintenance and dissemination*“ – видети WIPO Final Report on National Experiences with the Legal Protection of the Expressions of Folklore, 13–21 June 2002, WIPO/GRTKF/IC/3/10, 10.

35 На пример, одредбе Тунис модела закона су инкорпорисане у законе Алжира, Кенија, Руанде, Сенегала, Републике Конго, Обале Слоноваче, Туниса и Уругваја.

36 На пример *Banguui Agreement, Pacific Regional Model Framework* и *Andean Community* – види WIPO Final Report on National Experiences with the Legal Protection of the Expressions of Folklore, стр. 28.

Коначно, како би овај или било који други систем испунио своју практичну сврху, неопходно је усагласити законодавства у различитим земљама Балкана, барем у мери која би спречила ситуације попут оне са песмом „Зајди, зајди“. Такође, стварање једног заједничког и свеобухватног регистра балканске фолклорне музике је тежак али не и немогућ задатак који би у пракси изузетно олакшао ефикасну заштиту. Коначно, један од претходних услова је свакако подизање опште свести о значају фолклора на Балкану и потребе да се исти заштити.

V Закључак

Питање адекватне заштите фолклора од неконтролисане комерцијализације и неприкладне употребе заокупља пажњу стручњака и предмет је интересовања правника већ деценијама. И док су многе земље широм света прилагодиле своја законодавства потребама заштите фолклора и усвојила различита нормативна решења којима се, у мањој или већој мери, омогућава очување и заштита фолклора, на Балкану је овај процес још увек на самом почетку.

Анализа релевантних закона балканских земаља указује на то да су постојећа нормативна решења непотпуна и оскудна. То омогућава да се фолклор, а посебно фолклорна музика са Балкана копирају и продају за велике суме, без навођења имена заједнице из које потичу.

Имајући у виду специфичне околности везане за регион Балкана, неопходно је увести координирани систем заштите моралних аспеката фолклора и фолклорне музике. Паралелно са тим, једнако је важно за функционисање овог система заштите, радити на испуњавању неопходних практичних предуслова, као што је подстицање активности у области прикупљања и регистрације фолклорне музике.

У противном, фолклорна музика са Балкана ће остати отворена ризница из које су многи узимали и узимају, без икаквог признавања и поштовања заједница које су извор и творци тог богатства.

Andrea RADONJANIN

PhD Student at the University of Nottingham, United Kingdom

Attorney at Law at Moravčević, Vojnović and Partners, OAD Belgrade

“WHOSE SONG IS THIS?”: THE POSSIBILITIES FOR PROTECTING BALKAN FOLK MUSIC

Summary

Over the past decades, the subject of folklore and the question of its legal protection from commercialisation and inappropriate utilization have acquired significant attention of legal experts. As a result, a number of countries have already adjusted their legislations by adopting different normative solutions and facilitating, to a certain degree, the preservation and protection of folklore. In the Balkans, however, this process is still at very early stages. Bearing in mind the specific and unique circumstances related to the Balkan region, this paper will shortly examine the possibilities of protecting the Balkan folk music. For that purpose, this paper will firstly sketch certain limited information on Balkan as a region and its particular environment. Further, the paper will provide analysis of the current normative status of Balkan folklore by examining the existing legislation in different Balkan countries. Finally, the paper will summarize the existing problems and questions related to the protection of folk music from the Balkans and provide further directions for adjusting the legal framework.

Key words: *folklore, intellectual property law, copyright, sui generis law, Balkans, Balkan folklore music.*

ПРИВРЕДНОПРАВНО ОКРУЖЕЊЕ

др Зоран Р. ТОМИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

УСТАВНА ДРЖАВА КАО ПРИВРЕДНИ РАМ: ПРОМЕНА УСТАВА СРБИЈЕ* – Неки елементи једне скице –

Резиме

Елементи за једну оствариву ревизију Устава Србије моћи би да обухвате: 1) преамбулу; 2) начело према коме је правни поредак јединствен; 3) људске слободе и права; 4) Народну банку; 5) положај народних посланика; 6) избор, положај и престанак мандата председника Републике; 7) нови парламентаризам; 8) државну управу; 9) независност судства; 10) положај јавног службеника; 11) Уставни суд; 12) АП Војводину; 13) Косово и Метохију; 14) процедуру промене Устава. Данас изгледа најмањим и најтежијом промена Устава, кроз одговарајуће уставне амандмане, нека целовита уставна реформа. Ово постојеће би уследила, дозрела тек приликом очекиване уласке Србије у Европску Унију, кроз неколико година. Генералне особине новог уставног оквира Србије могле би да буду: 1) савремен; 2) јединствен; 3) усклађен, 4) остварив; 5) грађанско-националан; 6) најпредан; 7) рационалан; 8) релевантно чврст и стабилан.

Кључне речи: Устав, амандман, преамбула, Косово, рационализовани парламентаризам, слободан посланички мандат, државна управа, независност судства, асиметрија територијалног уређења.

* 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).

I Увод

1. Устав и уставност, уставна питања. Вечне теме. Древан је и непобитан значај највишег државног документа: брана свакој и сва-чијој ауторитарности и темељ људских права, организације власти, економског уређења и територијалног устројства државе. Подлога и круна друштвених вредности и односа, право и политика амалгамисани и избалансирани. Но, устав ипак остаје пусти и пуки папир ако се не успоставе одговарајући уставни и политички оквири, одлучилачка воља, култура јавног мњења. Најпре, свеколике околности за уставни преображај. А када се нова конституција напише и усвоји – да се по њој поступа. И нормативно и фактички. Да буде реална, а унапређујућа. Да одражава јуристичку традицију домаћег тла, а да уједно садржи и савремене тонове. Легитимне и проверене. Слободарске, демократске. Избалансираност и ред. Или да уставни папир остане само провизоријум, како је у више наврата и било.

2. Уставна ситуација у Србији данас је, правно узев, у најмању руку „млака“. Мало је оних који озбиљно говоре о уставној реформи, још мање оних који верују да се новим уставом – као једним од потенцијалних замајаца – може допринети коренимом преображају земље. А најмање оних који нуде некакав иоле заокружен каталог елемента за нови устав Србије.

Устав Републике Србије из 2006. године тешко је окарактерисати, и јуче и данас, сводно другачије од – фасаде, паравана. Паравана за лоше законе, за јаке ванституцијалне утицаје, за надмоћ партијског над правним, чак и над политичким у оригинерном значењу. Фигуративно, актуелни Устав није баш тако лош акт – ни правно-технички, ни вредносно – колико је слаб, неподстицајан. Опет, тешко да је и могао да буде бољи у време када је наста(ја)о. На темељу натегнутог, тренутног страначко-парламентарног компромиса чији је био резултат. Проблематично је из садашње визуре разумети и одобрити да је главни разлог за донођење Устава Србије из 2006. године био сачувати Косово и Метохију на мапи Србије. Уставној и географској. Макар на конституционалној хартији, ако је већ тада постајало већини јасно да је оно фактички, реално територијално изгубљено.

3. Овај текст настоји да отвори озбиљну расправу о променама Устава Србије. Да маркира, назначи неке потенцијалне упоришне тачке, слабости постојећег Устава. Без иоле дубље анализе, али са неким предлозима и питањима. Поред осталог, као будући привредни рам. Јер, економска раван је ипак свакад егзистенцијална. Уз правне претпоставке извесности, сигурности, превидивости. Праћено неком регуларном

правдом за грађане, за привредна друштва, за предузетнике, за стране инвеститоре.

II Неке важније тачке уставних промена

Елементи за једну оствариву ревизију Устава Србије, можда чак и за њен нови устав, могли би да обухвате: 1) преамбулу; 2) начело према коме је правни поредак јединствен; 3) људске слободе и права; 4) Народну банку; 5) положај народних посланика; 6) избор, положај и престанак мандата председника Републике; 7) тип парламентаризма; 8) државну управу; 9) независност судства; 10) положај јавног тужилаштва; 11) Уставни суд; 12) АП Војводину; 13) Косово и Метохију; 14) процедуру промене Устава.

1. *Преамбула* Устава би морала да буде једноставнија и реалнија. Као необавезни увод у Устав, она би требало да потенцира традицију уставности у Србији, темељ њене државности, као и циљеве Устава са становишта вредности које уставотвотворац (и уставописац) усвајају, негују и у нормативном тексту устава операционализују (демократија, народна сувереност, једнакост грађана и сл.). У актуелном Уставу, Преамбула, поред осталог, три пута помиње покрајину Косово и Метохија (КИМ) „као саставни део Србије“, уз наглашавање обавеза државних органа у вези с тим. Дакако, Преамбула неће ни задржати ни „отерати“ Косово из Србије. Једноставно, уз сву деликатност ове проблематике, у преамбули га треба навести само међу коренима српске државности; без помињања актуелне ситуације, ни виртуелне, ни фактичке, ни у међународноправном смислу. Но, КИМ не треба прећутати: у тексту Устава ваља га упућујуће уредити (в. тачку 13 овога чланка).

2. Према начелној одредби Устава, „правни поредак је јединствен“.¹ Уставни суд у примени ових одредба настоји да цени и „законитост појединих закона“ њихову међусобну усклађеност са становишта јединства правног система.² При томе се појединим законима

1 Члан 4 став 1. Исто је наведено и у одредби става 1 члана 194.

2 Утврђује се да одредба члана 17 став 2 Закона о заштити права и слобода националних мањина (*Службени лист СРЈ*, бр. 11/02 и *Службени гласник РС*, бр. 72/09 – др. закон), у делу који гласи: „а може да оснива и посебне радио и телевизијске станице које би емитовале програме на језицима националних мањина“, није у сагласности са Уставом.

Из Образложења: Уставном суду је поднета иницијатива за покретање поступка за оцену уставности одредбе члана 17 став 2 Закона о заштити права и слобода националних мањина (*Службени лист СРЈ*, бр. 11/02 и *Службени гласник РС*, бр. 72/09), у делу који гласи: „а може да оснива и посебне радио и телевизијске станице које би емитовале програме на језицима националних мањина.“

даје квалификатив скоро „системских“ од којих одредбе других, такође меродавних у датој материји не смеју одступати. Посебно са становишта снижавања утврђених љуских слобода и права у одређеној области. Тако, примерице, посебни закони у погледу појединих управних области којима се одступа од норми Закона о општем управном поступку (ЗУП)³ морају да буду складу са основним начелима опште управне про-

У иницијативи се наводи да је оспорена одредба Закона у супротности са одредбама члана 4 став 1... Устава

...1) Посматрајући однос између Закона о радиодифузији којим се на системски начин уређује оснивање електронских медија и Закона о заштити права и слобода националних мањина којим се уређују права националних мањина, па и у домену информисања (посебно оспорени део одредбе члана 17 став 2 Закона о заштити права и слобода националних мањина којом се држави дају шира овлашћења у домену информисања националних мањина у односу на системски Закон о радиодифузији), поставља се питање да ли је повређено начело јединства правног поретка утврђено одредбом члана 4 став 1 Устава;...

...Иако се може оправдано стати на становиште да је Закон о заштити права и слобода националних мањина, условно речено, тзв. „системски закон“ у области заштите права и слобода националних мањина, самој оспореној законској одредби може се са правом, према оцени Уставног суда, одрећи системски карактер у делу одредбе која је овде оспорена јер она само начелно опредељује могуће поступање државе које се уређује законима из области медијског законодавства, што је у овом случају Закон о радиодифузији. Са друге стране, оспорена одредба Закона о заштити права и слобода националних мањина се не може са правом, према оцени Уставног суда, сагледавати ни као посебно правило – изузетак у односу на правила из Закона о радиодифузији. Наиме, да би одређени закон садржавао посебна правила и правне изузетке у односу на системске законе у одређеној области (што је у медијској сфери неспорно Закон о радиодифузији), законодавац са становишта Устава и правног поретка Републике Србије мора преиспитати у поступку прописивања тих посебних правила и правних изузетака испуњеност одређених предуслова. То је, пре свега, постојање оправдане потребе и легитимног циља на коме се заснива одступање од општих, системских правних правила у одређеним успостављеним друштвеним односима у конкретној области. Даље, прецизно се мора сагледати да ли се посебна правила и правни изузеци у потпуности ослањају на системска правила, тако да се у целини посматрано општа правила из системског закона могу несметано применити на сва питања која нису обухваћена и посебно уређена на изузетан, посебан начин. И на крају, мора се сагледати и да ли су посебна правила и правни изузеци у складу са Уставом и целокупним правним системом Републике Србије. Само на тај начин може се успоставити однос тзв. системских закона и тзв. посебних закона који уређују посебна правила и изузетке на начин који не угрожава јединство правног поретка, правну сигурност и остваривање Уставном зајамчених права и слобода...

...На основу изнетог, Уставни суд је утврдио да одредба члана 17 став 2 Закона о заштити права и слобода националних мањина, у оспореном делу који гласи: „а може да оснива и посебне радио и телевизијске станице које би емитовале програме на језицима националних мањина“, није у сагласности са Уставом (УСС, бр. ИУз – 27/2011).

3 По овлашћењу из члана 3 ЗУП-а.

цедуре. Наиме,⁴ „достигнути ниво људских и мањинских права не може се снижавати“. Међутим, можда је ипак боље, чистије и доследније у самом Уставу принципијелно навести потенцијалну дихотомију закона: поделу на оне системске и остале, „обичне“ законе.⁵ Тако да ови други

4 Према члану 20 став 2 Устава.

5 1. Утврђује се да одредбе члана 20 став 12 у делу који гласи: „и сматра се да је достављено странкама у поступку даном објављивања“ и члана 20 став 13 у делу који гласи: „односно објављивања у ‘Службеном гласнику Републике Србије Закона’, о експропријацији (Службени гласник РС, бр. 53/95, 23/01 и 20/09), нису у сагласности са Уставом и потврђеним међународним уговором...

Из Образложења: Решењем Уставног суда број ИУз-17/2011 од 31. октобра 2012. године, поводом поднете иницијативе, покренут је поступак за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговором одредаба члана 20 ст. 12 и 13 Закона о експропријацији (Службени гласник РС, бр. 53/95, 23/01 и 20/09). Доносећи наведено решење, Уставни суд је оценио да има основа за покретање поступка нормативне контроле наведених одредаба оспореног акта и да се као спорна могу поставити следећа уставноправна питања:...

– да ли је оспорена одредба члана 20 став 12 Закона у сагласности са начелом јединства правног поретка, утврђеним чланом 4 став 1 Устава, имајући у виду да уставно начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду поштовани и у посебним законима, па и у случају када је системским законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања...

Уставом Републике Србије утврђено је: да је правни поредак јединствен (члан 4 став 1);...

...Даље, у погледу начела јединства правног поретка из члана 4 став 1 Устава, Уставни суд најпре указује да правни поредак одражава своје јединство регулисањем друштвених односа тако што се обезбеђује да сви акти и све норме које га чине буду у складу и да дејствују у истом правцу, испуњавајући одговарајућу друштвену функцију – заштиту основних права и интереса појединца, са једне стране, односно друштва као целине, са друге стране. Сагласно наведеном, Уставни суд сматра да заштита јавног интереса не може бити обезбеђена на штету начела законитости (тј. неоснованог одступања од системских решења), које такође мора бити заштићено, не само на основу одредаба Закона о општем управном поступку, као системског закона из ове области, већ и на основу сваког посебног закона којим су регулисана питања управног поступка у областима друштвеног живота, која су предмет тог закона, у конкретном случају Закона о експропријацији.

Дакле, ако се посебним законом, односно у овом случају Законом о експропријацији, уведе специфичности којима се одступа од општих правила управног поступка, Уставни суд је оценио да се таквим решењима не може слабити (угрозити) положај једне стране у поступку и тиме довести у питање остварење заштите њених права у поступку, односно уводити неједнако поступање према странкама у поступку. Наиме, Уставни суд сматра да уколико се у одређеном управном поступку предвиде сва наведена одступања из Закона о општем управном поступку, тада се одређеним правним решењима мора обезбедити баланс којим би се предвиђена заштита правног интереса појединца, односно, у конкретном случају, власника непокретности и фактички могла остварити. С тим у вези, Уставни суд истиче да предвиђени начин доставе Владиног решења из оспорене одредбе Закона о експропријацији,

од оних првих у истој материји полазе, разрађују их, али не могу бити у супротности (или чак, строже, „морају да буду у сагласности“) са њима, односно са њиховим тачно наведеним одредбама – осим када је самим „основним законом“ другачије допуштено. Предложено би допринело конзистентности правног поретка, његовој хармонији.

3. Што се тиче материје *људских слобода и њива*, нарочито:

а) Прецизирати разлоге притвора, а плафон времена трајања притвора спустити (в. чл. 30–31 Устава). С тим у вези, проширити уставну материју на рачун законске, ради спречавања прешироког тумачења; не било сувишно ни уставно наређење исцрпног, свакад конкретизованог образложења.

б) Код права на правно средство (члан 36) – сада уставно изостављену делотворност *de constitutionae ferenda неизосијавно* подвући, у смислу члана 13 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (ЕКЉП).⁶ Иначе, „делотворним правним средством“ у

не омогућава власнику непокретности да се на примерен начин фактички (стварно) упозна са актом којим је посредно одлучено и о његовом правном интересу, како би квалитетно и у року могао сачинити поднесак, тј. тужбу, којом ће покренути управни спор и тако заштити свој интерес, на начин утврђен Уставом. Ово је, по оцени Суда, посебно битно и због тога што једном утврђен јавни интерес за експропријацију одређене непокретности, који није оспорен вођењем управног спора, представља неспорну чињеницу, која се не може побијати у другој фази поступка експропријације, када надлежни орган управе доноси решење о експропријацији конкретне непокретности и на које странка у поступку може уложити жалбу министарству надлежном за послове финансија.

...На основу свега наведеног, Уставни суд је оценио да оспорена одредба члана 20 став 12 Закона, у делу који гласи: „и сматра се да је достављено странкама у поступку даном објављивања“, није у сагласности са одредбама члана 4 став 1 члана 36 став 1 и члана 198 став 2 Устава, због нарушавања јединства правног поретка у области уређења управног поступка, због необезбеђивања једнаке заштита права странака у поступку и због повреде начела законитости управе, имајући у виду да је власнику непокретности у поступку преиспитивања решења о утврђивању јавног интереса, због прописаног начина доставе акта, умногоме отежан приступ суду за вођење управног спора... (УСС, бр. ИУз – 17/2011).

6 Њен члан 13 – *Право на делотворан њивни лек*. Тако, Уставни суд Србије у једној својој одлуци вели: „Одбацивањем жалбе због пропуштања да се утврди који је орган, у смислу закона, надлежан да одлучује о жалби странке, орган коме је жалба достављена ускраћује странци право на делотворан правни лек.“ *Из Образложења*: „Из списка предмета произлази да је тужени орган одбацио жалбу тужиље изјављену против решења Градске управе – Секретаријата за финансије – Управе јавних прихода града Београда – Сектора јавних прихода са подручја градских општина, Одељења Звездара број: И-02 434-1Ф/971/2010-022 од 11.4.2010. године, иако је у поуци о правном леку у првостепеном решењу наведено да се против тог решења може изјавити жалба Министарству финансија, Пореској управи – Регионалном центру Београд, у року од 15 дана од дана достављања решења, а преко Управе јавних прихода града Београда – Одељења Звездара. При том је своју одлуку засно-

сваком националном (унутрашњем) правном систему сматра се – према пракси Европског суда за заштиту људских права и основних слобода (ЕСЉП) – оно које је, кумулативно: а) „теоријски и практично било на располагању у релевантном тренутку“;⁷ б) „да постоји могућност да се подносиоцу представке обезбеди непосредно и брзо правно задовољење“ или пак да му се „пружи одговарајуће задовољење за закашњење које је

вао на одредбама члана 56 став 3 и 4 Закона о општем управном поступку, пошто је утврдио да није стварно надлежан да одлучује по жалби у овој правној ствари.

Одредбом члана 56 став 3 Закона о општем управном поступку је прописано да ако орган није надлежан за пријем поднеска, службено лице тог органа упозориће на то подносиоца и упутити га органу надлежном за пријем. Ако подносилац и поред тога захтева да се његов поднесак прими, службено лице је дужно да прими такав поднесак. Ако орган нађе да није надлежан за рад по таквом поднеску, донеће закључак којим ће одбацити поднесак због ненадлежности. Одредбом члана 56 став 4 истог Закона је прописано да кад орган поштом добије поднесак за чији пријем није надлежан, а несумњиво је који је орган надлежан за пријем, послаће поднесак без одлагања надлежном органу, односно суду и о томе ће обавестити странку. Ако орган који је добио поднесак не може да утврди који је орган надлежан за рад по поднеску, донеће без одлагања закључак којим ће одбацити поднесак због ненадлежности и закључак одмах доставити странци.

Код оваквог чињеничног и правног стања ствари Управни суд налази да је оспореним закључком повређен закон на штету тужиље, јер тужени орган, иако дужан, није утврдио који је орган надлежан да одлучи по жалби тужиље и њену жалбу није доставио надлежном органу. Ово посебно стога, што је надлежност за одлучивање у овој правној ствари прописана законом, а странка не сме да трпи штетне последице због непознавања закона од стране органа или пренебрегавања обавезе ненадлежног органа да утврди који је орган надлежан, да му достави жалбу и о томе обавести странку.

Тачно је да локална комунална такса за истицање фирме на пословном простору не представља порез нити споредно пореско давање, већ изворни приход јединице локалне самоуправе, у смислу одредбе члана 6 став 1 тачка 3 Закона о финансирању локалне самоуправе (*Службени гласник РС*, бр. 62/06), који, према члану 60 истог Закона, у целини утврђује, наплаћује и контролише јединица локалне самоуправе почев од 1.1.2007. године, те да Пореска управа није надлежна да одлучује по жалби у овој управној ствари као другостепени орган, али је према одредби члана 46 тачка 5 Закона о локалној самоуправи (*Службени гласник РС*, бр.129/2007) за одлучивање по жалби против решења којим је утврђена локална комунална такса надлежно да одлучује Општинско веће јединице локалне самоуправе, што је тужени орган пропустио да утврди. Поступајући на изложени начин, супротно законом утврђеној обавези да утврди који је орган надлежан да одлучује по жалби тужиље и да том органу достави жалбу, тужени орган је повредио закон на штету тужиље, јер јој је одбацивањем жалбе ускратио право на жалбу као делотворан правни лек, због чега је Управни суд тужбу уважио, оспорени закључак поништио и предмет вратио на поновни поступак, применом одредбе члана 40 став 2 у вези члана 42 став 1 Закона о управним споровима“ (Пресуда УС Србије, 9 У 31263/10 од 14.7.2011).

7 Тако у пресуди *Vernullo против Француске* од 20.2.1991, серија А, бр. 198, стр. 11–12, став 27 и у предмету *Dalia против Француске*, пресуда од 19.2.1998, „Извештаји 1998–1“, стр. 87–88, став 37.

већ претрпео“ у вези са разумношћу рока из члана 6 ЕКЉП-а,⁸ шире гледано – „да спречи повреду права која може да наступи, односно бар да спречи њено продужење, или да обезбеди одговарајуће обештећење за повреду која је већ наступила“.⁹ Све у свему, делотворност расположивог правног пута значи да подносиоцу осигурава разуман изглед на успех.¹⁰

в) У погледу *слободе јавној окуљања*,¹¹ меродавни закон – на темељу Устава – по правилу треба да уређује само начин, а не услове остваривања поједине слободе или права, у духу члана 18 Устава. Поглавито, у случајевима ограничења ове слободе, на подлози ЕКЉП, Устава и закона – обавезно је конкретно образложење сваке појединачне одлуке што Уставом мора да буде *explicite* утврђено, посебно стога што су тада у питању управни акти донети по слободној оцени надлежног органа.

г) *Mutatis mutandis*, сматрам да ограничење *слободе њредугезишишива*,¹² *de constitutionae ferenda*, треба свести на следећу формулу: „на начин предвиђен законом“, а ради заштите Уставом набројаних крунских интереса. Дакле, Устав мора да тачно наведе разлоге потенцијалног сужавања слободе предузетништва – зашто не и „слобода и права других“, аналогно ограничењу слободе јавног окупљања? – а одговарајућем закону остаје само да прецизира процедуру доношења припадајућег решења у сваком појединачном случају; опет, праћеног образложењем који се заснива на конкретном чињеничном материјалу и стандардима праксе ЕСЉП.

4. Независност, као битно и обавезно својство *Народне банке – централне банке, банке државе Србије* – није нашла место у Уставу приликом дефинисања њеног положаја.¹³ То не би требало да буде законска

8 Тако у пресуди *Илић њрошив Србије* од 9.10.2007. (представка бр. 30132/04), у књизи *Пресуде и одлуке Европској суда за људска њрава у њредметима њрошив Србије*, Београд, 2008, стр. 171.

9 *Kudla v. Poland*, 200, ст. 158, према Теа Горјанц-Прелевић, *Право на суђење у разумном року, Збирка изабраних њресуда Европској суда за људска њрава у случајевима њрошив Босне и Херцеговине, Македоније, Словеније и Србије*, Сарајево, 2009, стр. 43.

10 Тако у *Akdivar и остали њрошив Турске*, пресуда од 16.9.1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-IV*, пар. 68 – према И. Перин-Томичић, „Заштита права на суђење у разумном року у Републици Хрватској с особитим освртом на предмете који су у току“, *Зборник Правној факултетиши Свеучилишети у Ријеци*, бр. 2/2007, стр. 1355.

11 Члан 54 Устава.

12 Члан 83 став 2.

13 У питању је члан 95.

већ уставна материја; потоње има бројне импликације које се тичу улоге и ингеренција Народне банке.¹⁴

5. *Положај народних посланика* ваља у Уставу недвосмислено уредити: уместо прикривене уставноправне и политичке везаности посланика за сопствену политичку странку,¹⁵ неопходно је јасно утврдити да је *посланички мандај слободан* и да, следствено томе, он може њиме несметано политички располагати. Па и вратити га странци на чији је предлог изабран за народног посланика – и то безусловно, на начин предвиђен законом, а не под *условима* које закон одређује. Ипак, посланик није апсолутно суверен! Он је једино *браћански суверен*.¹⁶ Као такав, посланички мандат није његов приватни посед (насупротив, партијско чланство јесте!), није и нипошто не може да буде његова својина. Посланички мандат тј. посланички скупштински глас није и не сме правоваљано да буде залога било какве трговине, нити пуноважни извор стицања материјалне или друге добити (осим оних унапред правно признатих, редовних посланичких повластица у циљу олакшаног и делотворног обављања припадајуће мисије). Посланик-појединац, задобивши поверење својих бирача, наглашено мора да води рачуна о свом целокупном држању, о сопственом угледу и угледу високог државног тела у чијем раду пуноправно учествује, о важности и стваралачкој улози врховног представничког дома чији је део.

Такође, код неспојивости својства посланика са другим пословима, неопходно је Уставом разјаснити да се то, поред осталог, *односи и на функције у извршној власти државе, али на функције у извршној власти политичко-иерархијалних заједница (покрајина, градова и општина)*.

6. У погледу *положаја председника Републике* треба бити уставно доследан, и то у два смисла. С гледишта његовог избора и овлашћења, и с гледишта његовог избора и престанка мандата.¹⁷ Дакле, умесно је уравнотежити избор шефа државе са ингеренцијама и престанком његове функције. У чистом парламентарном систему, он се стандардно бира у парламенту, у Србији – на општим, непосредним изборима. Напазим да су непотребна два једнакоправна уставна легитимитета општег избора (и народних посланика и државног поглавара). С друге стране,

14 Закон о Народној банци Србије (*Службени гласник РС*, бр. 72/03, 55/04, 85/05, 44/10, 76/12), пак, вели да је она „самостална и независна“ (чл. 2, ст. 2).

15 Сада у чл. 102, ст. 2 пише: „Народни посланик је слободан да, под условима одређеним законом, неопозиво стави свој мандат на располагање политичкој странци на чији је предлог изабран за народног посланика.“

16 Вид. Устав, чл. 2.

17 Упућујем на Миодраг Јовичић, *Упоредни уставни системи, елементи за једно уједно уставно право*, Београд, 1984, стр. 384–389.

ако се задржи садашњи начин избора председника Републике, држим да би му требало омогућити и самостално учешће у извршној власти (по угледу на француског и америчког шефа државе). Ипак, држим да је боље да постојећа председничка овлашћења остану, а да он убудуће буде биран у Народној скупштини.¹⁸ С друге стране, тако нешто би *de constitutionae ferenda* било више у складу и са садашњом уставном регулативом разрешења председника Републике: у парламенту, пошто претходно Уставни суд утврди да је повредио Устав.¹⁹

У истом контексту, код неспојивости функција, важно је убудуће прецизирати да је функција председника Републике неспојива и са руковођењем политичком странком, а не само са другом јавном функцијом или професионалном делатношћу²⁰ (вид. члан 115 у вези са чланом 111).

7. Што се тиче односа Народне скупштине и Владе, а везано за пад једне и избор нове владе, предлажем уставно увођење тзв. *рационализованог парламентаризма у Србији*.²¹ Примерице, према члану 67 *Основног закона Немачке*, „(1) Бундестаг може изразити неповерење савезном канцелару само на тај начин што ће већином гласова својих чланова изабрати другог и захтевати од председника СР Немачке да тог канцелара опозове. Председник СР Немачке мора да удовољи том захтеву и да именује изабраног као новог савезног канцелара. (2) Између избора новог савезног канцелара и избора може да прође 48 сати.“

Посреди је својеврсно „конструктивно изгласавање неповерења влади“ чиме се обезбеђује пуни континуитет обављања извршне функције власти, њено „стабилизовање“.

8. Важећи уставни исечак о „државној управи“²² има неколико системских недостатака. *Прво* – из тог уставног текста није јасно да ли се та кованица користи у организационом или функционалном значењу. Пре ће бити у овом другом, јер се паралелно користи и израз „послови државне управе“. Уосталом, у делу Устава о уређењу власти поднаслови се тичу државних органа (од Народне скупштине до Уставног суда), а не врсте државних послова. Тако је и државна управа узета да збирно означује ту и такву скупину носилаца извршно-управне власти, подређене

18 Вид. чл. 112 и 114.

19 У смислу члана 118.

20 Вид. члан 115 у вези са чланом 111.

21 Упућем на Ратко Марковић, *Уставно право*, тринаесто осавремењено издање, Београд, 2009, стр. 199–200; Маријана Пајванчић, *Уставно право*, друго, допуњено и измењено издање, Нови Сад, 2011, стр. 223; Драгољуб Поповић, *Основи уставног права*, Београд, 2004, стр. 65–66.

22 Чл. 136–137.

Влади.²³ Ако је тако, наслов државна управа је неодговарајући: у оквиру тих одредаба су уствари поставке о јавној управи као широј појави која обухвата и ону државну и ону недржавну (вршиоци изван оквира државног апарата). Потоњој се законом поверавају јавна овлашења, тј. послови државне управе. Иако наречено има законску конкретизацију, Устав треба јасно да назначи шта су то изворно припадајући послови недржавних субјеката – у погледу одређених од њих се поверавају поједина јавна овлашења чиме они добијају природу послова државне управе (рецимо, решавање у управним ставрима), а шта њихови пренети, оригинерно државни послови. Овде је реч и о оној функционално децентрализованом (предузећа, установе, јавне агенције...), и оној територијално децентрализованом недржавној јавној управи (органима јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе). Шта више, упутно је назначити и „појединце“ којима се, бар *exempli causa*, могу законом поверити јавна овлашења – као што су јавни бележници или „приватни“ судски извршитељи.

Друго – категорија јавних служби је уставно остала недоречена у погледу значења и њеног односа са јавним овлашењима. Ова два уставна института се по правилу комбинују, повезују. Речју, дотични свежањ уставних одредби о „државној управи“ захтева темељно преуређење. Најзад, није одгонетнута ни уставна веза јавних служби са државном управом као целином.

9. Ојачати *независност судства* је један од основних постулата уставне реформе у Србији. А принцип да се судске одлуке одлуке могу преиспитивати само од стране надлежног суда у законом прописаном поступку²⁴ ваља помирити са улогом Уставног суда да проверава, по уставним жалбама,²⁵ и судске одлуке – али искључиво из угла поштовања основних људских и мањинских права и слобода. Устав тако мора рафинирано утврдити да судске одлуке нису имуне од уставно-судске контроле, у складу са Уставом и Законом о Уставном суду.

Затим, избор судија се убудуће, држим, не би уопште обављао у Парламенту, не био смео да буде политички чин. Јер, сада и најбољи кандидати за судије у крајњој линији зависе од скупштинске већине, те могу да не буду изабрани. Уопште, тзв. пробни мандат кандидата за судије – први избор за судијску функцију, је доброно сумњив.²⁶ Надаље, разлози престанка судијске функције морају да буду уставна, а

23 За шире теоријско упознавање вид. Ратко Марковић, *Извршина власћ*, Београд, стр. 1980.

24 По члану 145 став 5.

25 Члан 170.

26 Вид. члан 99 став 2 тачка 3 у вези са чланом 154 став 1 Устава.

не законска материја каква је актуелна солуција. А Високи савет судства (ВСС) би, ради остваривања своје професионалне, еснафске улоге – а понајвише ради смањења политичког утицаја на избор судија – морао да има другачији састав. Тако, сматрам, да у његовом саставу не би требало да буду представници законодавне (сада председник надлежног одбора Народне скупштине) и извршне власти (сада ресорни министар), нити да његов председник по положају буде, аутоматски, председник Врховног касационог суда; боље је да челник ВСС буде из редова тог органа, од самих чланова и изабран.

10. *Положај јавног тужилаштва* требало би начелно уподобити положају судства, у смислу појачане самосталности која се граничи са независношћу; свакако, без утицаја извршне власти, Владе. Уз задржавање хијерахијске уређености јавних тужилаштва, и споља и изнутра. Подсећем, Влада *de constitutionae lata* предлаже кандидата за републичког јавног тужиоца, као и за ниже јавне тужиоце, које све иначе бира Народна скупштина.²⁷ Аналогно са судијама који се први пут бирају на функцију, мислим да је примереније пројектованој позицији тужилаштва да сви тужиоци буду бирани од стране Државног већа тужилаца (ДВТ), и онда када се први пут бирају на јавно-тужилачку функцију.²⁸

ДВТ мора убудуће уставно да буде дефинисано и као *независан* (а не само као самосталан) орган. Уз то, и његову персоналну структуру треба уставно прочистити од утицаја законодавне и извршне власти на овај сектор правосуђа, на исти начин као код ВСС.

11. Што се тиче *Уставног суда*, предлажем: *Прво* – у погледу избора судија и легитимитета рада Суда, важно је у Устав (или пак у будући Уставни закон за спровођење Устава, односно спровођење хипотетичких уставних амандмана) унети одредбу да се Уставни суд не сматра конституисаним док се не изберу све његове судије, у складу са Уставом. Јер, имам у виду његову природу политичко-судског органа, чувара уставних вредности, праћену тројношћу и уставном избалансираношћу извора предлога кандидата за судије и самог избора судија: 5 плус 5 плус 5.²⁹ *Друго* – залажем се проширивање надлежности Уставног суда бар у три сфере: 1) оцењивање сагласности „обичних“ закона са основним, тзв. системским законом,³⁰ 2) надзирање уставности и законитости спровођења државног референдума, 3) заузимање круцијалних правних ставова у вези са применом Устава, али и давање званичних тумачења

27 Вид. члан 158 став 2 и члан 159 став 2.

28 Вид. члан 159 став 5.

29 Вид. члан 172.

30 Вид. тачку 2 у оквиру главе 2 овога чланка.

смисла и домаћаја појединих уставних одредаба. *Треће* – упутно је предвидети самим Уставом (а не Законом о Уставном суду) да се уставна жалба може изјавити и због повреде правила о решавању сваког конкретног случаја у разумном року. *Четврто* – начин одлучивања Уставног суда³¹ треба релаксирати, и то самим Уставом непосредно, у смислу како је то учинио Закон о Уставном суду;³² речју, Уставни суд не доноси све своје одлуке „већином гласова свих судија Уставног суда“, тј. у пленуму (како сада пише у Уставу); ради и у већима, па то амандирањем Устава ваља несумњиво и изразити.

12. Уставни *йоложај Војводине* треба изменити у смислу продубљивања њене аутономије у оригинарном значењу;³³ покрајинска аутономија, територијално-политичког ранга, подразумевала би тако, поред другог, право на доношење посебних, покрајинских закона који не би смели да буду у супротности са државним, републичким законима. Устав би морао да буде подлога како за ревидиран закон о пренетим државним надлежностима на Покрајину – поред оних њених уставно постављених као изворних – тако и за посебан закон о финансирању Војводине, у складу са могућности буџета и неопходних, прецизно изказаних развојних потреба Покрајине. Уз уставно наглашавање особености АП Војводине, као моторне привредне снаге Државе. Код тога, налазим да нема ваљаних предуслова – ни политичких, ни привредних – за скоро уобличавање Србије као *регионалне државе* типа Италије или Шпаније.

13. „Суштинска аутономија Аутономне покрајине Косово и Метохија уредиће се посебним законом који се доноси по поступку за промену Устава“ – јесте одредба Устава која до сада није операционализована.³⁴ А Косово и Метохија је једно од најтежих уставних питања. Савет безбедности Уједињених нација (УН), својом Резолуцијом бр. 1244 (још од 1999. године), овластио је генералног секретара УН да, уз помоћ релевантних међународних организација, успостави међународно цивилно присуство на Косову и Метохији (КИМ) с циљем да се *обезбеди йочейна међународна уйрава, УНМИК (уз йомоћ локалних ордана)*. При томе, територијални статус КИМ – номинално још у саставу Србије, али по свим параметрима „на терену“ изван њене територије и контроле (а практично то значи изван суверености Србије!) – третирао би се *de constitutionae ferenda* као привремено стање. С једне стране, самопроглашена (2007. године) „независност КИМ“ и њено признавање од једног

31 Члан 175.

32 Закон о Уставном суду (*Службени йласник РС*, бр. 109/07, Новела у бр. 99/11).

33 В. М. Јовичић, *нав. дело*, стр. 467–370; Р. Марковић, *Уставно йраво*, стр. 435–436.

34 Члан 182 став 2, друга реченица.

незанемарљивог броја држава представља респектабилну политичку чињеницу. С друге стране, Устав би морао предвидети да се положај КИМ заснива на меродавним међународним документима (у првome реду на Бриселском споразуму из 2014. године). У складу са њима донео би се – с позивом на Устав – одговарајући уставни закон о КИМ, као изнуђена резултанта правног и политичког, односно фактичког стања.

14. Ноторно је да је постојећи Устав Србије донесен пребрзо, углавном без икакве јавне и стручне расправе. Под околностима које су – у погледу његовог легитимитета, па и континуитета са претходником – остале у најмању руку нејасне или оптерећене озбиљним сумњама у регуларност поступка уставног преображаја. Тим више, наредна *промена Устава* мора да се одвија јуристички скрупулозно и минуциозно, *lege artis*. Пре тога, насушно је унеколико омекшати одредбе које се тичу промене устава. С тим у вези: 1) можда је подесније предвидети 3/5 него сада прописану, захтевну 2/3 већину народних посланика за прихватање уставних промена;³⁵ 2) нисам сигуран у исправност солуције по којој се Народној скупштини уставно оставља дискрециона оцена у погледу којих уставних промена треба ићи на потврђујући државни референдум у конкретном случају, а у погледу којих он није потребан;³⁶ 3) нема рационалног разлога да промена преамбуле устава иде обавезно на државни референдум ради потврђивања, као што је данас.³⁷

III Закључак

1. На основу свега предоченог, изгледа да је ипак изгледнија и прагматичнија скорашња *парцијална промена Устава, кроз одговарајуће уставне амандмане*, него целовита уставна реформа. Ово потоња би уследила, дозрела тек приликом очекиваног уласка Србије у Европску Унију, кроз 6 до 10 година. Приближно.

2. Све у свему, пожељне генералне особине тог поправљеног Устава Србије могле би се, рецимо, побројати у неколико тачака: 1) *Савремен* устав – да решава како она србијански актуелна, тако и сва остала увек зелена општа и основна питања друштвене и државне организације и функционисања; при томе, полази с једне стране од наднационалних правних стандарда (поглавито на плану људских права и слобода, али и дужности, као и одговорности носилаца јавних функција), с друге, од наше друштвене збиље, а с треће, од достигнућа уставноправне науке

35 Постављена у ст. 3 и 6 члана 203.

36 Члан 203 став 5.

37 Члан 203 став 6.

у свету и код нас; 2) *Пошћуун* устав, документ писано кодификоване уставне материје: не сажет и лаконски, већ опсежан а разумљив и колико год је могуће, по природи предмета регулисања, прецизан пропис – који не само утемељује, већ и обезбеђује све круцијалне социјалне вредности, превасходно јавност, извесност и правду; 3) *Усклађен* устав, и унутар себе и са респектабилним међународним правилима, нарочито уравнотежен што се тиче односа парламента и владе, па и председника Републике, као и поступка доношења и поступка промене, односно следујуће замене новим уставом; 4) *Осћварив* устав, понешто одмах спроводљиво, понешто у најближој сутрашњици, и то по правилу непосредно, пре свега без могућности за законско сужавање субјективних уставних позиција грађана и њихових колективитета; уз нарочито поштовање особености АП Војводине, али и специфичности правне (и међународне и унутрашње) ситуације у погледу КИМ; 5) *Грађанско-национални* устав – да поштује грађанску усмереност Србије као државе једнокоправних грађана, изворних носилаца власти – уједно потенцирајући трајно и неотуђиво право српског народа на опредељење, као матичног и већинског на домаћем тлу, његов идентитет и интегритет; 6) *Найредан* устав, покретачки, ради што потпунијег задовољавања и општих и појединачних потреба – и у политичком, још више у економском смислу; 7) *Рационална* правно-политичка творевина: његова делом програмска црта не може се избећи, премда она не сме да иде на рачун оне преовлађујуће, ортодоксно нормативне уставне супстанце; 8) *Релативно чврст* и стабилан, не и увоштен устав – иако не у свим елементима подједнако постојан (примерице, најтеже померљив, тј. уз обавезно потврђивање на државном референдуму што се тиче облика владавине, територијалног уређења земље и положаја човека и грађанина).³⁸

38 Вид. уз неке модификације: Зоран Р. Томић, „Какав устав треба Србији“, *Уставно и сродно*, Службени Гласник, Београд, 2006, стр. 20–21.

Zoran R. TOMIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

CONSTITUTIONAL STATE AS AN ECONOMIC FRAME: MODIFICATION OF SERBIAN CONSTITUTION

– Some Elements of One Draft –

Summary

Elements of a viable revision of the Constitution of Serbia might include: 1) the preamble; 2) the principle according to which the legal system is unique; 3) human rights and freedoms; 4) The National Bank; 5) the status of deputies; 6) the election, the status and termination of the function of the President of the Republic; 7) type of parliamentarism; 8) the public administration; 9) the independence of the judiciary; 10) the position of public prosecutions; 11) the Constitutional Court; 12) AP Vojvodina; 13) Kosovo and Metohija; 14) the procedure for amending the Constitution. Today seems to be more pragmatic and more promising partial amendment of the Constitution through relevant constitutional amendments than comprehensive constitutional reform. The latter will follow in the moment of expected entry of Serbia into the European Union. General characteristics of the repaired Constitution of Serbia could be: 1) modern; 2) complete; 3) compliant; 4) achievable; 5) civil-national; 6) advanced; 7) rational; 8) relatively strong and stable.

Key words: *constitution, amendments, preamble, Kosovo, rational parliamentarism, free deputy mandat, public administration, independence of judiciary, asymmetry of territorial organization.*

др Љубиша ДАБИЋ
редовни професор Економског факултета Универзитета у Београду

ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРОПИСА СРБИЈЕ СА ПРОПИСИМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ОБЛАСТИ РЕВИЗИЈЕ

Резиме

У раду аутор анализира новодонећа законска решења о ревизији у Србији и ставља њихове хармонизације са релевантним прописима Европске уније, првенствено са Директивом 2006/43/ЕУ. У овом изражавању засиђуљен је ујореднојравни ирисјуј, јер се пореде домаћа решења са решењима Европске уније и земаља у окружењу (Словенија, Хрватска, Македонија, Црна Гора и Република Српска).

У раду се јодробније разматра више релевантних иишања, и то: законска ревизија, професионална звања у области ревизије, да ли је законска ревизија комерцијална делатност или слободна професија, самостални ревизор, контрола квалитета рада друштва за ревизију, самосталних ревизора и лиценцираних овлашћених ревизора и, на крају, одбор за јавни надзор над обављањем ревизије.

У закључку аутор истиче да је у јосјујуку доношења Закона о ревизији у праву Србије првенствено стручна јавност била критички насјројена према већем броју јонуђених решења, али и самом концепту на којем је тај закон израђен. Једна од концептуалних јосјавки за доношење предметног закона била је свеобухватна и једнокрајна хармонизација прописа Србије у области ревизије са релевантним директивама Европске уније.

Кључне речи: ревизија, законска ревизија, Директива 2006/43/ЕУ, хармонизација прописа, слободне професије.

I Увод

Доношење Закона о ревизији (2013) у Србији¹ имало је, најпре, за непосредну последицу раздвајање законске материје о ревизији и о рачуноводству у два посебна закона. Затим, по први пут је остварен висок степен усклађености домаћег законодавства у овој области са законодавством Европске уније (ЕУ). Даље, овим законом је на свеобухватнији начин уређена материја обављања обавезне законске ревизије финансијских извештаја и њено хармонизовање са прописима ЕУ, посебно везано за следећа питања: лиценцирање ревизора; увођење самосталног ревизора; контрола квалитета обављања ревизије; надзор над радом Коморе овлашћених ревизора, друштва за ревизију и лиценцираног овлашћеног ревизора и др. Надаље, творци посебног Закона о ревизији очекују да се применом његових решења подигне квалитет и поверење у ревизорске извештаје у Србији, а што треба позитивно да се одрази на све привредне субјекте, државне органе и институције, али и на стране и домаће инвеститоре. Законска решења по први пут омогућавају спровођење контроле квалитета над радом лиценцираног овлашћеног ревизора, друштва за ревизију и самосталног ревизора, у складу са захтевима Директиве 2006/43/ЕУ.² Такође, на нивоу ЕУ дошло је до појачаног захтева да представници државе учествују у надзирању ревизорске професије (вршење јавног надзора) ради стварања уверења да ова професија делује у јавном интересу. Ради хармонизације наших прописа са одговарајућом директивом ЕУ, наш законодавац је предвидео образовање посебног тела – Одбор за јавни надзор над обављањем ревизије, који ће обављати други ниво јавног надзора над радом лиценцираних овлашћених ревизора, друштва за ревизију, као и над радом Коморе овлашћених ревизора. На крају, новим законом се уводе комбиновани критеријуми за утврђивање обвезника ревизије.

У поступку доношења Закона о ревизији (и Закона о рачуноводству³) било је критичара предложених и усвојених решења. Били су мишљења да ће предложена решења довести до већег урушавања и онако урушеног система финансијског извештавања, која ће додатно оптеретити привреду, пореске обвезнике и грађане. Шта више, тражили

1 Закон о ревизији, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2013 (даље у фуснотама: ЗОРев).

2 Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC, *OJ L 157/87–107* (даље у фуснотама: Директива 2006/43/ЕУ).

3 Закон о рачуноводству, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2013 (даље у фуснотама: ЗОР).

су од надлежног министарства да оба предложена закона повуче из поступка доношења.⁴

II Законска ревизија

Предмет регулисања Директиве 2006/43/ЕУ јесу и правила која се тичу законске ревизије годишњих и консолидованих финансијских извештаја.⁵ Сагласно поступку хармонизације наших прописа са наведеном директивом ЕУ, законодавац Србије по први пут употребљава израз „законска ревизија“ уместо „ревизија финансијских извештаја“. Законска ревизија је обавезна, а овај израз означава ревизију редовних годишњих и консолидованих финансијских извештаја, који су састављени у складу са Законом о рачуноводству.⁶

Полазећи од критеријума законске обавезе да се привредни субјект подвргне обавези законске ревизије, у праву Србије она може бити обавезна и добровољна (нпр. у праву Македоније прави се разлика између законске и уговорне ревизије⁷). Обавезна је за редовне финансијске извештаје: 1) великих и средњих привредних друштава; 2) јавних друштава, независно од њихове величине; 3) свих друштава, односно предузетника чији пословни приход остварен у претходној пословној години прелази 4.400.000 евра (обавезна законска ревизија). Такође, законска ревизија је обавезна за консолидоване финансијске извештаје матичних привредних друштава. Сва друга привредна друштва и други субјекти, који нису напред наведени, могу да врше законску ревизију својих финансијских извештаја (добровољна законска ревизија).⁸

Законска ревизија се још назива екстерна ревизија, која се према својој функцији и значају у великој мери разликује од интерне ревизије. Најпре, прва врста ревизије предмет је детаљног уређења у Закону о ревизији, док је друга врста уређена у наведеном закону само преко правног статуса интерног ревизора и примене међународних стандарда, а да је детаљније уређена у Закону о привредним друштвима и унутрашњим актима друштва. Такође, прва врста ревизије је предмет регулисања

4 Саопштење Уније послодаваца Србије, Удружења пружалаца рачуноводствених услуга и Савеза рачуновођа и ревизора Србије (3.4.2013).

5 Директива 2006/43/ЕУ, чл. 1.

6 ЗОРев, чл. 2, ст. 1, тач. 2. „Законска ревизија“ у праву ЕУ означава ревизију годишњих и консолидованих финансијских извештаја привредних друштава коју захтева компанијско право.

7 Закон за ревизија (Сл. весник на РМ, бр. 158/2010 и 135/2011), чл. 4, ст. 1, тач. 2 и 3.

8 ЗОРев, чл. 21.

Директиве 2006/43/ЕУ, а друга није. Затим, прву врсту ревизије у праву Србије врше друштва за ревизију и самостални ревизори предузетници, а другу интерни ревизори. Даље, овлашћени ревизори врше прву врсту ревизије и обавезно се лиценцирају од стране Министарства финансија, а интерни ревизори врше другу врсту ревизије и обавезно се сертификају од стране Коморе овлашћених ревизора. На крају, законска ревизија годишњих и консолидованих финансијских извештаја обавља се у складу са законом, међународним стандардима ревизије (МСР) и Кодексом професионалне етике ревизора, а добровољна ревизија обавља се сходном применом закона и других напред наведених аката.

III Професионална звања у области ревизије

Питања правног регулисања услова за обављање послова ревизије у ЕУ била су предмет регулисања Осме директиве 84/253/ЕЕЗ.⁹ Њоме су регулисани услови које су морали да испуне физичка и правна лица за обављање послова ревизије годишњих и консолидованих финансијских извештаја, с тим да је препуштено да овлашћење за обављање тих послова даје надлежни орган држава чланица ЕУ.¹⁰ Данас су ова питања на нивоу ЕУ регулисана Директивом 2006/43/ЕУ, а „законски ревизор“ се дефинише као физичко лице које је овлашћено, у складу са одредбама предметне директиве, од стране надлежних органа државе чланице ЕУ да врши законске ревизије.¹¹ У земљама у окружењу ова питања су детаљно регулисана законом о ревизији, односно законом о рачуноводству и ревизији. На пример, законодавац Словеније познаје два стручна звања у области ревизије, а регулише три стручна звања: овлашћени ревизор, самостални ревизор и овлашћени проценитељ вредности.¹² У праву Македоније постоје три професионална звања: ревизор, овлашћени ревизор и овлашћени ревизор – трговац појединац,¹³ у праву Хрватске два: овлашћени ревизор и самостални ревизор,¹⁴ у праву Црне Горе два:

9 Eighth Council Directive 84/253/EEC of 10 April 1984 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the approval of persons responsible for carrying out the statutory audits of accounting documents, *OJ L 126/ 20–26*.

10 Ближе о овим условима видети: М. Павић, „Услови за бављење пословима ревизије у Европској унији“, *Евројско законодавство*, бр. 6/2003, стр. 55–57.

11 Директива 2006/43/ЕУ, чл. 2, ст. 1, тач. 2.

12 Закон о ревидирању (*Урадни лист РС*, бр. 65//2008 и 63/2013), чл. 3, ст. 1, тач. 8, 10 и 31.

13 Закон за ревизија, чл. 4, ст. 1, тач. 6, 8 и 11.

14 Закон о ревизији (*Народне новине Хрвајске*, бр. 146/2005, 139/2008 и 144/2012), чл. 7–8.

овлашћени ревизор и интерни ревизор,¹⁵ а у Републици Српској једно: овлашћени ревизор.¹⁶

Ради заштите јавног интереса, а у вези са законском ревизијом финансијских извештаја, у праву Србије утврђена су четири професионална звања: овлашћени ревизор, лиценцирани овлашћени ревизор, самостални ревизор и овлашћени интерни ревизор, а у одређеном контексту и ревизор државе чланице¹⁷ и ревизор треће земље.¹⁸ Полази се од звања „овлашћени ревизор“, који се дефинише као физичко лице које је положило испит за стицање тог звања, али које није стекло важећу лиценцу за обављање послова ревизије. „Лиценцирани овлашћени ревизор“ је физичко лице са статусом овлашћеног ревизора, али и које има важећу лиценцу за обављање ревизије. „Самостални ревизор“ је лиценцирани овлашћени ревизор који има, осим важеће лиценце, и важећу дозволу за обављање ревизије у форми предузетника. „Овлашћени интерни ревизор“ је физичко лице које има одговарајуће стручно звање стечено у складу са законом, тј. које има сертификат (а не лиценцу!) Коморе овлашћених ревизора о том стеченом звању.

На основу изнетих законских дефиниција и теоријских знања могу се извући заједничка својства лица која врше послове ревизије у статусу лиценцираног овлашћеног ревизора. Наиме, ревизор је: физичко лице; независно лице; професионално лице; лице које обавља ревизију, саставља извештаје о ревизији и изражава ревизорско мишљење; лице које послове ревизије врши у складу са законом, МСР и етичким кодексом; лице које подлеже професионалној одговорности за правилност вршења ревизије; лице које се обавезно осигурава за учињену професионалну грешку; лице које послове ревизије врши у форми индивидуалног предузетника или друштва за ревизију и др.

Законодавац Србије експлицитно не регулише услове за стицање звања „овлашћени ревизор“, осим за „овлашћеног интерног ревизора“.¹⁹ Међутим, на основну систематског тумачења одредаба закона ти услови могу се утврдити. Наиме, професионална звања у области ревизије може да стекне само физичко лице које претходно испуни одређене услове,

15 Закон о рачуноводству и ревизији (*Сл. лист РЦГ*, бр. 69/2008. и 32/2011), чл. 2, ст. 1, алин. 13 и 16х.

16 Закон о рачуноводству и ревизији Републике Српске (*Сл. гласник Републике Српске*, бр. 36/2009), чл. 2, ст. 1, тач. ј).

17 „Ревизор државе чланице ЕУ“ је физичко лице које има важећу исправу надлежног органа државе чланице за обављање законске ревизије.

18 „Ревизор треће земље“ је физичко лице које има важећу исправу надлежног органа треће земље за обављање законске ревизије, искључујући држављане Србије који су ту исправу стекли у бившим чланицама СФРЈ, а које нису чланице ЕУ.

19 ЗОРев, чл. 44, ст. 2.

и то да има: 1) високу школску спрему; 2) радно искуство; 3) положен испит за стицање професионалног звања, и 4) које није осуђивано за кривична дела која га чине недостојним за обављање послова ревизије. Упоредујући услове за стицање професионалних звања из нашег законодавства са условима из француског и енглеског законодавства, може се констатовати да се у свим правима траже као основни услови национално држављанство, професионална оспособљеност и радно искуство, као и доказ о моралним квалитетима.²⁰ Отуда је претпоставка да су физичка лица која стичу професионална звања у области ревизије пословно способна и да су по правилу држављани Србије.

На нивоу ЕУ законске ревизије треба да врше само законски ревизори (или ревизорска друштва) који имају лиценцу државе чланице ЕУ у којој врше законску ревизију. Утврђени су минимални услови, који су различити, за лиценцирање законских ревизора и ревизорских друштва, ради обављања законске ревизије. Држави чланици је остављено да именује надлежне органе који су одговорни за давање овлашћења законским ревизорима (и ревизорским друштвима). Ти органи могу бити професионална удружења ревизора, под условом да су у систему јавног надзора.²¹ За овлашћене ревизоре на нивоу ЕУ захтевају се следећи минимални услови, и то: 1) да физичка лица којима надлежни орган државе чланице издаје овлашћење буду са добром репутацијом; 2) да физичка лица задовољавају критеријуме за упис на факултет, да су одслушала предавања из низа теоријских предмета, прошли практичну обуку и положили формални испит професионалне стручности на нивоу завршног универзитетског или еквивалентног испита који се организује или признаје од стране односне државе чланице; 3) кандидат за стицање звања овлашћеног законског ревизора мора да има најмање три године праксе у ревизији годишњих и консолидованих финансијских извештаја или сличних финансијских извештаја, од чега бар две трећине времена у служби законског ревизора.²²

Да би физичка лица у праву Србије могла да обављају послове ревизије, нужно је, између осталог, да стекну лиценцу. Лиценца за обављање послова ревизије је јавна исправа коју издаје Министарство финансија.²³ За разлику од изнетог важећег законског решења, у претходно важећем Закону о рачуноводству и ревизији (2006), Комора овлашћених ревизора била је овлашћена за издавање, продужавање и одузимање лиценце.

20 Н. Суботић-Константиновић, „Правни статус ревизора у нашем и упоредном праву“, *Економски анали*, бр. 130/1996, стр. 72.

21 Директива 2006/43/ЕУ, чл. 3, ст. 1–2.

22 Директива 2006/43/ЕУ, чл. 4–14.

23 ЗОРев, чл. 6, ст. 1.

Лиценца се издаје физичком лицу које испуњава следеће услове: 1) да има положен испит за звање овлашћени ревизор; 2) да има стечено високо образовање на студијама другог степена, односно на основним студијама у трајању од најмање четири године; 3) да има најмање три године практичног радног искуства на законским ревизијама, од којих најмање две године уз надзор лиценцираног овлашћеног ревизора;²⁴ 4) да не постоји забрана издавања нове лиценце, за случај да му је лиценца раније одузета – до истека периода у коме постоји забрана издавања нове лиценце; 5) да није правоснажно осуђивано за кривична дела која га чине недостојним за обављање послова ревизије.²⁵ Лица која су правоснажно осуђена за кривична дела утврђена законом,²⁶ не могу да обављају ревизију, стичу лиценце и звања, као и да обављају друге послове у области ревизије.

Под законом утврђеним условима, лиценца за обављање ревизије може бити издата ревизору државе чланице ЕУ и ревизору треће земље. Такође, они су дужни да положи допунски испит из познавања прописа Србије.

Лиценца се издаје на период од три године и продужава се на захтев лиценцираног овлашћеног ревизора, уз доказ да је обавио континуирано професионално усавршавање. Захтев за продужење лиценце може поднети заинтересовано лице најраније три месеца пре истека рока важења лиценце. Лиценца престаје да важи истеком три године од дана њеног издавања. Лиценца се може одузети у случајевима, на начин и по поступку утврђеним законом. Решењем о одузимању лиценце утврђује се и период у коме се не може издати нова лиценца, а који не може бити дужи од пет година од дана доношења тог решења. Министарство је дужно да по службеној дужности, без одлагања достави Комори примерак решења о издавању, односно продужењу и одузимању лиценце ради уписа у одговарајући регистар.

Испит за стицање звања овлашћеног ревизора организује Комора, која доноси и програм за полагање испита, уз претходну сагласност Одбора за јавни надзор над обављањем ревизије и Министарства финансија. Тај испит обухвата потребан ниво теоријског знања (из

24 Под практичним радним искуством на законским ревизијама сматра се радно искуство, на неодређено или на одређено време, стечено у радном односу у друштву за ревизију, односно код самосталног ревизора на пословима законске ревизије.

25 ЗОРев, чл. 6, ст. 2.

26 Кривична дела која одређена лица чине недостојним за обављање послова у вези са ревизијом јесу кривична дела против права по основу рада, привреде, имовине, правосуђа, прања новца, финансирања тероризма, јавног реда и мира, правног саобраћаја и службене дужности.

предмета релевантних за законску ревизију) и практичних знања (способност да се теоријска знања примене у пракси).²⁷

Лиценцирани овлашћени ревизор је дужан да обавља континуирано професионално усавршавање ради одржавања и унапређења теоријског знања, професионалних вештина и професионалних вредности, у складу са захтевима Међународних стандарда едукације. Програм континуираног професионалног усавршавања доноси Комора, која по завршетку сваке појединачне обуке лиценцираном овлашћеном ревизору издаје потврдну.

IV Да ли је законска ревизија комерцијална делатност или слободна професија?

У европско континенталном праву је неспорно да друштва за ревизију и самостални ревизори предузетници теже да послују на профитном принципу, али у томе немају неограничену слободу као други привредни субјекти који су регистровани за обављање привредних делатности. Због природе делатности коју обављају друштва за ревизију и самостални ревизори, они су у поступку уговарања накнаде за ревизију ограничени унапред утврђеном тарифом од стране професионалног удружења или надлежног државног органа. Основна разлика између делатности слободне професије и привредне делатности може се уочити и на питању профита.²⁸ За разлику од привредних друштава, као привредних субјеката, чија је циљна функција стицање профита, обављање законске ревизије као слободне професије је у стицању профита ограничено одређеним правилима у облику тарифе (на коју сагласност даје

27 Испит за стицање звања овлашћени ревизор обухвата следеће области у целини: 1) општа теорија и принципи рачуноводства; 2) законски оквир у вези са припремањем годишњих и консолидованих финансијских извештаја; 3) МСФИ; 4) финансијска анализа; 5) управљачко рачуноводство; 6) управљање ризицима и интерна контрола; 7) ревизија и професионалне вештине; 8) МСР; 9) професионална етика и независност. Такође, овај испит обухвата и области у делу који је релевантан за законску ревизију: 1) познавање прописа Србије, и то: (1) право привредних друштава и корпоративно управљање; (2) облигационо право; (3) прописи који регулишу вршење домаћег и међународног платног промета и преноса капитала; (4) прописи који уређују тржиште капитала и хартија од вредности; (5) стечај и ликвидација; (6) порески систем; (7) грађанско и трговинско право, као и прописи који регулишу пословање банака, друштава за осигурање и осталих финансијских институција; (8) радно право; 2) информационе технологије и рачунарске системи; 3) микроекономија, општа и финансијска економија; 4) финансијска математика и статистика; 5) основни принципи финансијског менаџмента привредних друштава. ЗОРев, чл. 8.

28 Видети: М. Петровић, „Рачуноводствена ревизија као облик слободне професије“, *Финансије*, бр. 9–10/2002, стр. 516–519.

надлежни државни орган а у неким правним системима је доноси за одређене слободне професије). Наиме, за извршену професионалну услугу њеном носиоцу припада накнада на основу утврђене тарифе. Због тога се у правној литератури истиче да „слободни професионалац представља равнотежу између императива профита и императива етике“,²⁹ а у економској литератури да сврха ревизије „није и не може бити богаћење, без обзира на неопходност примерене надокнаде“.³⁰ На пример, у праву Србије адвокату припада право на награду и накнаду трошкова за свој рад, у складу са тарифом коју доноси Адвокатска комора Србије.³¹ У Италији се наплаћивању хонорара за извршену интелектуалну услугу у облику слободне професије (укључујући услуге ревизије) посвећује пуна пажња. Законом (1961) су биле прописане тарифе за професионалне услуге, које су могле бити различите, у зависности од природе услуге. Затим је држава (1973) прописала систем утврђивања накнада за различите интелектуалне услуге, који је допуњен и осавремењен (1987), при чему је одређен низ вредносних скала за услуге које се пружају, а међу којима су и услуге ревизије.³²

Да ли је вршење законске ревизије добитна или недобитна делатност? Исто се питање поставља и код других слободних професија, с тим да давање одговора на постављено питање није једноставно, једнозначно и лако. Неспорно је да се законска ревизија врши уз накнаду. На нивоу ЕУ успостављено је начелно правило у погледу ревизорске накнаде. Захтева се од држава чланица да успоставе одговарајућа правила којима ће се предвидети да накнаде за вршење законске ревизије, с једне стране, нису одређене или под утицајем пружања додатних услуга субјектима који су предмет ревизије и, с друге стране, не смеју да буду условљене на било који начин.³³ Већ смо изнели пример из законодавне праксе у Италији. Од земаља у окружењу, ово питање је било предмет различитог регулисања у законодавству Хрватске. На основу Закона о ревизији (1992), био је предвиђено да се за обављену ревизију плаћа накнада и да се висина накнаде утврђује уговором.³⁴ Доношењем новог Закона о ревизији (2005), законодавац је успоставио додатна правила у погледу плаћања накнаде за обављену ревизију, уз обавезу да она буде

29 С. Cambonnaud, *Rapport général de synthèse*, Exercice an groupe, стр. 92. Наведено према: Д. Кнежић-Поповић, „Увођење друштва капитала у свет слободних професија“, *Правни живоић*, бр. 10/1997, стр. 993.

30 М. Петровић, *нав. чланак*, стр. 519.

31 Закон о адвокатури, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, чл. 23, ст. 1.

32 Б. Виторовић, „Законско и професионално институционализовање рачуноводствене ревизије у Италији“, *Ревизија*, бр. 6/1998, стр. 10 и 11.

33 Директива 2006/43/ЕУ, чл. 25.

34 Закон о ревизији (*Народне новине Хрватске*, бр. 90/1992), чл. 9–10.

утврђена у сагласности са тарифом. Прво, задржано је основно правило из претходног закона, да се за обављену ревизију плаћа накнада и да се износ накнаде одређује уговором. Друго, ревизорско друштво и самостални ревизор имају право на накнаду за обављену ревизију, која не може бити нижа од тарифе ревизорских услуга. Треће, тарифу ревизорских услуга утврђује и доноси Хрватска ревизорска комора. Четврто, тарифом ревизорских услуга утврђују се најнижи износи накнада за обављену ревизију. Пето, тарифа ревизорских услуга се мора објавити у службеном гласилу Хрватске.³⁵ На основу наведеног закона и статута Хрватске ревизорске коморе, уз сагласност Министарства финансија, скупштина Хрватске ревизорске коморе донела је прву Тарифу ревизорских услуга (2006),³⁶ а следеће године нову Тарифу о ревизорским услугама.³⁷ И једна и друга Тарифа је почивала на истим правилима, уз незнатне разлике. Прво, Тарифом ревизорских услуга одређиване су две врсте накнада, и то: 1) најнижи износ накнада за ревизорске услуге и 2) накнада трошкова које су имали право да наплате ревизорско друштво, самостални ревизор, односно заједнички ревизорски уред. Друго, ревизорским друштвима, самосталном ревизору и заједничком ревизорском уреду није било допуштено да са корисницима ревизорских услуга уговарају накнаду која није у складу са Тарифом. Треће, били су забрањени склопљени споразуми уз уговор о ревизији или накнадно, којима би се коначна накнада за ревизорску услугу наплаћивала супротно Тарифи. Четврто, успостављена су правила, односно критеријуми и вредности за одређивање накнаде за ревизију финансијских извештаја трговачких друштава и лизинг друштава. Пето, најнижа накнада за ревизију финансијских извештаја трговачких друштава и лизинг друштава (банака и осигуравајућих друштава, стамбених штедионица, инвестиционих фондова, пензионих фондова и друштава за пензионо осигурање, посебне ревизије на основу Закона о трговачким друштвима) утврђивала се производом збира бодова и вредности бодова одређених Тарифом. Шесто, све ревизорске услуге наведене у Тарифи, које су се обављале изван седишта ревизорског друштва, самосталног ревизора односно заједничког ревизорског уреда, уговорена накнада могла је бити увећана само за стварно настале материјалне трошкове (дневнице, трошкови преноћишта и трошкови превоза за службени пут). Међутим, доношењем Закона о изменама и допунама Закона о ревизији (2008), дошло је до промене правила о накнади за обављену ревизију и укидање тарифе ревизорских услуга. Прво, задржано је основно правило из

35 Закон о ревизији (*Народне новине Хрватске*, бр. 146/2005), чл. 20, 32, ст. 2, тач. 3 и чл. 36, ст. 1, тач. 3.

36 Тарифа ревизорских услуга, *Народне новине Хрватске*, бр. 63/2006.

37 Тарифа ревизорских услуга, *Народне новине Хрватске*, бр. 80/2007.

претходног закона, да се за обављену ревизију плаћа накнада и да се износ накнаде одређује уговором. Друго, уговорени износ накнаде не сме бити подложен никаквом облику условљавања, не сме зависити нити бити повезан с пружањем додатних услуга субјекту над којим се врши ревизија. Треће, даном ступања на снагу предметног закона престаје да важи Тарифа ревизорских услуга донета 2007. године.³⁸ У Хрватској је на снази Закон о ревизији (2005, са изменама и допунама 2008. и 2012.) који не познаје тарифу ревизорских услуга, већ се накнада за ревизорске услуге утврђује на тржишту.

Трагање за одговором на питање да ли нам је потребна тарифа ревизорских услуга било је предмет и научних истраживања. Такво једно истраживање је извршено у Хрватској. Аутор у свом раду долази и до следећих закључака: искључиво слободно тржишно одређивање цена ревизорских услуга свакако има одређене мањкавости, које се првенствено огледају у конкурентности цена; конкуренција цена на тржишту ревизорских услуга, заправо, значи изједначавање ревизорског мишљења с било којим другим производом или услугом која има своју цену; зато је утврђивање тарифе ревизорских услуга као минимум који би спречио деградирање дигнитета ревизорске професије само један, иако по мишљењу аутора, у овој фази достигнутог развика веома значајан фактор одржања и унапређења квалитета ревизије финансијских извештаја.³⁹

Законодавац Словеније, сагласно Директиви 2006/43/ЕУ, само одређује да цена целокупне услуге ревизије не сме бити условљена вршењем додатних услуга у субјекту ревизије или зависна од било каквих других услова.⁴⁰ И законодавац Македоније у важећем Закону о ревизији регулише питање ревизорске накнаде са две лапидарне одредбе. Прво, одредио је да накнада за законску ревизију не може да буде под утицајем на/или заснована у вези са одредбама о обезбеђивању допунских услуга субјекта ревизије. Друго, накнада за законску ревизију треба да буде јасно одређена у уговору о ревизији.⁴¹ Законодавац Републике Српске у Закону о рачуноводству и ревизији начелним одредбама регулише предметно питање на следећи начин: прво, Савет за рачуноводство и ревизију утврђује критеријуме за образовање цена ре-

38 Закон о измена и допунама Закона о ревизији (*Народне новине Хрвајске*, бр. 139/2008), чл. 13 и 36, ст. 6–7.

39 Роберт Зензеровић, „Је ли нам потребна тарифа ревизијских услуга – осврт на постојеће стање и перспективе у будућности“, *Економски њрејед*, Загреб, бр. 12/2011, стр. 725–726.

40 Закон о ревидирању, чл. 47, ст. 4.

41 Закон за ревизија, чл. 36.

визорских услуга; друго, привредно друштво за ревизију има право на накнаду за обављену ревизију а износ накнаде се утврђује уговором о ревизији.⁴²

У праву Србије питање накнаде за обављену ревизију није на јасан, потпун и поуздан начин било уређено Законом о рачуноводству и ревизији (2006). Наведеним законом није посебно регулисано питање цене ревизорских услуга, осим што је у оквиру послова Коморе овлашћених ревизора било предвиђено да она „утврђује критеријуме за образовање цена ревизорских услуга предузећа за ревизију“.⁴³ Доношењем Закона о изменама и допунама Закона о рачуноводству и ревизији (2009) није се дирало у предметно питање. Међутим, у сада важећем Закону о ревизији, по узору на словеначко и хрватско законодавство, то питање је на експлицитан начин уређено: „износ накнаде за обављену ревизију одређује се уговором“. Ово законско решење има још два основна правила: за обављену ревизију плаћа се накнада и уговорени износ накнаде не може зависити и не може бити повезан са пружањем додатних услуга субјекту ревизије.⁴⁴ Таквим приступом наш законодавац се определио за англосаксонски, а не за европско континентални приступ регулисању овог питања.

Законом о рачуноводству и ревизији Црне Горе ово питање није регулисано.

V Самостални ревизор

Традиционално су се слободне професије обављале индивидуално, тј. њих су обављала искључиво физичка лица (адвокати, јавни бележници, лекари, ветеринари и др.). Временом, дошло је до заједничког обављања слободних професија у форми грађанских друштава.⁴⁵ Такође, њихово обављање се није квалификовало као обављање трговинске делатности. У Европи се слободне професије и данас доминантно обављају као индивидуалне делатности од стране физичких лица, што представља једно од њихових обележја. Међутим, савремене друштвене промене у политичкој, економској и правној сфери довеле су до значајних промена

42 Закон о рачуноводству и ревизији Републике Српске, чл. 25, ст. 1, тач. е) и чл. 29, ст. 12.

43 Закон о рачуноводству и ревизији (*Сл. гласник РС*, бр. 46/2006), чл. 51, ст. 1, тач. 9.

44 ЗОРев, чл. 32.

45 Крајем XVIII века у Енглеској се налази на почетке ревизорске службе у савременом смислу. Временом, дошло је до оснивања института и завода, а најпознатији је онај основан у Енглеској и Шкотској (а нешто касније и у Велсу) под називом Институт овлашћених ревизора (*Institute of Chartered Accountants*).

у правном положају слободних професија, начину њиховог обављања и правним облицима у којима се обављају.⁴⁶

У правним системима тржишне привреде послове ревизије финансијских извештаја врше ревизори, који су правно организовани као индивидуални трговци (индивидуално предузетништво) или те послове обављају организовани у неки од облика трговачког друштва (колективно предузетништво). Осмом директивом 84/253/ЕЕЗ било је предвиђено да законску ревизију могу обављати физичка лица као овлашћени ревизори, који су уписани у регистар и правна лица организована у неки од облика трговачких друштва.⁴⁷ За разлику од решења у праву ЕУ, у нашем Закону о рачуноводству и ревизији (2006) било је предвиђено да делатност ревизије могу обављати само предузећа за ревизију, са својством правног лица. Овакво законско решење није било у сагласности са одредбама предметне директиве. Оно је било нееластично, јер није имало у виду да је ревизија слободна професија, онемогућавало је samozapošljavanje физичких лица која су имала професионално звање овлашћеног ревизора и штитило је у пракси монопол четири велике ревизорске куће.

И Директивом 2006/43/ЕУ, којом су уређена правила која се одnose на законску ревизију годишњих и консолидованих финансијских извештаја, предвиђено је да ревизију могу обављати физичка лица као „законски ревизори“, који су уписани у одговарајући регистар, и „ревизорска друштва“, као правна лица или било који други субјект, независно од његове правне форме, која су овлашћена од стране надлежног органа државе чланице ЕУ да врше законску ревизију.⁴⁸ Битно је да се истакне да законску ревизију могу да обављају само законски ревизори и ревизорска друштва који имају лиценцу државе чланице у којој врше законску ревизију, а одређивање лица која могу да обављају послове законске ревизије је препуштено унутрашњим прописима држава чланица ЕУ.⁴⁹ Важеће законско решење у нашем праву је по питању обављања

46 Развој технике и технологије није утицао непосредно на пружање услуга, али је омогућио нова сазнања у одређеним струкама и њиховом свеукупном развоју. Настале промене су у одређеним професијама довеле до специјализације (нпр. медицина, право, економија) и до повезивања сродних специјалности, али и различитих струка (нпр. пореско право – компанијско право, право – економија). Б. Корже, *Здружевање носилцев слободних професија заради скупине извајања дејавности*, Правник, Љубљана, шт. 9–10/2000, стр. 718.

47 Осма директива 84/253/ЕЕЗ, чл. 1, ст. 2.

48 Директива 2006/43/ЕУ, чл. 2, ст. 1, тач. 2 и 3.

49 На пример, у Немачкој привредни испитивачи (овлашћени ревизори) и заклетни ревизори књига своју професију (делатност) могу да обављају на три начина: 1) као појединци, у форми индивидуалног предузетништва; 2) када се удружују са другим носиоцима слободне професије – у правној форми индивидуалног предузетништ-

послова ревизије усаглашено са решењима из Директиве 2006/43/EУ, јер по први пут омогућава да послове ревизије обавља и самостални ревизор који се организује у правној форми предузетника.⁵⁰

У Србији Министарство финансија решењем издаје дозволу за обављање ревизије самосталном ревизору у својству предузетника. Њему је допуштено да истовремено има само једну овакву дозволу. Такође, допуштено му је да обавља послове ревизије и додатне услуге уз обављање ревизије.⁵¹ Међутим, није му допуштено да обавља законску ревизију друштава од јавног интереса⁵² и ревизију консолидованих финансијских извештаја. Такође, њему је забрањено да обавља друге делатности, осим ревизије и додатне услуге уз обављање ревизије. Затим, њему није допуштено да буде оснивач друштва за ревизију или другог привредног друштва. Даље, не може бити у радном односу код другог послодавца, не може имати друге регистроване самосталне делатности или статус законског заступника, директора, члана или председника надзорног одбора и извршног одбора у правном лицу и др.⁵³

На самосталног ревизора се сходно примењују одредбе закона које се односе на друштво за ревизију. У том смислу, нпр. он има законску обавезу да се осигура од одговорности за штету коју причини субјекту ревизије. Такође, законодавац му намеће обавезу да са другим самосталним ревизором или друштвом за ревизију закључи уговор о сарадњи на основу кога ће, за случај да самостални ревизор не буде могао због неспособности за рад да испуни своје обавезе из закљученог

ва (канцеларија, уред и сл.); 3) оснивањем привредних друштава привредних испитивача и привредних друштава заклетих ревизора књига – у форми колективног предузетништва. Б. Виторовић, „Законска регулатива независне рачуноводствене ревизије у Немачкој“, *Књиговодство*, бр. 6/1995, стр. 21.

50 У Србији Комора овлашћених ревизора води Регистар друштава за ревизију и самосталних ревизора. По протеку шест месеци од ступања на снагу Закона о ревизији, још увек није регистрован ниједан самостални ревизор предузетник. Од укупно регистрованих 60 субјеката, сви су регистровани као предузећа (друштва), са својством правног лица, у правној форми друштва са ограниченом одговорношћу, са седиштем у Београду, са изузетком шест друштава са седиштем у Новом Саду, два у Крагујевцу, по једно у Врњачкој Бањи, Шапцу, Панчеву, Зрењанину и Старој Пазови. Доступно на адреси: www.kor.rs.

51 То су: услуге из области финансија и рачуноводства; услуге финансијских анализа и контрола; услуге пореског и других врста пословног саветовања; услуге процене вредности капитала, имовине и обавеза; услуге судског вештачења; услуге израде и економске оцене инвестиционих пројеката; и друге средње услуге.

52 „Друштвима од јавног интереса“ сматрају се: 1) велика правна лица разврстана у складу са Законом о рачуноводству; 2) правна лица која се сматрају јавним друштвима у складу са Законом о тржишту капитала; 3) сва правна лица које Влада на предлог надлежног министарства прогласи правним лицима од јавног интереса за Србију, независно од њихове величине. ЗОРев, чл. 2, ст. 1, тач. 20.

53 ЗОРев, чл. 16.

уговора о ревизији, то учинити друга уговорна страна на основу уговора о сарадњи.⁵⁴

Каква су искуства земаља у окружењу у вези са самосталним ревизором? Словеначки законодавац у прводонетом Закону о ревизији (1993) није познавао самосталног ревизора.⁵⁵ Међутим, у касније донетом Закону о ревизији (2001) уводи „самосталног ревизора“ и дефинише га као овлашћеног ревизора који самостално обавља услуге ревизије као своју делатност и који је за њихово обављање добио дозволу Института.⁵⁶ А важећим Законом о ревизији (2008) самосталног ревизора дефинише као овлашћеног ревизора или овлашћену ревизорку, који самостално обављају услуге ревизије као самостални предузетници појединци и имају важећу дозволу Словеначког института за ревизију.⁵⁷

Хрватски законодавац није познавао самосталног ревизора у прводонетом Закону о ревизији (1992), јер је предвиђао да ревизију обављају искључиво „правне особе регистроване за обављање ревизије – ревизорске твртке“.⁵⁸ Са доношењем новог Закона о ревизији (2005) хрватски законодавац уводи самосталног ревизора. Реч је о физичком лицу које обавља услуге ревизије као своју делатност, мора бити искључиво у статусу овлашћеног ревизора и да за обављање тих услуга добије дозволу Хрватске ревизорске коморе.⁵⁹

Законодавац Македоније је познавао „овлашћеног ревизора – трговца појединца“ у Закону о ревизији (2005), а познаје и у важећем Закону о ревизији (2010), као физичко лице које је регистровано сагласно Закону о ревизији и Закону о трговачким друштвима и које поседује лиценцу за овлашћеног ревизора.⁶⁰

Законодавац Црне Горе познаје самосталног ревизора („овлашћени ревизор“), али га недовољно јасно регулише у Закону о рачуноводству и ревизији.⁶¹

Законодавац Републике Српске не познаје самосталног ревизора, јер предвиђа да све облике ревизије у Републици обављају „привредна друштва за ревизију која поседују лиценцу издату од Министарства“.⁶²

54 ЗОРев, чл. 17–19.

55 Закон о ревидирању (*Урадни лист РС*, бр. 32/1993 и 65/1993), чл. 4.

56 Закон о ревидирању (*Урадни лист РС*, бр. 11/2001), чл. 4, ст. 1, тач. 2.

57 Закон о ревидирању, чл. 3, ст. 1, тач. 10, алинеја 2.

58 Закон о ревизији (*Народне новине Хрватске*, бр. 90/1992), чл. 3, ст. 1.

59 Закон о ревизији, чл. 3–9.

60 Закон за ревизија, чл. 4, ст. 1, тач. 8, 23 и др.

61 Закон о рачуноводству и ревизији, чл. 2, ст. 1, алинеја 14 и чл. 13 и 15.

62 Закон о рачуноводству и ревизији Републике Српске, чл. 30, ст. 2.

VI Контрола квалитета рада друштава за ревизију, самосталних ревизора и лиценцираних овлашћених ревизора

Све чланице ЕУ су на основу Директиве 2006/43/ЕУ у обавези да успоставе систем контроле квалитета рада законских ревизора и ревизорских друштава, уз препоруке на којим критеријумима треба да буде успостављен тај систем. Такође, од држава чланица се захтева да предвиде ефикасне механизме истраге и санкција ради откривања, кориговања и спречавања неодговарајућег вршења законске ревизије. Предвиђене санкције треба да укључе и могућност одузимања лиценце законском ревизору и друштву за ревизију.⁶³

Доношењем посебног Закона о ревизији у праву Србије, по први пут је успостављена „контрола квалитета рада“⁶⁴ друштава за ревизију, самосталних ревизора и лиценцираних овлашћених ревизора, утврђен је њен предмет, одређен је субјект који је надлежан за њено спровођење, утврђени су услови за њено обављање и предузимање законом одређених мера у поступку вршења контроле.⁶⁵ Ова врста контроле финансира се средствима Коморе, која се посебно издвајају за ову намену. За случај вршења „ванредне контроле квалитета рада“, која се врши по налогу Министарства финансија а на предлог Одбора за јавни надзор, она се финансира из буџета Србије. Оваквим приступом Србија се својим решењима о овом питању максимално хармонизовала са успостављеним основним критеријумима из Директиве 2006/43/ЕУ европског система контроле квалитета.

Комора овлашћених ревизора је законом овлашћена за вршење контроле квалитета рада друштава за ревизију, самосталних ревизора и лиценцираних овлашћених ревизора, ради провере да ли се при обављању ревизије поступа у складу са законом, МСР и другим правилима ревизорске струке. Она ту контролу врши преко овлашћених лица, тј. контролора који имају професионално звање лиценцирани овлашћени ревизор, са најмање пет година радног искуства на пословима ревизије, који су у радном односу са Комором (запослена лица на неодређено време, са пуним радним временом) и испуњавају друге законом одређене услове (да су завршила додатну обуку према програму

63 Директива 2006/43/ЕУ, чл. 29–30.

64 Тачније, ова врста контроле била је само фрагментарно најављена у Закону о изменама и допунама Закона о рачуноводству и ревизију (*Сл. гласник РС*, бр. 111/2009). Тада је само било предвиђено да Комора овлашћених ревизора „врши проверу квалитета обављених ревизија у складу са Кодексом етике за професионалне рачуновође и у складу са Методологијом коју утврди Комора“ (чл. 33).

65 ЗОРев, чл. 71–88.

који утврди Комора). Контролори се образују по посебном програму Коморе.

У праву Србије успостављена је законска обавеза да се контрола квалитета рада врши најмање једном у шест година код друштава за ревизију и самосталних ревизора, а код друштва за ревизију које обавља ревизију друштава од јавног интереса најмање једном у три године.⁶⁶ Ова контрола се може обављати и чешће, нарочито у оним друштвима за ревизију или над самосталним ревизорима који су били предмет изрицања мера у поступку контроле.

Контрола квалитета рада друштава за ревизију, самосталних ревизора и лиценцираних овлашћених ревизора коју врши Комора овлашћених ревизора преко овлашћених контролора мора бити објективна (непристрасна), стручна (професионална) и спроведена у складу са законом.

Поступак контроле квалитета рада је посебна врста управног поступка, јер се спроводи на основу општих правила управног поступка и посебних правила садржаних у Закону о ревизији. Комора је дужна да о вршењу контроле квалитета рада писаним путем обавести друштво за ревизију и то, најкасније 15 дана пре почетка контроле. Такође, она је дужна да у вршењу контроле квалитета рада поштује два начела, и то: да контролу врши на објективан начин и да у њеном вршењу искључи сукоб интереса између лица која обављају проверу квалитета рада и друштва за ревизију, самосталног ревизора и лиценцираног овлашћеног ревизора. Тако извршена контрола подлеже надзору који обавља Одбор за јавни надзор.

На који начин се врши контрола квалитета? У спровођењу овог поступка користе се различите методе и средства, предузимају одређене радње и изричу одређене мере. Врши се провера квалитета обављених ревизија, свих кадровских, организационих и техничких могућности контролисаних лица у вези са обављањем ревизије, вредност и врста уговорених ревизорских накнада, као и провера свих извештаја и података који се достављају Комори.

Законом се посебно уређују права и обавезе у вези са вршењем контроле квалитета, с једне стране контролисаних лица, а с друге стране и контролора. Основне обавезе контролисаног лица су да на захтев овлашћеног лица Коморе омогући контролу квалитета у свом седишту и омогући преглед ревизорских извештаја, радне документације, као и друге документације на основу које су ревизорски извештаји састављени. Овлашћено лице Коморе дужно је да након обављене контроле квалитета рада састави извештај који мора да садржи значајне налазе и

66 ЗОРев, чл. 73.

закључке и да га достави Комисији за контролу квалитета, друштву за ревизију, односно самосталном ревизору код којег је вршена контрола. Само за случај да је извршена ванредна контрола, овај извештај се доставља и Министарству финансија и Одбору за јавни надзор. По претходно прибављеном мишљењу Одбора за јавни надзор, Комора је дужна да једном годишње објави, на својој интернет страници, укупне резултате провере квалитета рада друштава за ревизију и самосталних ревизора.⁶⁷

Утврђени су услови за изрицање законом предвиђених мера и врсте мера које се могу предузети према друштву за ревизију, самосталним ревизорима и лиценцираним овлашћеним ревизорима, у поступку вршења контроле квалитета. Полазећи од критеријума тежине учињених повреда, законодавац је предвидео различите мере које се могу предузети, с једне стране према друштвима за ревизију и самосталним ревизорима,⁶⁸ а с друге стране према лиценцираним овлашћеним ревизорима.⁶⁹ Ове мере је овлашћено да изриче Министарство финансија на предлог Одбора за јавни надзор, а на основу извештаја о обављеној контроли квалитета рада и препоруке Коморе овлашћених ревизора. Министарство меру изриче у форми решења,⁷⁰ против којег се не може изјавити жалба, али се може покренути управни спор. Решење о изрицању мере доставља се Комори наредног дана од дана када је постало извршно. Након тога је Комора дужна да решење без одлагања упише у Регистар изречених мера и тиме га учини доступним јавности.

Кад је реч о земљама у окружењу, у Словенији „надзор над квалитетом ревизије“ врше Институт за ревизију и Агенција за јавни надзор над вршењем ревизије, сагласно њиховим надлежностима.⁷¹ У Хрватској

67 ЗОРев, чл. 76.

68 Под условима и на начин одређеним законом, Министарство може према друштвима за ревизију, односно самосталним ревизорима да предузме четири законом одређене мере: 1) наложи отклањање утврђених неправилности; 2) одреди додатне мере; 3) условно одузме дозволу за обављање ревизије; 4) одузме дозволу за обављање ревизије. ЗОРев, чл. 77.

69 Под условима и на начин одређеним законом, Министарство може према лиценцираним овлашћеним ревизорима да предузме четири законом одређене мере: 1) изда налог за отклањање неправилности; 2) изрекне јавну опомену; 3) условно одузме лиценцу; 4) одузме лиценцу. ЗОРев, чл. 85.

70 Решење којим се налаже отклањање неправилности мора да садржи: 1) опис неправилности чије је отклањање утврђено решењем; 2) рок у коме је друштво за ревизију, односно самостални ревизор дужан да отклони неправилности и да достави извештај о отклањању неправилности; 3) начин отклањања неправилности; 4) доказе о отклањању неправилности које је друштво за ревизију, односно самостални ревизор дужан да достави Комори. ЗОРев, чл. 79.

71 Закон о ревидирању, чл. 6.

постоји слично решење као у Закону о ревизији Србије, јер је Законом о ревизији (2005) успостављен у посебном поглављу систем „надзора и провере квалитета рада ревизорских друштава, самосталних ревизора и овлашћених ревизора“, а затим је у Закону о изменама и допунама Закона о ревизији (2008) незнатно измењен и допуњен, све у циљу његовог прецизирања и даље хармонизације са одредбама Директиве 2006/43/ЕУ.⁷² Хрватска ревизорска комора донела је посебан Правилник (2011) ради ближег регулисања контроле квалитета рада.⁷³ У праву Македоније је контрола квалитета успостављена Законом о ревизији (2005), а незнатно прецизирана Законом о ревизији (2010). Законом је стављено у дужност Институту овлашћених ревизора да врши контролу квалитета над радом овлашћених ревизора, друштава за ревизију и овлашћених ревизора – трговаца појединаца.⁷⁴ Законодавци Црне Горе и Републике Српске немају успостављен посебан систем контроле квалитета.

VII Одбор за јавни надзор над обављањем ревизије

После великих финансијских скандала који су се догодили у свету, и на нивоу ЕУ долази до појачаног захтева да представници јавног интереса, тј. надлежни државни органи узму веће учешће у вршењу надзора над ревизорском професијом, односно над друженом ревизорском услугом. Овај механизам јавног надзора треба да доведе до уверења да ревизорска професије делује у јавном интересу. Све државе чланице ЕУ су, сагласно Директиви 2006/43/ЕУ, дужне да успоставе ефикасан систем јавног надзора законских ревизора и ревизорских друштава, који ће поживати на утврђеним принципима из предметне директиве.⁷⁵

Кад је реч о земљама у окружењу, у Хрватској постоји слично решење као у Закону о ревизији Србије (тело образује Влада), у Словенији је основана посебна Агенција за јавни надзор над вршењем ревизије, а у Македонији је основан Савет за унапређење и надзор над ревизијом.

У праву Србије је по први пут предвиђено постојање Одбора за јавни надзор, на основу важећег Закона о ревизији.⁷⁶ Њега формира

72 Закон о ревизији, чл. 43–53.

73 Правилник о надзору и провјери квалитете рада ревизорских друштава, самосталних ревизора, заједничких ревизорских уреда и овлаштених ревизора, *Народне новине Хрватске*, бр. 62/2011 и 49/2012.

74 Закон за ревизија, чл. 19, ст. 1, алинеја 11.

75 Директива 2006/43/ЕУ, чл. 31–34.

76 Законодавац Србије „Одбор за јавни надзор над обављањем ревизије“ појмовно одређује као „тело које оснива (формира, образује – Љ. Д.) Влада са надлежности-ма утврђеним (овим) законом“. ЗОРеВ, чл. 2, ст. 1, тач. 27.

влада Србије ради заштите јавног интереса у раду Коморе овлашћених ревизора, друштава за ревизију, самосталних ревизора и лиценцираних овлашћених ревизора. У погледу правног статуса Одбора, он нема својство правног лица. За разлику од оваквог решења, законодавац Словеније је основао Агенцију за јавни надзор над вршењем ревизије, као самосталне и независне организације са својством правног лица.⁷⁷ А законодавац Македоније је у Закону о ревизији (2005) најпре успоставио „Савет за унапређење и надзор над ревизијом“, без својства правног лица,⁷⁸ а затим га је разрадио и прецизирао у Закону о ревизији (2010).⁷⁹ У Хрватској је Законом о ревизији (2005) уређена претеча предметног правног института, путем вршења „јавног надзора Коморе“ од стране министарства финансија.⁸⁰ Изменама и допунама Закона о ревизији (2008), наведени правни институт је замењен новим – „Одбором за јавни надзор ревизије“ (детаљније регулисан и начелно се сажински поклапа са Одбором за јавни надзор над обављањем ревизије из српског законодавства⁸¹), који је српском законодавцу послужио као узор. У црногорском Закону о рачуноводству и ревизији, односно у Закону о рачуноводству и ревизији Републике Српске предметни институт се наслућује само у траговима у „Савјету за рачуноводство и ревизију“,⁸² односно у „Савјету за рачуноводство и ревизију Републике Српске“.⁸³

Одбор за јавни надзор над обављањем ревизије у праву Србије има председника и шест чланова.⁸⁴ Чланове одбора именује и разрешава Влада, на предлог Министарства финансија (председника и четири члана), НБС (један члан) и Комисије за хартије од вредности (један члан). Бирају се на период од четири године (у Македонији се чланови Савета бирају на пет година), уз могућност да поново буду бирани највише још један мандат. Они одлучују самостално и независно, иако

77 Закон о ревидирању, чл. 18

78 Закон за ревизија (2005), чл. 7–9.

79 Ради унапређења и надзора над вршењем ревизије Савет оснива влада Македоније на предлог министра финансија, као самостално и независно регулаторно тело, са јавним овлашћењима утврђеним законом. Стиче својство правног лица уписом у одговарајући регистар. За своје пословање одговоран је влади Македоније. Сматра се да постоји кворум за рад и одлучивање и да се одлуке доносе ако седници присуствује, односно ако за предлог одлуке гласа већина од укупног броја чланова Савета. Закон за ревизија, чл. 6 и 14.

80 Закон о ревизији (2005), чл. 42.

81 Закон о изменама и допунама Закона о ревизији (2008), чл. 26–27.

82 Закон о рачуноводству и ревизији, чл. 17а–17д.

83 Закон о рачуноводству и ревизији Републике Српске, чл. 25–27.

84 Законом је стављено у дужност Влади да у року од 90 дана од дана ступања на снагу Закона о ревизији образује Одбор за јавни надзор именованем његових чланова. ЗОРев, чл. 107, ст. 1.

већи број законских решења указује да су зависни и одговорни влади Србије (нпр. доставља Влади годишњи извештај о раду, висину накнаде за њихов рад одређује Влада на предлог Министарства финансија). Стручне и административне послове за потребе Одбора обавља Министарство финансија.

Имајући у виду значај послова које обавља Одбор, од његових чланова се захтева да испуњавају посебне услове за именовање, и то два позитивна и два негативна. Први, за кандидата могу бити предложена лица која су стекла високо образовање на основним студијама у трајању од најмање четири године из научне области економске или правне науке. Други, да имају најмање пет година радног искуства на руководећем положају оствареног у областима релевантним за обављање послова из надлежности Одбора (рачуноводство, ревизија, финансије или право) или имају осам година радног искуства у овим областима. Треће, да кандидат није запослен у Комори и није члан органа Коморе. Захтева се да ова лица буду независна како од лица која пружају ревизорске услуге, тако и од Коморе која, између осталог, врши контролу квалитета рада ревизорских друштава и лиценцираних овлашћених ревизора. Значи, радом Одбора за јавни надзор морају да управљају „непрактичари“⁸⁵ односно да његову већину чине стручњаци „непрактичари“. Четврти, да није осуђивано за кривична дела која га чине недостојним за обављање послова јавног надзора над обављањем ревизије.

Одбор за јавни надзор пословником уређује начин свог рада, објављује годишњи програм рада и годишњи извештај о раду на интернет страници Министарства финансија и доставља влади Србије годишњи извештај о свом раду. У праву Македоније Савет за унапређење и надзор над ревизијом доноси статут на који сагласност даје Влада, којим се уређује унутрашња организација, управљање и руковођење, поступак за доношење аката, начин и услови за пословање Савета, као и друга питања од значаја за његов рад. Статут и други подзаконски акти Савета објављују се у службеном гласилу Македоније.⁸⁶

Одбор врши надзор над спровођењем контроле квалитета рада друштава за ревизију, самосталних ревизора и лиценцираних овлашћених ревизора. Обавља надзор над: 1) спровођењем програма за полагање, признавање и организовање испита за звање овлашћени ревизор; 2) утврђивањем и спровођењем програма континуираног професионал-

85 Сагласно Закону о ревизији и Директиви 2006/43/ЕУ под „непрактичарем“ се води физичко лице које најмање три године пре чланства у Одбору за јавни надзор над обављањем ревизије није вршило ревизију, није имало право гласа у друштву за ревизију, није било директор, односно члан органа управљања или надзора друштва за ревизију и није било запослено у друштву за ревизију.

86 Закон за ревизија, чл. 7.

ног усавршавања лиценцираних овлашћених ревизора; 3) издавањем, продужењем и одузимањем лиценци овлашћеним ревизорима; 4) издавањем и одузимањем дозвола за обављање ревизије друштвима за ревизију и самосталним ревизорима; 5) применом МСР; 6) применом Кодекса професионалне етике ревизора; 7) спровођењем дисциплинских поступака и других мера у циљу отклањања и санкционисања неправилности. Такође, Одбор даје мишљење на превод МСР, сарађује са Комором, надзорним органима држава чланица и са надзорним органима трећих земаља, обавља и друге послове, у складу са законом.⁸⁷

У праву Србије предвиђено је више механизма за спровођење јавног надзора од стране Одбора. Спроводи јавни надзор тако што: даје сагласност и мишљења на опште акте Коморе, прати спровођење тих акта и предлаже њихову измену; даје мишљење на годишњи план провере квалитета рада друштава за ревизију, самосталних ревизора и лиценцираних овлашћених ревизора; даје предлог за ванредне провере квалитета; разматра годишњи извештај о раду Коморе, који она мора да достави у року од 30 дана од усвајања на својој скупштини; предлаже мере за које је законом овлашћен.

Одбору за јавни надзор дата је могућност да предузме законом одређене мере, за случај да оцени да у поступку надзора над обављањем ревизије постоји основана сумња да су учињене одређене незаконитости и неправилности у раду Коморе. Он може да затражи извештај и друге податке као доказ о уоченим неправилностима, као и да предложи мере ради уклањања уочених неправилности. Такође, може да покрене иницијативу за утврђивање одговорности чланова органа и запослених у Комори, као и да предложи сазивање скупштине Коморе, односно да предузме друге мере из своје надлежности.

Одбор за јавни надзор има значајно месту и улогу у остваривању међународне сарадње, с једне стране према државама чланицама ЕУ, а с друге стране према трећим земљама. Одбору је стављено у дужност да, преко Министарства финансија, пружа помоћ, доставља информације и сарађује са надлежним органима држава чланица ЕУ одговорним за одобрење, регистрацију, проверу квалитета рада и надзор овлашћених ревизора, односно друштава за ревизију. Такође, он може да дозволи да се, под законом утврђеним условима, радна документација или други документи које поседују лиценцирани овлашћени ревизори, самостални ревизори и друштва за ревизију доставе надлежним органима треће земље.⁸⁸

87 ЗОРев, чл. 90.

88 ЗОРев, чл. 96, ст. 1 и чл. 98, ст. 1.

VIII Закључак

У поступку доношења Закона о ревизији у праву Србије првенствено стручна јавност била је критички настројена према већем броју понуђених решења, али и самом концепту на којем је тај закон израђен. Једна од концептуалних поставки за доношење предметног закона била је свеобухватна и једнократна, односно једнофазна хармонизација прописа Србије у области ревизије са релевантном легислативом ЕУ, првенствено са Директивом 2006/43/ЕУ.

Једно од питања које се тада наметало а и данас намеће, и након доношења Закона о ревизији, јесте да ли је наш законодавац требало да се у потпуности и једнократно хармонизује са решењима предметне директиве ЕУ? Даље, да ли су таквим приступом наш законодавац и пословна пракса више добили или су понешто и изгубили? Затим, шта би се догодило у пословној пракси да се наш законодавац определио за европски приступ хармонизацији прописа – у више фаза и у одређеним временским интервалима? На крају, да ли смо у хармонизацији ове законске материје више наступали политички и емоционално, а мање професионално и разложно?

Одређене критике стручне јавности биле су оправдане, што ће и време пред нама показати. Те критике првенствено се тичу усвојеног концепта на коме је почивало доношење Закона о ревизији. Требало је у приступу хармонизације прописа о ревизији са правом ЕУ поћи од њеног фазног одвијања, у одређеним временским интервалима. На тај начин би у овом значајном, комплексном и одговорном поступку доношења прописа о ревизији наступали максимално трезвено, разложно, професионално, ефикасно и ефективно.

Увођење самосталног ревизора у право ревизије Србије треба поздравити као пожељно и добро решење, иако је реч о неоправдано закаснелој хармонизацији са легислативом ЕУ. Њега је требало увести у наш правни систем доношењем Закона о рачуноводству и ревизији из 2006. године. Треба очекивати да ће увођење овог правног института допринети јачању интегритета ове професије, повећању конкуренције у области ревизије и незнатном сламању вишегодишњег монопола четири ревизорске куће, снижењу цена ревизорских услуга и повећању самозапослених лица.

Код креатора законодавства о ревизији Србије још увек постоје одређена лутања, недоумице и неразумевања у одређивању правне природе законске ревизије. Због тога је и у овом раду постављено питање: да ли је законска ревизија комерцијална (привредна) делатност или слободна професија?

Ljubiša DABIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Economics University of Belgrade

SERBIAN HARMONIZATION OF REGULATIONS WITH EU LEGISLATION IN THE AREA OF AUDIT

Summary

In his work, the author analyzes the newly enacted legislation on auditing in Serbia and the degree of their harmonization with the relevant EU legislation, especially with the Directive 2006/43/EC. In this research comparative legal approach is represented due to comparison of domestic solutions to solutions of EU and neighboring countries (Slovenia, Croatia, Macedonia, Montenegro and the Republic of Srpska).

This research examines several relevant issues such as: statutory audit, occupational titles in the field of audit, whether the statutory audit is commercial occupation or free profession, independent auditor, control of the quality of auditing firms, independent auditors and licensed certified auditors, and finally, the board of public oversight over the conduct of the audit.

In conclusion, the author highlights that in the process of adoption of Audit Law in Serbia, primarily professional community was critical of a larger number of offered solutions and with regards to the concept on which the law was created. One of the conceptual premises for the adoption of the law was comprehensive and one-time harmonization of Serbian legislation in the area of audit with the relevant EU legislation.

Key words: *audit, statutory audit, Directive 2006/43/EU, harmonization, free professions.*

др *Јасмина* ЛАБУДОВИЋ СТАНКОВИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

др *Нада* ТОДОРОВИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО И ОБРАЗОВАЊЕ

Резиме

У раду се разматра сарадња јавној и приватној сектору, тј. јавно-приватно партнерство у образовању. Иако аутори наводе различите облике јавно-приватно партнерства, у њиховом су фокусу истраживање, иновације и развој као један од облика поменутих сарадње, тј. сарадња високошколских установа (факултета) са привредом, тј. приватним партнером. Разлози за сарадњу присутни су и код једне и код друге стране. Аутори говоре о државном образовању, а не приватном. У контексту овог рада, јавно-приватно партнерство се не односи на приватизацију.

Аутори наглашавају да у оваквим аранжманима држава мора да задржи контролне функције, одговорности за квалитетно образовање, односно другим речима супериорности у односу на приватног партнера. Циљ државе мора да буде врхунско образовање, максимизирање знања, тржишних вредности студента, повећање квалитета и конкурентности, као и улога њених високошколских установа.

Сарадња се мора пристојно врло опрезно, будући да је образовање предмет посебној друштвеној интереса и значаја. Знање представља врло важан ресурс без кога се не може замислити савремени привредни развој.

Кључне речи: јавно-приватно партнерство, образовање, квалитетно образовање, економија, заснована на знању, знање као ресурс.

I Уводне напомене

Јавно-приватно партнерство свој „пут“ започиње 80-их година 20. века, што се поклапа са процесом транзиције и променама на економском, социјалном и политичком плану,¹ с тим да се корени ЈПП могу срести и раније.² Трансформација друштвене и државне својине у приватну, прелаз са планског на тржишни начин привређивања и потреба за бољим управљањем јавним сектором у тесној су вези са ЈПП и објашњавају потребу његовог настанка.³ Ипак, данас се истичу и приговори, у смислу да је допуштено превелико мешање приватног сектора у јавни, те да стога „држава мора имати шири овлашћења као власник, а не само као регулатор“.⁴ Уосталом, поука последње финансијске кризе је да држава не сме превише да се „повлачи“ пред приватним сектором и све препусти дејству тржишног механизма.

Постоје аутори који ЈПП аутоматски поистовећују са приватизацијом.⁵ Чак се и израз „партнерство“ у синтагми ЈПП, доживљава као параван за приватизацију.⁶ Међутим, нема свако ЈПП за циљ приватизацију. Зато је нужно указати на разлику између ЈПП које води приватизацији

- 1 Душан Дамјановић, Татијана Павловић Крижанић, Габор Петери, *Партнерство јавној и приватној сектору – добра и лоша искуства у одабраним земљама у транзицији*, Палго центар, Београд, 2010, стр. 9.
- 2 Хрвоје Качер, Дејан Кружић, Анте Перкушић, „Јавно-приватно партнерство: атрактивност DBFOOT модела“, *Зборник радова Правној факултету у Силбиу*, бр. 3/2008, стр. 606.
- 3 Будући да је ЈПП повезано са почетком процеса транзиције и идеологијом тог времена, морамо истаћи да се често говорило о „избору, конкуренцији, ефикасности, иновацијама, што је све везивано за приватни сектор, и обимној администрацији, бирократији, неефикасности што се повезивало са државним сектором“ (Education International, *Public Private Partnerships in Education*, 2009, стр. 25). Држава је често „прозивана“ да не може да обезбеди добро, ефикасно и квалитетно образовање, да не подстиче иновације и конкуренцију. Да би се превазишли такви проблеми, решење је тражено, односно пронађено у ЈПП. Опоненти заступају став да су разлици увођења ЈПП погрешни и да се обично иза свега крију политички мотиви.
- 4 Д. Дамјановић, Т. Павловић Крижанић, Г. Петери, *нав. дело*, стр. 10.
- 5 Е. S. Savas, *Privatisation and Public Private Partnerships*, према: Education International, *нав. дело*, стр. 20.
- 6 С. Sheil, *The trouble with PPPs: an un-holy alliance*, према: Education International, *нав. дело*, стр. 20.

и ЈПП који нема овај циљ, већ, на пример подизање квалитета јавних услуга. ЈПП је врло комплексан уговорни однос у коме укључивање приватног партнера у финансирање јавног сектора представља само један део тог односа.⁷ Приватни партнер може да модернизује јавне услуге, управља њима, омогући специјализацију, иновације, утиче на квалитет, ефикасност, смањи трошкове, док јавни сектор, тј. држава задржава контролну функцију и сноси одговорност за добро функционисање и квалитет јавних услуга (на пример, високог образовања, здравства и сл.).

ЈПП је присутно у многим сферама од јавног интереса – здравству, образовању, комуналним делатностима, локалном и регионалном развоју, саобраћајној инфраструктури и сл. Ми ћемо се у овом раду фокусирати на ЈПП у образовању,⁸ имајући у виду значај овог сегмента друштвене надградње и друштвену потребу да образовање, нарочито високо, створи активне и одговорне чланове друштва, који ће све оно уложено у њих, друштву вратити својом стручношћу, професионализмом, вештинама, креативношћу, те научном изузетношћу. Истовремено, и приватни сектор ће имати велике користи од стручне и образоване радне снаге, али исто тако и држава.

Притом, морамо нагласити да у раду говоримо о државном образовању, а не о приватном. Такође, ЈПП се, у контексту овог рада, не односи на приватизацију државног образовања. У раду се аутори фокусирају на један облик сарадње приватног и јавног сектора – истраживање и развој које би могло да утиче на побољшање квалитета образовања (примарно високог), стандарде образовања, већу конкурентност државног образовања и већи углед домаћих високошколских установа. Стога, аутори разматрају сарадњу високошколских установа, тј. факултета и привреде, тј. приватног сектора. Да неће доћи до приватизације треба да нас увери држава, која ће то, као јавни партнер, јасно дефинисати уговором о ЈПП и поставити као циљ побољшање квалитета и стандарда образовања,⁹ а за себе задржати контролне функције и проверу квалитета, право доношења програма, запошљавање наставника. Другим речима, мора постојати супериорност државе као партнера. Евентуална

7 Х. Качер, Д. Кружић, А. Перкушић, *нав. чланак*, стр. 608.

8 Назив јавно-приватно партнерство везује се за САД, а употребљаван је у почетку за партнерство у образовању; затим се његова примена проширила и на друге секторе. Слађана Бенковић, Слађана Барјактаровић Ракочевић, „Модели јавно-приватног партнерства у финансирању инфраструктурних пројеката“, у: Константин Костић (ур.), *Операциони менаџмент и функцији одрживој економској расіа и развоја Србије 2011–2020*, ФОН, Београд, 2011, стр. 490.

9 Искуства са различитим облицима ЈПП су врло подељена. Има позитивних, али и негативних (погоршање квалитета образовања, смањени приходи и сл.).

опасност у смислу ризика преузимања контроле од стране приватног партнера и приватизације,¹⁰ могла би бити присутна код високопрофитабилних партнерстава, али решење за то је, како смо претходно поминули задржавање потпуне контроле од стране државе.

Примарни циљ склапања партнерства у образовању не треба да буде везан искључиво за проналажење нових извора финансирања,¹¹ како би се држава растеретила, већ подизање квалитета и стандарда образовања, стварање високостручне и специјализоване радне снаге, неопходне привреди, тј. друштву. Ипак, не може се рећи да је финансирање безначајно.¹² Напротив. Помоћ у финансирању, за државу значила би да може да осмисли нове програме, финансирање многих пројеката, што би обезбедило иновације, стицање нових сазнања, вештина и сл., а уз то високостручна и специјализована радна снага временом ће допринети стварању већег бруто домаћег производа (БДП).

II Економија заснована на знању

Традиционалној подели ресурса на рад, капитал и земљу, неизоставно се, и с пуним оправдањем, „придружило“ и знање. Економија заснована на знању полази од схватања да привредног раста и развоја нема без знања, односно повећања броја образованих, међу којима нарочито оних чије су квалификације неопходне привреди и директно доприносе привредном расту и развоју. У том смислу, врло је важно успостављање везе између високошколских установа (универзитета), државе и индустријског сектора.¹³ Значај знања као ресурса који треба да обезбеди друштвени прогрес заслуга је, пре свега, Теодора Шульца (*Theodore W. Schultz*) који је и развио теорију о улагању у људски

10 Теодора Молнар, „Јавно-приватно партнерство у високом образовању као промотор развоја тржишно примјењивог знања“, *Андрајошки гласник*, бр. 2/2013, стр. 161.

11 Уколико је ЈПП мотивисано искључиво потребом државе да смањи буџетске трошкове, то може значити погоршање квалитета образовања. Ерозија квалитета образовања настаје и ако је ЈПП мотивисано, на првом месту, политичким разлозима. Таквих примера има много. *Education International*, *нав. дело*, стр. 28–29.

12 Економисте муче многа питања у образовању (алокација ресурса, пружање услуга образовања, тржишна структура), а једно од важних је и финансирање образовања. Примећено је чак да невелике разлике у количини ресурса могу довести до великих разлика у резултатима образовања. George A. Akerlof, Rachel E. Kranton, „Identity and Schooling: Some Lessons for the Economic of Education“, *Journal of Economic Literature*, No. 4/2002, стр. 1167, 1170–1171.

13 Т. Молнар, *нав. дело*, стр. 146

капитал, али и Гарија Бекера (*Gary Becker*). Шулц даје предност знању (образовању) у односу на остале ресурсе и истиче да су стечене способности људи, као што су образовање, искуство, вештине, али и здравље – базичне категорије економског напретка.¹⁴ Шулц је истраживањем дошао до закључка да се са растом дохотка инвестиције у људски капитал повећавају за 3,5 пута, што говори о високој доходној еластичности тражње за образовањем.¹⁵ Он издваја и кључне категорије које доприносе повећању људског капитала. То су: здравствене установе и здравствене услуге, стручно усавршавање, формално организовано основно, средње и високо образовање, студијски програми за одрасле које не организују компаније и миграције појединаца и њихових породица у тражењу бољих услова за живот.¹⁶

Образовање је, као „неопипљиви (духовни) капитал“,¹⁷ предмет великог друштвеног интересовања, будући да се економски раст базира на научно-технолошким иновацијама. Пред образовање се поставља задатак константног усавршавања и иновативности, како би радна снага била спремна да одговори захтевима привреде и тржишта, што нарочито долази до изражаја у условима савременог техничко-технолошког напретка у коме није више довољно тзв. традиционално образовање, у смислу да оно што је научено (стечено) током школовања буде довољно за читав радни век.¹⁸ С тим у вези, субјекти економске политике морају предузети неопходне мере како би више улагали у образовање, у усавршавање, што утиче и на подизање квалитета целокупног становништва, нарочито оног радно активног.¹⁹ Зато не чуди што најразвијеније земље света највише инвестирају у образовање.²⁰ Њихова се развојна политика

14 Видоје Стефановић, „Образовање и људски капитал (Теодор В. Шулц о инвестирању у људе)“, *Теме*, бр. 1–2/1999, стр. 122.

15 Theodore W. Schultz, „Investment in Human Capital“, *The American Economic Review*, No. 1/1961, стр. 11.

16 *Ibid.*, стр. 9.

17 Фридрих Хајек, *Право, законодавство и слобода*, Службени лист СРЈ, Београд, ЦИД, Подгорица, 2002, стр. 318.

18 Стеван Деветаковић, Биљана Јовановић, Гојко Рикаловић, *Национална економија*, Центар за издавачку делатност Економског факултета у Београду, Београд, 2011, стр. 90.

19 *Ibid.*, стр. 91.

20 Оне уважавају концепт економије засноване не знању и схватају важност и нужност сарадње високошколских установа и приватног сектора, те преко ЈПП у образовању, између осталог, налазе пут изласка из кризе, о чему сведоче примери у САД и Великој Британији. David J. Maurrasse, *Strategic Public Private Partnerships – Innovation and Development*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2013, стр. 52, 54 и 65.

заснива на економији заснованој на знању,²¹ односно на „тржишно примјенљивом и исплативом образовању“.²²

Све ово говори да се унапређењу образовања мора приступити плански, систематизовано, организовано, стратешки, са јасно дефинисаним циљевима, а не спорадично, узгред, случајно, као део политичког програма у предизборним кампањама.

Иако се природним и техничким наукама додељује примарна улога у привредном развоју, не смеју се запоставити ни друштвене науке. У привреди, односно друштву мора се водити рачуна о успостављању и одржавању стабилних институција. Друштву су потребни добри правници – судије (због стабилног и ефикасног правног и судског система неопходног за функционисање привредног система), добри економисти који ће да воде компаније и сл.

III Особине ЈПП

ЈПП је формалног карактера и по природи је добровољно. Подразумева дугорочне односе између партнера, као и поделу ризика. Независно од чињенице што нема ЈПП без поделе ризика, у сектору образовања се не може комплетан ризик пренети на приватног партнера. Свакако да већи део ризика у сектору образовања држава настоји да пренесе на приватног партнера. Зато се сматра да ефикасност ЈПП, између осталог, зависи и од преноса ризика на приватног партнера.²³ Међутим, држава је, као јавни партнер, потпуно одговорна за образовање и ту одговорност не може да пребаци на друге.²⁴ Она не сме да се одрекне одговорности те врсте. Зато је увек оправдано поставити питање до ког нивоа се може и сме ићи са ЈПП.

Ризици који се појављују у ЈПП у образовању односе се на: ризик градње објеката (под условом да је реч о изградњи зграда – одговор-

21 На овом концепту, уз одрживи економски раст и пуну запосленост, почива и Лисабонска стратегија ЕУ. Овај концепт треба да подигне конкурентност ЕУ у односу на остале земље. Окосницу тог концепта представљају инвестиције у информационе и комуникационе технологије и стварање информатичког друштва, истраживање и развој, образовање и људски капитал. У том смислу је постављен циљ да се издвајања за истраживања и развој повећају на 3% БДП и то тако што би 1% финансирао држава, а 2% пословни сектор. Боштјан Удович, Маја Бучар, „Building the knowledge society: The case of European Union new member states“, *Ревуја за социологију*, 1–2/2008, стр. 35–36.

22 Т. Молнар, *нав. чланак*, стр. 149.

23 OECD, *Public-Private Partnership: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, Paris, 2008.

24 Д. Дамјановић, Т. Павловић Крижанић, Г. Петери, *нав. дело*, стр. 37.

ност за успешно обављену изградњу), ризик утицаја политичких одлука о оправданости ЈПП, ризик цене за услугу, ниво и облик социјалних субвенција, ризик управљања, ризик опадања тражње за услугом, ризик да се услуга не обави на задовољавајући начин (нпр. услуга је неодговарајућег квалитета), корупција. Јасно дефинисани ризици, добра анализа ризика и адекватна подела ризика врло су важни, јер је највећа претња ЈПП слаба анализа ризика.²⁵

Следећа особина ЈПП огледа се у томе што су и приватни и јавни партнери фокусирани на резултате. ЈПП може укључити и partnere којима је циљ остваривање профита, али и оне којима то није циљ. У сваком ЈПП, јавни партнер мора да дефинише приоритете, резултате, циљеве, а нарочито у сектору образовања.

IV Облици ЈПП у образовању

Независно о ком облику ЈПП говорили, на њега утичу специфичности друштвеног и политичког амбијента.²⁶ Колико ће ЈПП бити закључено и ког облика зависи и од „става јавности према приватизацији и учешћу приватног сектора“. Међутим, како смо претходно рекли, овај рад се не односи на приватизацију.

Постоји много облика сарадње у ЈПП. Они се разликују према уговореном начину финансирања, управљања, расподеле ризика, власништва, контроле.²⁷ Најчешћи облици сарадње универзитета, односно високошколских установа и привреде, тј. приватног сектора базирају се на научно-истраживачким пројектима, али и преносу интелектуалне својине на патентима и лиценцама приватном партнеру.

Сарадња приватног и јавног сектора (државних високошколских установа) у области истраживања и развоја доприноси подели ризика и трошкова дугорочног истраживања, специјализацији знања (вештина, способности) и отвара приступ новим тржиштима.²⁸ С друге стране, истраживачки пројекти побољшавају перформансе компанија, омогућују стварање додатне вредности и већу конкурентност.

ЈПП у образовању може зависити од врсте приватног партнера који улази у уговорни однос са јавним партнером. Практично, као приватни партнер могу се појавити предузетници, добротворне установе,

25 Education International, *нав. дело*, стр. 17.

26 Д. Дамјановић, Т. Павловић Крижанић, Г. Петери, *нав. дело*, стр. 13.

27 Х. Качер, Д. Кружић, А. Перкушић, *нав. чланак*, стр. 611.

28 Elias Carayannis, Jeffrey Alexander, Anthony Ioannidis, „Leveraging knowledge, learning and innovation in forming strategic government-university-industry (GUI) R&D partnerships in the US, Germany, and France“, *Technovation*, No. 20/2000, стр. 483.

невладине организације и сл. Они могу имати различите интересе и мотиве за партнерство.²⁹

Приватни партнер се може укључити у ЈПП због профита, али то не мора бити једини мотив за партнерство. Мотив за улазак приватног партнера у ЈПП може бити заинтересованост за добијање стручног и добро оспособљеног кадра које ће упослити по окончању образовања. Наиме, компаније које улазе у ЈПП су често оријентисане на иновације, те им је потребан стручан кадар. У наставку говоримо о најчешћим облицима сарадње јавног и приватног сектора, тј. ЈПП у образовању.

Постоји врло широка лепеза ЈПП. Сумирајући многобројне класификације, могуће је навести следеће облике ЈПП:³⁰ приватно управљање државним школама (тзв. уговорне школе); ваучери у образовању и стипендије; инфраструктурно ЈПП; уговарање испоруке услуга образовања (нпр. на даљину); иновације, истраживање и развој; издвајање услуга које немају карактер образовања и преношење на трећег.

Код тзв. уговорних школа (приватно управљање и државне школе), државним школама управљају приватни менаџери (компаније) на основу уговора са јавним партнером уз одговарајућу накнаду. Према овом облику школе остају у државном власништву, финансира их држава, али је управљање образовним институцијама у приватним рукама.

Ова варијанта ЈПП могућа је у смислу да приватни партнер управља институцијом, с тим да он и запошљава наставнике, али и у смислу да само управља, док наставнике запошљава јавни партнер. Ипак, врло је важно да наставници имају слободу деловања, јер ако се они превише ограниче, ако им се наметну стандарди који спутавају њихову слободу и креативност, свакако да ће трпети и студенти, ђаци, односно образовање у целини. У овом моделу су забележени незадовољавајући резултати. Школе којима се приватно управља добијају мање средстава из буџета. Могу имати велике приватне донације, али квалитет образовања не прати раст прилива финансијских средстава. Отварају се врата профитерима, крађи, проневери средстава, корупцији, о чему има много примера. Светска банка³¹ чак сматра да је поменути модел тешко спроводив због тешкоћа око проналажења довољно мерљивих параметара о учесталости овог облика ЈПП.³²

29 Education International, *нав. дело*, стр. 17.

30 *Ibid.*, стр. 17–18.

31 Заговорници и промотери ЈПП у земљама у развоју су Светска банка, ММФ и ОЕЦД, уз пружање финансијске и техничке помоћи. Посебно треба истаћи и ЕУ која је 2004. године је издала Зелену књигу о ЈПП. У образовању, посебну улогу имају УСАИД, УНЕСКО и УНИЦЕФ.

32 Education International, *нав. дело*, стр. 46.

Инфраструктурно ЈПП подразумева велике пројекте попут БОТ аранжмана (*Build-Operate-Transfer*). У овом случају приватни партнер добија концесију од државе да изгради, управља и пренесе изграђене објекте (школе, факултете, универзитете, студентске домове). У овом случају, влада може да уступи приватне објекте, који ће јој касније бити пренети у власништво.

Иновације, истраживања и развој подразумевају да држава подстиче партнерство у истраживачким пројектима и комерцијализацију истраживања високошколских институција.³³ Овакав облик партнерства нам се чини као најприхватљивији. У овом контексту, добро осмишљено ЈПП у области истраживања као повратне ефекте може да смањи трошкове, тј. повећа економичност и да привуче додатне ресурсе.³⁴

У Сарадња универзитета и индустријског сектора

1. Разлози сарадње

Кроз ЈПП у области истраживања и развоја јавни сектор би могао најбоље да оствари свој интерес. Јавни партнер би обезбедио очување јавног интереса, контролу, надзор. Приватни партнер би захваљујући оваквом аранжману могао да увећа конкурентску предност, створи нову вредност, повећа ефикасност, смањи трошкове рада у замену за финансирање научно-истраживачких пројеката, усавршавања, специјализацију. Приватни партнер би добио квалификовану стручну радну снагу, спремну да се одмах упусти без претходне обуке, а дошло би се и до иновативних решења од чега би и читаво друштво имало користи. На добитку би била и држава која би добила високоспецијализован, професионалан кадар, а смањила би и трошкове.

Мотиви компанија да уђу у овакве аранжмане су следећи: смањење трансакционих трошкова, ефикасна употреба ресурса, побољшање конкурентности на тржишту, стицање нових знања,³⁵ смањење ризика и улазак на нова тржишта,³⁶ приступ новим знањима и коришћење нових знања у поседу универзитета (високошколске установе). Из угла високошколских установа мотив за сарадњу, на првом месту, треба да буде

33 *Ibid.*, стр. 19.

34 *Ibid.*, стр. 12.

35 Када се знање једном стекне, односно пренесе, оно губи својство реткости, будући да може постати доступно уз много ниже трошкове. Ф. Хајек, *нав. дело*, стр. 317.

36 Marina Solesvik, Magnus Gulbrandsen, „Comparing university-industry linkages in two industrial clusters in Norway“, стр. 3, доступно на адреси: <http://foreigners.textovirtual.com/rip2012-porto/2767/Ref1076MarinaSolesvik.pdf?1350574224>, 10.3.2014.

максимизирање знања и тржишних вештина студената,³⁷ а затим, то је и недостатак финансијских средстава за истраживања и иновације. Улагање у високо образовање, односно истраживања, развој и иновације је изузетно важно, с тим што се улагања значајно разликују међу земљама. Земље које највише издвајају за истраживање и развој, мерено у процентима од БДП³⁸ су по правилу најразвијеније земље: Аустрија (2,75% у 2011.), Белгија (2,04% у 2011.), Данска (3,09% у 2011.), Финска (3,78% у 2011.; 3,90% у 2010.; 3,94% у 2009.), Француска (2,25% у 2011.), Немачка (2,84% у 2011.), Израел (4,39% у 2011.), Јапан (3,26% у 2010.), Република Кореја (3,74% у 2010.), Холандија (2,04% у 2011.), Шведска (3,37% у 2011.), САД (2,77% у 2011.; 2,83% у 2010.; 2,91% у 2009.).³⁹ Од придружених држава ЕУ, према подацима Светске банке, Естонија је значајно повећала финансирање у истраживање и развој, тако да је оно у 2011. износило 2,38% БДП, што се може констатовати и за Словенију (2,51% у 2011.). Велика улагања карактеришу и Чешку у односу на многе друге земље (1,84% у 2011.).⁴⁰ Што се тиче Србије, инвестиције у истраживање и развој су врло скромне и износе 0,73% у 2011., што је за скоро 0,20% мање у односу на 2009. годину када су износиле 0,92%. Слични обим инвестиција у овај сектор присутан је у Словачкој (0,68% у 2011.), Украјини (0,73% у 2011.), Малти (0,74% у 2011.), Литванији (0,70% у 2011.), Хрватској (0,75% у 2011.) и Белорусији (0,76% у 2011.).⁴¹

Поред финансирања научно-истраживачких пројеката, врло важни облици сарадње високошколских установа и компанија (приватног сектора) огледају се и кроз пружање консултантских услуга од стране високошколских установа и давање лиценци.⁴² По правилу, сарадња високошколских установа остварује се са компанијама на локалном нивоу, с тим да ако су у питању високошколске установе високог угледа и националног, односно међународног значаја сарадња може бити остварена и са компанијама на великој географској удаљености.

37 То је једна од претпоставки од којих Акерлоф полази у својим истраживањима. G. Akerlof, R. Kranton, *нав. чланак*, стр. 1171.

38 Исказивање улагања у истраживање и развој у апсолутним износима не би било практично јер се не би могла вршити поређења између земаља због разлике у ценама. Зато је много релевантнији индикатор проценат од БДП.

39 Research and development expenditure (% of GDP). Доступно на адреси: <http://data.worldbank.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>, 14.3.2014.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 M. Solesvik, M. Gulbrandsen, *нав. чланак*, стр. 4.

2. Улога модерног универзитета

Оснивањем Хумболтовог универзитета 1809. године, настаје тзв. модеран универзитет. Такав тип универзитета у Европи оријентисан је на основне функције: образовање и научно-истраживачки рад. До оснивања тзв. модерног универзитета основна функција била је само „чување и пренос знања“, за разлику од америчких универзитета који су од оснивања истраживачког карактера.⁴³ Осим тога, за нашу тему је врло важно истаћи да се универзитети, пре свега амерички, окрећу привреди, тј. привредном развоју.⁴⁴ Зато се поред основних функција, рађа још једна – предузетничка. С тим у вези развијен је и концепт *предузетничког универзитета*. Овај појам подразумева универзитет који користи „разне механизме за директно укључење у искоришћавање истраживачких резултата за добробит друштвене заједнице на локалној и националној основи“.⁴⁵

У глобализованом и свету отвореног тржишта, универзитети постају све више тржишно оријентисани, будући да их на то приморава конкуренција.

Укључивање универзитета, односно високошколских установа у привредни живот, подразумева не само објављивање академских радова, стипендије, уговорна истраживања, већ и консултантске услуге, активно учешће у регионалном развоју, патентирање, лиценцирање проналазака и сл.⁴⁶ Уступање патената и лиценци, с друге стране за високошколске установе означава и нов извор финансирања, који у неким случајевима може бити врло велики. Овакву предузетничку функцију имају многи познати универзитети (Станфорд, Оксфорд, Колумбија, МИТ, Универзитет Калифорнија, Лувен из Белгије и сл.), али доминирају они универзитети који такву функцију не поседују, већ свој рад базирају искључиво на образовању и научно-истраживачком раду, као основним функцијама (на пример, Хопкинс).⁴⁷ У сваком случају важно је истаћи да независно од њеног значаја и користи за привредни прогрес, предузетничка функција никако не би смела да потисне и доминира у односу на оне традиционалне, а осим тога тржишно понашање универзитета није у складу са изворном функцијом и традицијом високог образовања. Сечено знање свакако да треба да буде применљиво у пракси, али је

43 Марина Дабић, Јадранка Шварц, „О концепту предузетничког свеучилишта: има ли алтернативе?“, *Друштвена истраживања*, бр. 4/2011, стр. 996.

44 Мотив за ово била је потреба Америке да прстигне Јапан у привредном развоју.

45 М. Дабић, Ј. Шварц, *нав. чланак*, стр. 994.

46 *Ibid.*, стр. 998.

47 *Ibid.*, стр. 999.

и чињеница да рад високошколских установа не може да буде претежно комерцијалног и тржишног карактера. Све ово чини питање ЈПП у образовању, помало, и контроверзним.

Морамо истаћи да има много противника (*Slaughter, Leslie, Soley, Carroll, Beaton, Keller, Kogan*) предузетничке функције универзитета јер она рађа оно што се зове *академски кайиџализам*. Овај појам подразумева тржишну оријентацију универзитета с циљем да се обезбеде екстерни приходи,⁴⁸ нарочито у условима када држава не обезбеђује довољно средстава за финансирање високошколских установа. Овај проблем недовољног финансирања образовања је свакако важан проблем, на који пажњу скрећу запослени на универзитетима, а нарочито економисти.

У наредним редовима навешћемо примере успешне сарадње универзитета и приватног сектора у Норвешкој. Пре тога, напоменимо да је у Норвешкој број оваквих облика сарадње врло скроман. Ипак, индикатори који указују на степен иновативности, продуктивност привреде, економски раст и запосленост су на готово највишем нивоу у поређењу са многим другим државама.⁴⁹ Пример успешне сарадње у области истраживања и развоја је сарадња универзитетске болнице, универзитета, регионалних органа власти и Министарства здравља Норвешке (кластер). Они су опремили специјалну хируршку лабораторију у којој је испитиван нов неинвазивни начин оперисања, уз коришћење нове опреме. Лабораторију је опремила приватна компанија. Ефекат таквог истраживања био је, између осталог, и смањење броја хоспитализација.⁵⁰ На овај начин смањени су трошкови и дошло се до нових знања која се користе у будућности. Ефекат сарадње, с друге стране, огледао се у већем броју специјализација мастер студената.

Други пример успешне сарадње говори о истраживачком пројекту у коме су учествовали научници са универзитета, који је финансирао Норвешки истраживачки савет (80%) и једна бродска компанија (20%). Пројекат је требао да дође до оптималног решења у вези са управљањем и организацијом бродске компаније. Међу научницима су били професори психологије, машинства, организације предузећа и маркетинга. Такође, у пројекту су учествовали и страни научници са других универзитета.⁵¹

Држава, као јавни партнер, мора све време да буде присутна у току реализације пројекта. За успех ЈПП врло је важан квалитет представни-

48 *Ibid.*, стр. 993.

49 M. Solesvik, M. Gulbrandsen, *нав. чланак*, стр. 1.

50 *Ibid.*, стр. 8.

51 *Ibid.*, стр. 9.

ка јавног сектора (тима оних који учествују у дефинисању стандарда, креирању студијских програма, осмишљавању и реализацији пројеката и сл.). Зато је јако важно да у цео процес буду укључени експерти који добро разумеју све проблеме образовног сектора. Постојање таквих експерата, утицаће на ефикаснију и успешнију реализацију ЈПП, у складу са постављеним циљевима и очекивањима. С тим у вези, врло су драгоцене цена и искуства наставника и студената.

VII Србија

Србија се последњих деценија суочава са растућим буџетским дефицитом, проблемима везаним за реструктурирање јавних предузећа, неефикасношћу у пружању услуга јавног сектора. Један од могућих начина за решавање ових питања су пројекти ЈПП. Институт ЈПП има правни и економски аспект. Кораци који су предузети на овом плану односе се на стварање нормативних претпоставки за развој пројеката ЈПП. У Србији је 2011. донет сет закона који су регулисали привредно окружење. У ту групу закона убрајамо и Закон о јавној својини⁵² и Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама.⁵³ Закон о јавној својини је решио нека претходна питања која су била од значаја за реализацију пројеката ЈПП. То се пре свега односи на дефинисање права јавне својине, кроз три облика јавне својине (право својине Републике Србије – државна својина, право својине аутономне покрајине – покрајинска својина, право својине јединица локалне самоуправе – градска својина), предмета јавне својине и начина коришћења добара од општег интереса и добара у општој употреби у јавној својини.⁵⁴

Сходно члану 7 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама Републике Србије, ЈПП је дугорочна сарадња између јавног и приватног партнера ради обезбеђивања финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружања услуга од јавног значаја, које може бити уговорно или институционално.

Из духа поменутог закона произилази да би пројекат ЈПП у образовању имао за циљ побољшање квалитета пружања услуга од јавног значаја и то услуга образовања. Међутим, овакви пројекти у образовању не смеју довести у питање монополску позицију државе у

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

53 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (*Службени гласник РС*, бр. 88/2011).

54 Закон о јавној својини, чл. 2 и 3.

области државног образовања. Јавни интерес мора да доминира и остаје конститутивни елемент ЈПП у образовању.⁵⁵

Јавни уговор закључен у писаној форми између јавног и приватног партнера је двострани правни посао који подразумева међусобна права и обавезе уговорних страна. Међутим, за потребе реализације пројеката ЈПП у образовању може се основати од стране уговорних страна (јавни или приватни партнер) друштво за посебне намене (ДПН) као привредно друштво⁵⁶ чији положај се регулише у складу са одредбама Закона о привредним друштвима.

Јавни партнер у образовању је јавно тело, односно установа (на пример, факултет чији је оснивач Република Србија). Приватни партнер може бити физичко или правно лице, домаће или страног или конзорцијум једног или више таквих физичких или правних лица.⁵⁷ Закон о ЈПП из 2011. је уредио услове, начин израде, предлагања и одобравања пројеката ЈПП са и без елемената концесије. Код одређивања предмета концесије само се набрајају области у којима се концесија може дати, па је чланом 11 Закона о ЈПП под тачком 8 наведено да се концесија може дати у области спорта и образовања. Полазно становиште Закона је да се концесија може дати ради комерцијалног коришћења природног богатства, односно добра у општој употреби која су у јавној својини или обављања делатности од општег интереса, а образовање управо спада у делатност од општег интереса. Давалац концесије је Влада Републике Србије када су јавна тела и предмет концесије у надлежности Републике Србије.

Концесија је најчешћи облик ЈПП који се појављује у различитим областима (најчешће инфраструктурни објекти – путеви, мостови), а у области образовања би имала карактер концесије за јавне услуге. Кроз концесију за јавне услуге као облик ЈПП могу се изградити инфраструктурни објекти у образовању. То су пројекти где приватни партнер добија концесију од државе да изгради факултет или студентски дом, да финансира пружање услуга образовања, студентског смештаја, а валоризује свој интерес кроз наплату услуга од крајњих корисника. Централно питање ЈПП у образовању је како обезбедити очување јавног интереса, побољшати квалитет пружања услуга образовања на свим нивоима, у условима поштовања начела равноправности уговорних страна.

55 Предраг Цветковић, Урош Здравковић, „Јавно-приватно партнерство у правном систему Републике Србије: Полазна разматрања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LXIII, 2012, стр. 153.

56 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, чл. 4, ст. 1, тач. 6.

57 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, чл. 4, ст. 1, тач. 10.

За област образовања најприхватљивији је ангажман приватног партнера као кредитора (финансијера) који се ангажује на прикупљању новчаних средстава за финансирање научно-истраживачких пројеката у високом образовању. Компатибилна са овом улогом финансијера је и улога управљача (приватни партнер који финансира пројекте истраживања и развоја у образовању истовремено је и руководилац пројекта). Остаје отворено питање добити код ЈПП у образовању. Добит за јавног партнера је јасно пројектована. Циљ је да се очува јавни интерес у образовању, подигне квалитет образовања, задржи власништво државе, подигне квалитет образовања. Мотив приватног партнера, економски посматрано, требало би да буде повраћај уложених средстава уз неки минимални профит. Међутим, како смо претходно рекли, профит не мора увек да буде мотив за укључење приватног партнера у ЈПП.

Сарадња јавног и приватног партнера у оквиру ЈПП у образовању представља и простор за друштвено одговорно пословање приватног партнера и стицање користи од друштвено одговорног пословања. Суштински, и компанија (приватни партнер) остварује профит од друштвено одговорног пословања који није одмах мерљив, али ће стручно обучена радна снага бити на тржишту иновативна, што ће се одразити на пословање компаније.⁵⁸ Ово указује да профит и друштвена одговорност компанија могу бити компатибилни циљеви пословања компанија и да се то може позитивно одразити на пројекте ЈПП у образовању. Истовремено, улагање компанија у области истраживања и развоја значи напредак и добробит за друштво.

Кроз одредбе Закона о ЈПП осигурана је заштита јавног интереса, почев од начела, преко начина одобравања и давања сагласности на јавне уговоре, па до раскида јавног уговора ако је доведено у питање остваривање јавног интереса. У циљу што успешнијег надзора над реализацијом јавних уговора у складу са Законом о ЈПП, Влада је формирала Комисију за ЈПП⁵⁹ која пружа стручну помоћ при реализацији пројеката ЈПП и концесија.

У Србији, као и у Хрватској,⁶⁰ фокус академских радника, поред предавања, углавном чини објављивање научних и стручних радова у престижним домаћим и међународним часописима, па се о сарадњи са привредом тешко може говорити. С тим у вези, велики је проблем што држава обезбеђује све мање средстава за финансирање високог

58 Lorenzo Sacconi, Margaret Blair, Edward Freeman and Alessandro Vercelli, *Corporate Social Responsibility and Corporate Governance, The Contribution of Economic Theory and Related Disciplines*, 2011, стр. 45.

59 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, чл. 65.

60 М. Дабић, Ј. Шварц, *нав. чланак*, стр. 1005.

образовања, па високошколске установе постају приморане да саме проналазе изворе финансирања.

Држава би овом питању требало да посвети већу пажњу и да у будућности ствара повољан амбијент за реализацију ЈПП пројеката у образовању, и то у области истраживања и развоја. То би подразумевало доградњу постојећих законских решења, уз очување јавног интереса и остављање довољно мотива приватном партнеру да се укључи у пројекте ЈПП. У најави је доношење Закона о лобирању који би допринео остваривању ових циљева, али би можда отворио и врата за неке негативне друштвене појаве, већ присутне на нашим просторима.

VIII Закључак

Држава мора да се фокусира на подизање стандарда у образовању како би од садашњих школараца и студената створила у будућности веште и квалификоване раднике, стручну радну снагу – врхунске лекаре, правнике, инжењере, економисте, професоре и друге, јер они представљају ресурс посебног значаја од чега ће користи имати целокупно друштво. Циљ државе треба да буде и врхунско високо образовање у земљи без потребе да се одлази у иностранство. Индиректни ефекти таквих аранжмана одразиће се дугорочно на повећање БДП.

ЈПП у области истраживања и развоја би могао да буде део одговора на питање како да се повећају улагања у овај врло значајан сегмент друштвене надградње и како да се подигну стандарди државног образовања. Ово посебно постаје важно у државама које врло мало средстава издвајају за финансирање иновација, истраживања и развоја и које имају проблем са високим буџетским дефицитом, што је случај и у Србији. Притим, држава мора задржати све контролне функције за себе, као и одговорност за образовање. Њена улога у ЈПП мора бити супериорна у односу на приватног партнера.

Добро образовање ствара критичко мишљење, може да трансформише, унапреди и обликује друштво. Оно је отворено за све, па му се мора посветити посебна пажња. Образовању се, посебно високом, мора приступити плански, врло студиозно, озбиљно и одговорно јер његов резултат није обична роба, већ високоспецијализован, професионалан кадар – ресурс посебне врсте.

Jasmina LABUDOVIĆ STANKOVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac

Nada TODOROVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AND EDUCATION

Summary

The paper discusses the cooperation between the public and private sectors, ie. public-private partnerships in education. Although the authors cite various forms of public-private partnerships, their focus are research, innovation and development as one of the forms mentioned cooperation, ie. cooperation between higher education institutions (university) with private partner. The authors talk about public education, not private. In the context of this paper, a public-private partnership is not related to privatization.

The authors emphasize that in public-private partnership, the state must retain control functions, the responsibility for quality of education, in other words, the superior role. The goal of the state should be a top education, maximizing knowledge, market skills of students, increase the quality and competitiveness, as well as the reputation of its faculties.

Cooperation to be approached very carefully, since education is the subject of special public interest and importance. Knowledge is a very important resource, without which one can not imagine a modern economic growth and development.

Key words: *public-private partnerships, education, quality of education, knowledge-based economy, knowledge as a resource.*

др Марија КОСТИЋ
ванредни професор Универзитета Сингидунум из Београда

др Горанка КНЕЖЕВИЋ
ванредни професор Универзитета Сингидунум из Београда

ПОДСТИЦАЊЕ ОДРЖИВОГ КОРИШЋЕЊА ОБНОВЉИВИХ ИЗВОРА ЕНЕРГИЈЕ У СРБИЈИ У КОНТЕКСТУ ПРАВНОГ ОКВИРА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Значај обновљивих извора енергије (у даљем тексту ОИЕ) је данас неупитан, а ова врста енергента је директно промовисана међународним уговорима, попут Кјото протокола и Лисабонског уговора о Европској унији. Владе држава потписница које су ратификовале ове споразуме обавезале су се да усвоје и спроводе одређене активности и мере које ће довести до чешиће коришћења обновљивих извора енергије и технологија у односу на конвенционалне. Али, ирвенствено је употреба ОИЕ важна стратешка и политичка одлука која ће обезбедити многе конкретне користи и значајно подстићи одрживи развој. Главне предности употребе ове врсте енергента крећу се у распону од смањеног негативног утицаја на животну средину и непоућности њиховог исцрпљивања, преко веће енергетске безбедности до подстицаја развоја локалних економија и остварању нових радних места. Циљ овог рада је да укаже релевантним субјектима у Србији на неопходност промовисања и примене овог концепта у знатно већем обиму од досадашњег.

Кључне речи: обновљиви извори енергије, одрживи развој, енергетска политика, климатске промене.

І Увод

1. Употреба обновљивих извора енергије у „служби“ одрживог развоја

Једно од кључних питања одрживог развоја на глобалном нивоу, дакле светског економског, привредног и друштвеног развоја који истовремено чува животну средину, јесте питање енергетске стабилности и ефикасности. Употреба ОИЕ (попут снаге ветра, соларне енергије, биогорива, геотермалне енергије, мини хидроцентрала, биомасе и сл.), уместо конвенционалних јесте императив који се по самој логици ствари намеће сам по себи, а не вољом интересних група или политичких фактора, иако је њихова улога изузетно битна. Наиме, посматрано са еколошког аспекта употреба ОИЕ је апсолутно пожељна и оправдана, а примарни разлог за то налазимо у простој чињеници да се ради о енергетским ресурсима који се подједнаком брзином и троше и обнављају, односно не могу да се истроше и остају на располагању и будућим генерацијама. За разлику од њих, конвенционални извори енергије се налазе у ограниченим количинама, а време њиховог обнављања је далеко дуже од време за које се потроше и због тога су склони потпуном исцрпљивању. Такође, евидентно је и научно доказано да коришћење обновљивих енергената спречава климатске промене, односно смањује ниво емисије гасова са ефектом стаклене баште и стопу увоза или експлоатације фосилних горива чија употреба изазива топљење глечера и леда, као и бројне пратеће последице попут екстремних временских прилика. А значај спречавања даљих климатских промена је препознат на глобалном нивоу и кроз бројне међународне и националне правне акте уобличен у обавезу која се поставља државама, владама, индустријама, итд. (и то не само у неразвијеним, већ и у развијеним државама света).¹ Међутим, у последњих деценију и по ова пракса се рапидно мења јер се показало да употреба ОИЕ повећава укупну ефикасност домаћег енергетског потенцијала, подстиче развој локалних индустрија и доводи до отварања нових радних места.

2. Енергетска политика Европске уније у борби против климатских промена

Климатске промене су нераздвојно повезане са начином коришћења и производње енергије, односно напредак у енергетској ефикасно-

1 Наташа Ђерег, Звездан Калмар Крањски Јовић, Иомут Апостол, *Обновљиви извори енергије у Србији – ирејорукe, иошеницијали и кришеријуми*, Суботица, 2008, стр. 6.

сти ојачава борбу против климатских промена.² Најважнији механизам у борби против климатских промена су свакако енергетска ефикасност и увођење обновљивих извора енергије у производњу, дистрибуцију, пренос и потрошњу, односно задовољење потреба за енергијом. Из тог разлога, примена ових механизма је стожер савремених енергетских политика развијених држава Европе и света.

Уговор из Лисабона о ЕУ конкретније наводи потребу и обавезу решавања проблема климатских промена и реформе енергетске политике у правцу већег степена искоришћења ОИЕ. Третирање и заустављање климатских промена је експлицитно наведено као циљ Уговора.³ Глобална природа климатских промена захтева интензивну међународну сарадњу, те увођење оваквих обавеза иде томе у прилог јер пружа правну основу за сарадњу ЕУ и њених држава чланица са осталим државама и регионима света.⁴

Најзначајнија новина коју Лисабонски уговор уводи у погледу енергетских питања и изазова је подељена одговорност у погледу енергетске политике између држава чланица ЕУ и саме Уније. У члану 194 Уговор поставља задатке путем којих ће се обезбедити да се енергетска политика креира „узимајући у обзир потребу очувања и побољшања квалитета животне средине“ наглашавајући нужност смањења свих еколошких штета изазваних неадекватном употребом енергије, укључујући и гасова са ефектом стаклене баште, друге облике загађења ваздуха и екстракцију фосилних горива. Даље, Уговор прецизно указује на обавезу побољшања енергетске ефикасности и уштеде енергије као зачакне елементе енергетске политике, а предвиђа и обавезу ЕУ да изради нацрте правних аката којима ће се обезбедити континуиран развој ОИЕ.⁵

У том контексту, тренутно најважнији стратешки циљ ЕУ, одређен документом под називом „Мапа пута ка обновљивој енергији“, је пове-

2 Године 2007, чак 86% емисија гасова са ефектом стаклене баште у ЕУ је било проузроковано енергетским узроцима.

3 Чл. 191 Уговора из Лисабона (Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ of the EU*, 2008/C 115/01).

4 Нажалост, поменуте циљеве заустављања климатских промена није реално очекивати одмах, јер ће се неки ефекти промена неминовно осетити. Због тога је подједнако важно навићи се на неке од њих, исто као што је важно настојати да се смање емисије гасова са ефектом стаклене баште. *Yvo de Boer*, председник УН Секретаријата за климатске промене, је изнео мишљење да ће климатске промене довести до појачаних поплава, топлотних таласа и олуја, а утицај ових промена на Земљину кору ће проузроковати земљотресе, цунамије и вулканске ерупције.

5 Опширније о овој теми погледај Марија Костић, Гордана Гасми, „Лисабонски уговор о ЕУ и корпоративна друштвена еколошка одговорност“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2010, стр. 350–360.

ћање удела ОИЕ у производњи укупне енергије– на 20% до 2020. год. Посебно је потенцирана одржива производња електричне енергије, повећање употребе биогорива (са минималним уделом од 10% у укупној потрошњи) и развој одрживих система за грејање и хлађење.⁶

За Србију, као државу која је још увек на путу припреме да се као пуноправни члан придружи формалној наднационалној заједници Европских држава, ови изазови су знатно већи, али не и нереални. Уколико постоји добра воља, на искуствима држава чланица ЕУ може се много научити и тиме постојећи или предстојећи проблеми у области енергетске ефикасности решити на бржи и једноставнији начин.

II Међународне обавезе РС у погледу обновљивих извора енергије

Иако се Србија још увек не може сврстати у тип држава у којима је питање употребе ОИЕ једно од најактуелнијих, сам процес европских интеграција ће га као такво наметнути. Наиме, овај процес изискује усклађивање енергетске политике наше државе са стандардима и регулативом Европске уније, као и обавезно утврђивање посебних нумерички исказаних циљева који се састоје у обезбеђивању одређених удела ОИЕ у укупној индустријској производњи.⁷

С обзиром на то да је до недавно коришћење ОИЕ било маргинализовано у односу на многа друга питања у Србији, чини се да су основни мотиви домаћих политичких и законодавних актера да му посвете пажњу управо обавезе које је Република Србија преузела по основу извесних међународно-правних аката. Из тог разлога, неопходно их је овом приликом укратко размотрити.

Циљеви и активности Републике Србије у области политике обновљивих извора енергије одређени су првенствено ратификованим Кјото протоколом 2007. год. и годину дана раније Уговором о оснивању енергетске заједнице за југоисточну Европу, чиме се наша држава обавезала на примену европске регулативе у области обновљивих извора енергије (пре свега, Директиве бр. 28/2009).⁸ С обзиром на чињеницу

6 *Renewable Energy Road Map– Renewable Energies in 21st Century: building a more sustainable future*, Communication from the Commission to the Council and European Parliament COM (2006) 848, Brussels, доступно на адреси: http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=COMfinal&an_doc=2006&nu_doc=848, 1.4.2014.

7 Европска унија није прописала посебна мерила за процену ових циљева, већ држава која претендује на чланство у Унији мора да докаже да су њени циљеви сразмерни потенцијалу њених природних ресурса.

8 Закон о ратификацији Уговора о оснивању енергетске заједнице (*Службени гласник РС*, бр. 62/2006).

да Србија претендује на чланство у Европској унији, већ у овој фази приближавања Унији морала би да спроводи ефикасне реформе у циљу поштовања преузетих обавеза, као и осталих обавеза предвиђених Лисабонски уговором и осталим стратешким и правним актима ЕУ у погледу побољшања енергетске ефикасности, уштеде енергије и усвајања правног оквира који ће обезбедити одрживо коришћење ОИЕ.

1. Имплементација Оквирне конвенције УН о климатским променама и Кјото протокола у Републици Србији

Србија је чланица Оквирне конвенције УН о климатским променама од 2001. год., а пратећи протокол на ову Конвенцију – Кјото протокол,⁹ као кључни међународни документ, је ратификовала 2007. год. Овим чином, наша држава је пред међународном заједницом потврдила своје опредељење да прихвати све нужне стандарде, односно одрживо коришћење ОИЕ.

Ратификацијом Протокола Србија је стекла право да учествује у реализацији међународних пројеката одрживог развоја, али с обзиром да није у оквиру листе држава из Анекса 1 Протокола на њу се још увек не односе стриктне обавезе у погледу квантификованог смањења емисије гасова са ефектом стаклене баште већ само опште обавезе: израда националног регистра гасова са ефектом стаклене баште; сарадња у области трансфера технологија, истраживања, размене података и припреми мера за ублажавање последица; рационално коришћење апсорбера и резервоара гасова са ефектом стаклене баште; укључивање процене последица климатских промена у релевантне националне стратегије, итд.

До сада, нису учињени максимални напори да се преузете обавезе испуне, па тако у Србији још увек није успостављен национални регистар гасова, нити обезбеђени адекватни институционални услови за примену Протокола. Са друге стране, дефинисане су приоритетне стратешке активности за ублажавање климатских промена и припремљена је национална Стратегија за примену механизма чистог развоја у области управљања отпадом, пољопривреде и шумарства. Формирано је и Национално тело за спровођење механизма чистог развоја, у чијој надлежности је давање сагласности за рад на пројектима у области чистог развоја.

Иако Србија, као земља у развоју, нема обавезу квантификованог смањења емисије гасова према Анексу 1 Протокола (за разлику од

9 Кјото протокол на Конвенцију УН о климатским променама (*Kyoto Protocol to the UN Convention on the Climate Changes*), доступно на адреси: <http://www.kyotoprotocol.com/resource/kpeng.pdf>, 1.4.2014.

развијених држава), не смео заборавити да сам процес придруживања ЕУ захтева од Србије да у оквиру заједничке политике Уније и самоиницијативно спроводи политику смањења емисије гасова са ефектом стаклене баште. Верујемо да би ово требало да представља јак мотив за ажурнију имплементацију стандарда Кјото протокола и преузетих обавеза.

2. Значај ратификације Уговора о оснивању Енергетске заједнице за Југоисточну Европу (ЕЗЈЕ) у области ОИЕ

Енергетска заједница за Југоисточну Европу (*Energy Community of South East Europe-ECSEE*) основна у Атини, Уговором о оснивању који је потписан 2005. год. а ступио на снагу 2006. год.¹⁰ Државе оснивачи су били: Србија и Црна Гора, Хрватска, БиХ, Македонија, Бугарска, Румунија, Албанија и привремена мисије УН за Косово у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација, а накнадно се прикључила и Украина. Измене у структури чланова настају у моменту када једна држава постане чланица ЕУ, па из тог разлога Румунија, Бугарска и Хрватска данас нису редовне чланице ове Заједнице, већ заједно са других 14 држава чланица ЕУ учествују у раду органа Енергетске заједнице у складу са својим израженим интересима.¹¹ Регион Заједнице обухвата тржиште од око 150 милиона људи, у које ће се у петнаестогодишњем периоду инвестирати више од 21 милијарда евра.¹²

Прецизно дефинисање регионалног тржишта електричне енергије и природног гаса, односно успостављање јединственог и постојаног регулаторног оквира за трговину енергијом, који укључује и општа правила која се односе на заштиту животне средине и конкуренцију, примарни је циљ Заједнице. Међутим, њена мисија иде још даље до коначног циља – уједињавање интегрисаног тржишта електричне енергије овог региона и унутрашњег тржишта електричне енергије Европске уније. Реализација постављених циљева оствариће се постепеном имплементацијом релевантних директива и уредби Европске уније у областима електричне енергије, гаса, заштите животне средине конкуренције, ОИЕ, енергетске ефикасности, нафте и статистике.

10 Уговор је примарно био потписан на десет година, али је Одлуком Министарског савета Енергетске заједнице од октобра 2013. год. продужен на још десет година, дакле до 2026. год.

11 Преосталих 14 држава су: Аустрија, Чешка, Француска, Финска, Грчка, Италија, Кипар, Мађарска, Холандија, Немачка, Пољска, Румунија, Словачка, Словенија и Велика Британија. Приликом гласања, ставове свих 17 држава ЕУ у Енергетској заједници представља Европска комисија.

12 Доступно на адреси: <http://www.seio.gov.rs/dokumenta/sporazumi.195.html>, 1.4.2014.

Ратификацијом Уговора о оснивању ЕЗЈЕ Србија је преузела и обавезу примене европских директива које регулишу област ОИЕ.¹³ Првенствено су то биле Директива бр. 77/2001 о подстицању производње електричне енергије из обновљивих извора на унутрашњем тржишту¹⁴ и Директива бр. 30/2003 о подстицању употребе био-горива или других обновљивих горива у саобраћају,¹⁵ које су замењене најновијом Директивом бр. 28/2009 о подстицању употребе енергије из обновљивих извора.¹⁶

III Развој и реформа енергетске политике и законодавног оквира Републике Србије

1. Законски и подзаконски акти

Реформе и развој енергетске политике у Србији под утицајем су многих фактора, међу којима су још увек најутицајнији економски интереси и политичка воља, док су еколошки фактори на зачељу. Сматрамо да је неопходно интензивирати активности на промовисању ширег значаја ОИЕ и у најширој јавности, јер је на нашим просторима још увек мало познат њихов битан утицај у сферама: смањења макроекономске нестабилности, повећања запослености кроз отварање нових радних места, повећања социјалне кохезије и солидарности, децентрализације енергетског сектора, научно-технолошких иновација, итд.

13 Национални акциони план за коришћење обновљивих извора енергије – у складу са обрасцем предвиђеним Директивом бр. 28/2009 – Одлука бр. 548/2009, Министарство енергетике, развоја и заштите животне средине РС, Београд 2013. год., доступно на адреси: <http://www.pks.rs/SADRZAJ/Files/Energetika/Nacionalni%20akcioni%20plan%20za%20obnovljive%20izvore%20energije%20NAPOIE.pdf>, 1.4.2014.

14 Директива бр. 77/2001 о подстицању производње електричне енергије из обновљивих извора на унутрашњем тржишту (Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council on the promotion of electricity from renewable energy sources in the internal electricity market, OJ L 283 /2001, доступно на адреси: http://europa.eu/legislation_summaries/energy/renewable_energy/l27035_en.htm, 1.4.2014).

15 Директива бр. 30/2003 о подстицању употребе био-горива или других обновљивих горива у саобраћају (Directive 2003/30/EC of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of biofuels or other renewable fuels for transport, OJ L 123/42, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:123:0042:0042:EN:PDF>, 1.4.2013).

16 Директива бр. 28/2009 о подстицању употребе енергије из обновљивих извора (Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources and amending and subsequently repealing Directives 2001/77/EC and 2003/30/EC, OJ L 140/16 of 5.6.2009, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:140:0016:0062:en:PDF>, 1.4.2014).

Захваљујући политичкој вољи и опредељењу да напредује на путу европских интеграција, још од 2004. год. у Србији се законски оквир делимично и постепено прилагођава стандардима Европске уније. Тадашњи закон о енергетици¹⁷ је предвиђао мере којима ће се стимулисати употреба ОИЕ, а даљи резултати су уочљиви на основу чињенице да је 2011. год. закон у овој области иновiran (као један од услова које је Србија морала да испуни да би добила статус кандидата за чланство у ЕУ) у смислу: подстицаја инвестиција у ОИЕ и поједностављењу процедура за повлашћене произвођаче електричне и топлотне енергије, тј енергије из соларних и геотермалних извора, воде, ветра и биомасе.¹⁸ Ови произвођачи стичу право на државне субвенције, пореске, царинске и друге повластице.

Истовремено је развијана и подзаконска регулатива која подржава спровођење Закона о енергетици, па су 2009. год. усвојене две уредбе којима су уведене подстицајне мере и конкретни услови за производњу енергије из обновљивих извора и стицање статуса повлашћеног произвођача: Уредба о условима и поступку стицања статуса повлашћеног произвођача електричне енергије из обновљивих извора и Уредба о подстицајним ценама за откуп струје из ОИЕ.

У будућности је у Републици Србији неопходно донети и спровести још низ законских и подзаконских аката који би поред претходно поменутог регулисали и стандарде и поступак пројектовања, израде, контроле и монтаже уређаја који се користе приликом експлоатације ОИЕ, као и сам поступак експлоатације, а за то се морају обезбедити и одговарајући административни капацитети.¹⁹ У супротном, ће сва ова питања и даље представљати препреке за ефикасно и одрживо коришћење ОИЕ.

2. Стратешки документи

Поред законских аката, у Републици Србији су у области енергетике усвојена и три политичко-стратешка документа: Стратегија развоја енергетике Србије до 2015. год.,²⁰ Национални програм заштите животне средине²¹ и Национални акциони план за коришћење обновљивих

17 Закон о енергетици (*Службени гласник РС*, бр. 84/2004).

18 Закон о енергетици (*Службени гласник РС*, бр. 57/2011).

19 Наталија Сандић, *Обновљиви извори енергије као фактор економској развоја Србије*, ФЕФА – Факултет за економију, финансије и администрацију, Универзитет Сингидунум, Београд, 2013.

20 Стратегију је израдило и усвојило Министарство рударства и енергетике у мају 2005, доступно на адреси: <http://www.gs.gov.rs/lat/strategije-vs.html>, 1.4.2014.

21 Одлука о утврђивању Националног програма заштите животне средине (*Службени гласник РС*, бр. 12/10), доступно на адреси: <http://www.merz.gov.rs/sites/default/files/>

извора енергије.²² Њихов значај је неоспоран, али никако и довољан без благовремене и квалитетне имплементације кроз конкретне активности и постигнуте резултате.

Стратегија развоја енергетике Србије до 2015. год. препоручује Скупштини Републике Србије да, у складу са Законом о енергетици, усвоји главне циљеве нове енергетске политике, одреди приоритетне смерове развоја енергетског сектора и одобри програм адекватних мера којима би се реализовали кључни приоритети у погледу рада, пословања и развоја читавог енергетског система (у секторима производње и потрошње енергије) у Србији. Приликом дефинисања главних циљева, приоритета и адекватних мера мора се имати у виду основни политички циљ државе – укључивање у процесе европских интеграција. Другим речима, српска енергетска политика се мора реформисати и развијати у правцу уступања квалитативно бољих услова рада, пословања и развоја и производног и потрошачког енергетског сектора, што ће стимулисати економски развој земље, заштиту животне средине и међународне интеграције.

У Стратегији је истакнуто да у Србији постоје посебне погодности и потребе за организованим коришћењем ОИЕ у децентрализованој производњи топлотне енергије, сагоревањем биомасе и акумулацијом сунчевог зрачења и електричне енергије, изградњом мини и микро хидроелектрана. На овај начин би се могло произвести довољно енергије за задовољење потреба локалног становништва а вишкови би се испоручивали локалној мрежи у саставу електроенергетског система.

Други стратешки документ који подстиче одрживу употребу обновљивих извора енергије је Национални програм заштите животне средине. У њему се наглашава значај употребе ОИЕ уместо фосилних горива и конвенционалних извора, у циљу очувања природних ресурса и смањења негативних утицаја на животну средину. Предлаже се увођење инструмената Кјото протокола и додатних подстицајних мера – пореских и царинских олакшица, субвенција за изградњу постројења за коришћење ОИЕ, увођење система повлашћених тарифа за произвођаче енергије из обновљивих извора, ојачавање административних капацитета и сл.

Национални акциони план за коришћење обновљивих извора енергије усвојен је 2013. год. на основу обавезе коју је Република Србија

Nacionalni%20program%20za%20C5%A1tite%20C5%BEivotne%20sredine%20R.Srbija.pdf, 1.4.2014.

22 Национални акциони план за коришћење обновљивих извора енергије – у складу са обрасцем предвиђеним Директивом бр. 28/2009 – Одлука бр. 548/2009, Министарство енергетике, развоја и заштите животне средине РС, Београд 2013, доступно на адреси: <http://www.pks.rs/SADRZAJ/Files/Energetika/Nacionalni%20akcioni%20plan%20za%20obnovljive%20izvore%20energije%20NAPOIE.pdf>, 1.4.2014.

преузела 2006. године Законом о ратификацији уговора о оснивању Енергетске заједнице за југоисточну Европу (ЕЗЈЕ).²³ План утврђује циљеве коришћења ОИЕ до 2020. год., као и начине њихове реализације а првенствено је усвојен ради подстицаја инвестиција у ОИЕ.

3. Обавеза и значај имплементације Директиве бр. 28/2009 и мере за остварење њених циљева

Директива бр. 28/2009 дефинише циљеве које владе држава чланица ЕУ морају да остваре а односе се на подстицај употребе ОИЕ у секторима електричне енергије, грејања и хлађења, као и саобраћајном сектору. Наиме, на овај начин се до 2020. год. мора обезбедити да употреба ОИЕ чини минимум 20% укупне потрошње енергије, односно у саобраћајном сектору да употреба био-горива, електричне енергије и водоника износи минимум 10% укупне потрошње горива.

Као резултат преузимања ових обавеза, у Републици Србији је веома брзо усвојен план мера које би требало да обезбеде њихову реализацију, чиме је испуњен и формални услов Европске уније. Једна од конкретно реализованих мера је било усвајање новог Закона о енергетици 2004. год., а потом његово даље усклађивање са европским стандардима 2011. год. На овај начин су у великом делу уклоњене препреке за употребу ОИЕ, односно употреба ових извора је представљена као национални циљ. Стратешки кораци су дефинисани раније поменутом Стратегијом развоја до 2015. год. и Националним акционим планом за коришћење обновљивих извора енергије до 2020. год.

С обзиром на обезбеђене законске услове и уклоњене препреке, радна група ЕЗЈЕ је у складу са Директивом бр. 28/2009 2011. год. предвидела да је Србија обавезна да до 2020. год. повећа удео енергије из обновљивих извора у укупној потрошњи на 27%, што је изузетно велики изазов и значи да су неопходна знатно већа улагања.²⁴ Са друге стране, Србија од Заједнице захтева да се обавеза удела ОИЕ у саобраћају смањи са 10% на 6,5% а као разлог се наводи краћи временски период за постизање циља у односу на државе чланице ЕУ. Национални акциони план за ОИЕ констатује да се циљ од 27% удела ОИЕ може постићи изградњом 1092 мегавата нових капацитета за производњу струје,²⁵

23 Закон о ратификацији Уговора о оснивању енергетске заједнице (*Службени гласник РС*, бр. 62/2006).

24 Доступно на адреси: www.euractiv.rs, 1.4.2014.

25 500 мегавата произведено из ветра, 438 мегавата из мини хидроелектрана, 100 мегавата из електрана на биомасу, 30 мегавата из биогаса, по 10 мегавата из депонијског гаса и соларне енергије, 3 мегавата из електрана на отпад и 1 мегават из геотермалне енергије. Доступно на адреси: www.euractiv.rs, 1.4.2014.

односно инвестицијом од 2 милијарде евра у периоду од 7 година. Поред озбиљних циљева и изазова које нам је ЕУ поставила, Директива предвиђа и мере подршке – пре свега, кроз могућност сарадње чланица ЕУ и трећих држава (као што је Србија) на заједничким пројектима или кроз могућност увоза ОИЕ.

IV Закључак

Нужност одрживог развоја савременог света на глобалном нивоу је препозната и овај концепт као такав прихваћен као императив. У области енергетике, једини начин да се енергија употребљава данас, али исто омогући и будућим генерацијама је да се у што већој мери користе њени обновљиви извори који се за разлику од конвенционалних не могу потрошити. Повећање коришћења ОИЕ представља и један од услова за европске интеграције за које се Србија определила, па се о овој теми више не може дискутовати са аспекта *pro et contra*, већ искључиво у смислу изналажења што ефикаснијих начина реформисања, развоја и улагања у ову област.

Marija KOSTIĆ, PhD

Associated Professor at Singidunum University, Belgrade

Goranka KNEŽEVIĆ, PhD

Associated Professor at Singidunum University, Belgrade

SUSTAINABLE USE OF RENEWABLE ENERGY SOURCES IN SERBIA IN ACCORDANCE WITH EUROPEAN UNION LEGAL FRAMEWORK

Summary

Importance of the renewable energy sources (RES) is unquestionable today and thus this kind of energy resources are directly promoted even by the international agreements, such as Lisbon Treaty of the European Union or Kyoto Protocol. For states and their governments it is mandatory to adopt and undertake certain activities and measures that will result in more frequent usage of renewable energy sources and technologies instead of conventional ones. But, above all usage of renewable energy is a valuable strategic and political decision

which will provide many concrete benefits and significantly support sustainable development. The key benefits range from lower environmental impact and impossibility of depletion, over bigger energy security to creation of new jobs and incentives of local economies.

Renewable energy policy aims and activities of the Republic of Serbia have been defined by the ratification of Kyoto Protocol in 2007 and one year later ratification of the Treaty establishing energy community for CEE. By those ratifications Serbia has committed to implement European Union legislation on RES, such as Directive 2009/28/EC. Considering the fact that our state gravitate toward EU membership, even at this stage of EU integration it should undertake efficient reforms towards fulfilling obligations defined by Lisbon Treaty and further relevant legislation regulating energy efficiency and sustainable use of renewable energy sources.

Key words: *renewable energy sources, sustainable development, energy efficiency, climate changes.*

др Александар ВУЛЕТИЋ
предавач енглеског језика за посебне намене, Факултет за спорт,
Универзитет „Унион – Никола Тесла“, Београд

О АНГЛИЗАЦИЈИ ЛЕКСИКЕ ПРИВРЕДНО- ПРАВНОГ РЕГИСТРА СРПСКОГ ЈЕЗИКА: ПРИМЕРИ ТЕРМИНОЛОШКИХ ДУБЛЕТА

Резиме

Циљ овога рада јесте да укаже на појаву анализације стручној рејистри привредној права, и то посебно у оном његовом делу који је нейосредно повезан и искрејлејан са економско-финансијском терминологијом, која је неретко основ свеукупној привредно-правној терминологијој фонда. Анализација терминологије најчешћа је на лексичком, односно семантичком-прајматичком нивоу језика струке. Овај процес одвија се иако што се преузимају термини из енглеској језика којима се именују појмови привредно-правној рејистри који неретко већ имају своју српску терминологијску десинацију, те осим појаве терминологијских дублета, овде говоримо и о струковној инерцијској синонимији. Разлози за овакво језичко позајмљивање су углавном квази-научне природе, засновани су на неизнавању постојећих српских терминологијских решења и на потреби да се прелика англиско-амерички културолошко-језички систем вредности. Након анализе дублета закључујемо, како из лингвистичко-терминологијској, иако и равно-привредној угла, да треба чувати и развијати моносемичну аутохтону лексику анализираниј рејистри српској језика, као предуслов за смислену и прецизну научно-стручну комуникацију.

Кључне речи: анализација, лексика, привредно-равни рејистри, терминологија, дублети, инерцијски синоними.

I Предмет и циљ рада

Предмет нашега рада јесте приказ термилошких дублета привредно-правног регистра српскога језика – речи одомаћених у српском језику са једне, и англицизама који се све учесталије појављују као њихови синонимни парови, са друге стране. Англицизми, дакле, имају своје српске синониме, али српски синоними, иако су дуже у употреби, често из употребе бивају истиснути од стране својих енглеских парова. Рад нема намеру да представља позив на језичко чистунство, односно на протеривање страних речи из српског језика. Циљ рада јесте да укаже на могућност и потребу очувања даљег развоја српске аутохтоне научне лексике која је до сада испуњавала потребе за квалитетном лексичко-семантичком маркицијом терминологије у области привредног права, односно у научно-стручним областима економско-финансијског и правног предзнака које се у окриљу привредног права преплићу. Аутор рада предлаже да се очувају постојећа српска термилошка решења приказана у овом раду, те да се развој терминологије и стандардизација језика струке заснивају на давању предности потенцијалу српског језика, затим на интернационалним лексичким решењима, а напослетку на преузимању искључиво објективно потребних англицизама и одбацавању објективно непотребних англицизама у српском језику,¹ о чему би заједно одлучивали стручњаци правне и лингвистичке струке. Овакав став, између осталог, заснован је и на најбољим кодификаторским традицијама на српском говорном простору. То су традиције које налажу посебан осврт, како на потребу прецизног формулисања самих законских одредаба, тако и на нужност постојања недвосмисленог, прецизног и ако је могуће општеприхваћеног или бар свима разумљивог корпуса појмова. Валтазар Богишић је још крајем XIX века указивао на потребу коришћења јасне и недвосмислене правне терминологије засноване на народном говору. О језику и стилу свог *Ојшїеї имовинскої законика за Књажевину Црну Гору*, те језика правне струке у Јужних Словена уопште, он детаљно пише у делима *Метїод и систїем кодификациї имовинскої їрава у Црној Гори* и *Сїручно називље у законима*.² У потоњем поменутом делу, већ на шестој страни, Богишић каже: „Човјек може знати само оно што разумије. А пошто законодавац не допушта да би се ико могао испричати незнањем закона, очевидно је да он при састављању треба да задовољи тому првому увјету знања његовијех закона, тј. да буду такви, да би их у истину свако могао разумјети.“

1 Твртко Прћић, *Енїлески у срїском*, Нови Сад, 2005, стр. 135–136.

2 Валтазар Богишић, *Метїод и систїем кодификациї имовинскої їрава у Црној Гори*, (за штампу приредио Т. Никчевић), Београд, 1967; Валтазар Богишић, *Сїручно називље у законима*, Сплит, 1876.

1. Корпус и примењене методе

Корпус на којем се заснива наша контактолошко-контрастивна лингвистичка анализа укључује писано-говорну дихотомију српскога језика. Писани сегмент представљају уговори, законска акта, научно-стручна литература (синхронијско-дијахронијског типа) и интерна пословна документа (преписке, извештаји, анализе) привредно-правних субјеката (углавном банке, осигуравајућа друштва, инвестициони фондови, брокерско-берзанске куће и остале економско-финансијске интитације), док говорни медијум представљају *ab experto* примери које је аутор овога рада прикупио током вишегодишњег научно-дидактичког рада у оквиру поменуте пословно-правне заједнице.

Методе које смо у нашем раду користили су углавном квалитативног типа; то су контактано-контрастивна, аналитичко-дескриптивна и историјско-правна метода.

II Одређење научно-стручних области и појмова

1. Привредно право

Као грана правног система, привредно право обухвата важећа правна правила којима су регулисани положаји привредних субјеката (правних и физичких лица), и њихови правни послови који имају привредни карактер. Привредно право је и научна дисциплина. Она проучава и тумачи правна правила (којима су регулисани статуси привредних субјеката и других учесника и њихови правни послови) применом више научних метода изучавања и тумачења важећег права (*de lege lata*) при чему предлаже доношење друкчијих, примеренијих решења (*de lege ferenda*). Дакле, предмет привредног права су правила која регулишу правни положај привредних субјеката и њихове правне односе. Први део привредног права се означава као „привредно статусно право“, а други као „привредно уговорно право“. У привредно статусно право се, првенствено, уврштавају норме које уређују настанак, облике, битна обележја, имовину, органе и заступање привредних субјеката, надзор над њиховим радом, удруживање и престанак. Привредно уговорно право обухвата норме које регулишу односе које успостављају привредни субјекти, вођени аутономијом воље, и то: уговоре у привреди, издавање хартија од вредности, банкарске и друге правне послове.³

3 Ово поглавље рада у потпуности је засновано на: Мирко Васиљевић, *Компанијско право (право привредних друштва Србије и ЕУ)*, Београд, 2005; Емилија Вукадин, *Економска полиција*, Београд, 2003; Зоран Антонијевић, *Привредно право*, Београд,

2. Англицизми, лексички дублети и инерцијски синоними

Што се појма англицизам тиче, у нашем раду полазимо од две, узајамно допуњиве дефиниције англицизама. Прву, психолингвистичку по природи, дао је др Прћић, а другу, когнитивно-контактолошку, дао је аутор овога рада, а на основу дефиниције изама др Ајдуковића. Новосадски лингвиста, проф. др Прћић под англицизмима подразумева „као прво, сваку реч из енглеског језика која је преузета у српски, при чему таква реч не мора нужно бити енглеска по свом крајњем пореклу; и као друго, сваку домаћу или одомаћену реч која се у српском користи под енглеским утицајем“.⁴ Даље, према Ајдуковићевој контактолошкој теорији адаптације,⁵ англицизам у српском језику ћемо дефинисати као реч која се састоји од најмање једне самосталне контактеме добијене пресликавањем енглеског модела и/ли унутрашњом активизацијом српског језика (језика примаоца) под доминантним енглеским утицајем. Дакле, ми англицизме дефинишемо као психолингвистичку и контактолошку, не као етимолошку лингвистичку научно-истраживачку категорију.

У оквиру овога рада појам терминолошки, односно лексички дублети преузели смо од проф. Живојина Станојчића и проф. Љубомира Поповића⁶ који ове дублете још називају и синонимским низовима, који, по њима, настају при функционално-стилском језичком раслојавању, а једноставно представљају синонимске изразе за један исти стручни појам, при чему углавном један од чланова дублета представља домаћа, а други страна реч (која се мање или више одомаћила у српском језику). Када су ови врсни лингвисти писали *Грамајику српскога језика*, српске научно-стручне терминологије нису биле под жестоким ударима енглеског језика као данас, па се поменути аутори граматике тада нису ни трудили да пишу о томе којем од дублетних облика треба дати предност. Међутим, овај рад показује да су се ствари од тада умногоме измениле. Дублете би данас тако могли да назовемо англосрпско-српски дублети, а како би указали на излишност употребе ових првих, увезених брзо и кусо из енглеског у српски језик, поменућемо и лингвистички непожељну терминолошку збрку коју су изазвали у погледу настајања терминолошких инерцијских синонима.

1976; Рудолф Леградић, *Наука њривредној ѡрава*, Београд 1968; Радомир Ђуровић, *Међународно ѡривредно ѡраво*, Београд 1986.

4 Твртко Прћић, *Енглески у српском*, Нови Сад, 2005, стр. 105.

5 Јован Ајдуковић, *Увод у лексичку конѡактолоѡију – Теорија аѡаѡѡације русизама*, Београд, 2004, стр. 280–281.

6 Живојин Станојчић, Љубомир Поповић, *Грамајѡика српскога језика*, Нови Сад, 1992, стр. 164.

Што се тиче инерцијске синонимије, Прћић (2005:56) о њој каже: „Игнорисањем постојећег домаћег и/или одомаћеног лексичког фонда, тако што се енглеске речи које је некако могуће прочитати на српском (првенствено су то оне латинског и старогрчког порекла) редовно преузимају с припадајућим енглеским значењем, без обзирања на то да ли у српском већ постоји нека друга реч истог или сличног значења, доприноси се настанку тзв. инерцијских синонима.“ Инерцијски синоними су, дакле, настали пресликавањем или пуким преписивањем облика из енглеског језика. Инерцијски синоними су углавном објективно непотребни англицизми у српском језику. Непотребни су зато што у српском језику већ постоје одговарајуће речи за те појмове. Инерцијски синоними су семантички баласт, како у нетерминологизованој лексици језика струка и наука, тако и у њиховој ужестручној лексици.⁷ Излишност ових англицизама још је уочљивија када су ти англицизми нестручно адаптирани или чак потпуно преузети у сировом облику (у изворној енглеској ортографији). Покаткад се употреба квалитетно адаптираних англицизама – инерцијских синонима може и оправдати, и то када се жели избећи вишеструко понављање српске речи, па се, ради разбијања лексичке монотоније, посеже за њеним страним дублетом.

Напослетку, неколико речи о одликама доброг термина. На основу досадашњих истраживања⁸ недвосмислено можемо да закључимо да су семантичко-прагматичке одлике доброг термина: појмовна адекватност, једнозначност, прецизност, домицилност (предност домаћем термину,⁹ затим интернационалном, затим адаптираном англизованом). Формално-функционалне одлике доброг термина су: обличка економичност, творбени потенцијал, лакоћа изговора и писања; док су карактеристике мешовитог типа: продуктивност, системност и устаљеност.

III Примери

У наставку рада прво дајемо примере терминолошких дублета привредно-правног регистра на микроплану (на пољу акција, обвезни-

7 Даринка Гортан-Премк, *Полисимија и организација лексичког система у српском језику*, Београд, 2004, стр. 116–126.

8 Ранко Бугарски, „О вредновању термина“, у: Б. Шћепановић (уредник), *Стандардизација терминологије*, Београд, 1996; Данко Шипка, *Основи лексикологије и сродних дисциплина*, Нови Сад, 1998.

9 Иван Клајн, Бранислав Брборић, „Избор речи и обрта“, у: Павле Ивић, Иван Клајн, Митар Пешикан, Бранислав Брборић (уредници), *Српски језички њриручник*, Београд 2007, стр. 60: „Боље уклапање домаћих речи у језичку структуру и њихова већа разумљивост дају озбиљно лингвистичко оправдање захтеву да се избегавају стране речи, наравно онда када постоји одговарајућа домаћа, а поготово када она заиста има споменути преимућства.“

ца и меница). У овој групи примера налазе се изворни термини на енглеском језику, затим нови англицизми који су настали као инерцијски синоними за постојеће домаће речи, које су, пак, дате као треће по реду у овом контрастивном приказу. Овде додајемо и опаску академика Ивана Клајна која се одлично надовезује на сврху нашег истраживања и одражава наш став о овој проблематици: „Разуме се да ово није никакав списак забрањених страних речи, него само подсетник, предлог писцу да уместо стране употреби домаћу реч тамо где је то могуће.“¹⁰

SHARES/STOCKS	АКЦИЈЕ	АКЦИЈЕ
<i>preference shares / preferred stocks</i>	преференцијалне акције	повлашћене акције
<i>forfeited shares</i>	форфетоване акције	конфисковане акције
<i>bonus shares</i>	бонус акције	премијске акције
BILLS	МЕНИЦЕ	МЕНИЦЕ
<i>collateral bill</i>	коллатерална меница	депонована меница
<i>single bill / promisory note</i>	промисорна нота	сопствена/соло меница
<i>accomodation bill</i>	акомодациона меница	услужна меница
<i>negotiable bill</i>	негоцирајућа меница	преносива меница
<i>non-negotiable bill</i>	ректа меница	непреносива меница

BONDS/DEBENTURES/ SECURITIES/NOTES/BILLS	ОБВЕЗНИЦЕ	ОБВЕЗНИЦЕ
<i>corporate bonds</i>	корпоративне обвезнице	обвезнице предузећа
<i>municipal bonds</i>	муниципалне обвезнице	обвезнице локалне власти
<i>collateral bonds</i>	коллатералне обвезнице	јемствене обвезнице
<i>zero coupon bond</i>	нулта купон обвезница	обвезница без купона

10 И. Клајн, *нав. дело*, стр. 175.

<i>coupon bond</i>	купон обвезница	обвезница с купоном
<i>consols</i>	консола обвезнице	обвезнице без доспећа
<i>income bonds</i>	инкам/ <i>income</i> обвезнице	приходне обвезнице
<i>junk bonds</i>	<i>junk</i> обвезнице	обвезнице високог ризика
<i>baby bonds</i>	<i>baby bonds</i> / обвезнице	ситне обвезнице
<i>junior bonds</i>	<i>junior</i> обвезнице	обвезнице ниског ранга

Сада следи и група примера за термилошке дублете на макро-плану (на пољу свих подрегистара привредно-правног регистра српско-га језика). Линеарни редослед приказа је следећи: англизовани термин, изворни енглески облик, постојећи српски термин. У првој подгрупи ових примера у косим заградама наводимо закон и чланове закона у којима се наведени термини српског правног регистра користе.¹¹

кредитор (од енгл. <i>creditor</i>)	поверилац /ЗОО чл. 76; чл. 81 ст. 1 и ст. 2; чл. 125 ст. 2 и ст. 3; чл. 257 итд./
колатерал (од енгл. <i>colateral</i>)	обезбеђење, покриће /ЗОО чл. 76; чл. 123 ст. 1; чл. 129 ст. 3; чл. 188 ст. 3; чл. 288 ст. 1; чл. 934 ст. 5 итд./
матуритет (од енгл. <i>maturity</i>)	доспелост /ЗОО чл. 372 ст. 1; чл. 373 ст. 1; чл. 398 ст. 3; чл. 745 ст. 1 итд./
офсетинг (од енгл. <i>offseting</i>)	поравнање, компензација /ЗОО чл. 256 ст. 1; чл. 336; чл. 379 ст. 1; чл. 418; чл. 429; чл. 1089, итд./
плеџ (од енгл. <i>pledge</i>)	јемство, покриће, (додатно) обезбеђење /ЗОО чл. 295 ст. 2; чл. 350 ст. 2; чл. 623 ст. 4; чл. 660 ст. 4 итд./

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

прокси (од енгл. <i>proxy</i>)	заступник, опуномоћеник; пуномоћ, овлашћење /ЗОО чл. 287 ст. 1; чл. 769 ст. 1; чл. 815 ст. 2; чл. 1062 ст. 1 итд./
дисинтермедијарни ¹²	без посредника

И друга подгрупа примера прати поменути начин приказивања дублета – англизовани термини, изворни енглески облик, постојећи српски термини.

<i>debit</i> /дебит (од енгл. <i>debit</i>)	задужење, дуг ¹³
експортер (од енгл. <i>exporter</i>)	извозник
<i>euro</i> /евро (од енгл. <i>euro</i>)	евро
<i>importer</i> /импортер (од енгл. <i>importer</i>)	увозник
инколектибилност (од енгл. <i>incollectibility</i>)	ненаплативост
инсолвентност (од енгл. <i>insolvency</i>)	несолвентност
<i>instalment</i> /инсталмент (од енгл. <i>instalment</i>)	рата
јилд (од енгл. <i>yield</i>)	добит, принос, приход
кастоди (од енгл. <i>custody</i>)	чување, брига, надзор
<i>vendor</i> /вендор (од енгл. <i>vendor</i>)	добављач
комплајанс (од енгл. <i>compliance</i>)	усклађеност, усклађивање
кросбордер (од енгл. <i>crossborder</i>)	прекогранични, страни
лукративан (од енгл. <i>lucrative</i>)	исплатив, уносан
моргиџ (од енгл. <i>mortgage</i>)	хипотека, хипотекарни кредит
неконфирмиран (од енгл. <i>unconfirmed</i>)	непотврђен
одитор (од енгл. <i>auditor</i>)	ревизор
офбилансни (од енгл. <i>off-balance</i>)	ванбилансни

12 Дисинтермедијарни (псеудоанглицизам, антонимски неологизам настао од енгл. *intermediary*).

13 О семантичко-синтагматској дисперзији речи *guī* видети: Валтазар Божишић, *Ме-џод и сисџем кодификације имовинској љрава у Црној Гори*, стр. 125.

реалокација (од енгл. <i>reallocation</i>)	преусмеравање, прерасподела
<i>revolving</i> /револвинг (од енгл. <i>revolving</i>)	обновљив
<i>subprime</i> /сабпрајм (од енгл. <i>subprime</i>)	непрвокласни
самоколатерализујући (од енгл. <i>self – collateralizing</i>)	самозаложни
<i>slip</i> /слип (од енгл. <i>slip</i>)	уплатница, закључница
<i>spread</i> /спред (од енгл. <i>spread</i>)	разлика
субсидијар (од енгл. <i>subsidiary</i>)	представништво
физибилан (од енгл. <i>fisible</i>)	изводљив, могућ

IV Дискусија и резултати

У овом поглављу рада осврнућемо се на неке од битнијих одлика анализираних корпусних јединица. Као прво, највише корпусних англицизама су пореклом очигледни англицизми, али ни број такозваних сирових англицизама уопште није занемарљив. Штавише. Сирови англицизми су се некада у писаном дискурсу српскога језика једва и појављивали, а ако је и постојала потреба да буду написани, увек су у текст увођени знацима навода или курзивно, уз низ фуснота и објашњења аутора текста о разлозима оваквог писања, као и објашњењима семантичке природе која неизоставно прате сирови термилошки англицизам. Данас то није случај. Сирови англицизми се у тексту на српском језику појављују тако спонтано и одомаћено као да је текст на енглеском језику, „уз покоју српску реч ту и тамо“. Притом се претпоставља да сви корисници језика, без обзира да ли су у питању људи из струке или не, знају шта они значе. Примери за сирове англицизме у нашем корпусу су: *spread, revolving, subprime, slip, instalment, importer, euro, debit, vendor, baby bonds*.

Поједини правни, привредни, па чак и језички „стручњаци“ тврде да су искључиво стране речи подесне за стручну терминологију. Они очигледно нису упознати са ставовима које је пре много деценија изнео већ помињани врсни правник, филозоф и језикословац др Валтазар Богишић: „Врло би се, дакле, преварио ко би мислио на основи саме ријечи стручни назови да се они чине самим људима појединих струка и само за стручничке људе. Сваки рјечник обичнога, народнога језика показује нам да се у њему налазе стручни изрази за сваку струку, изразе

које, пошто се у народноме језику налазе, народ разумије не мање самих специјалиста. Што се наше струке тиче, свакому је познато да ријечи дуг, најам, уговор исто су тако народне као и струковњачке и да оне у народу бијаху прије него је иједнога стручнога правника у нас било.¹⁴

Међутим, сирови англицизми нису само део ортографске проблематике српског језика, већ и његове ортоепске стране. Како се чита, односно изговара *junior* обвезнице: џуниор обвезнице (сходно енглеском ортографском, односно изговорном моделу) или је ипак „српско“ јуниор обвезнице? Да ли свако зна да прочита правилно *baby* обвезнице, *junk* обвезнице и *income* обвезнице? Да ли је *subprime* субпрајм или сабпрајм?

Терминолошки англохолизам више је него очигледан у следећим корпусним примерима: *самоколатијерализујући* (изгледа да је *самозаложни* теже за изговорити), *јилд*, *јрокси*, *йлец*, *дисинџермеђијарни*, *инсолвенџносџ*, *инколекџибилносџ*.

Даље, дублетне јединице енглеског порекла следе енглеске морфолошко-синтактичке језичке норме, те је формирање вишечланих термина засновано на обрасцу именица + именица, нетипичној за српски језик, али све присутнијој у свакодневној употреби, како у стручним терминологијама, тако и у општем српском језику (нпр. *бонус акције*, *кујон обвезнице*, *инкам обвезнице*). Такође, „увозећи“ енглеске термине у српски језик, уводи се и низ префикса и префиксоида из енглеског, које поједини љубитељи англицизама неумерено и нестручно користе, па нес(а)весно стварају псеудоанглицизме као што је *дисинџермеђијарни* (антонимски неологизам настао од енгл. *intermediary*). Иако би тренутни статус ове лексеме био дефинисан као околионализам, односно хапакс, није за неверицу да се чак и оваква реч може одржати у српском језику, па чак да може и истиснути свој одомаћени синоним.

Што се тиче енглеских термина *negotiable bill* и *non-negotiable bill*, за њих постоје одомаћени, врло логични и антонимски усклађени термини у српском језику, *јреносива меница* и *нејреносива меница*. Њихови англизовани дублети не могу да се похвале овом одликом, битном за изградњу квалитетне и јасне терминолошке мреже појмовних десигнација.

При свему овоме, готово је излишно и помињати ћирилично писмо. У анализираном корпусу, чак ни документа која су Уставом Републике Србије прописана као обавезујуће ћириличка – нису ћириличка. Анализирани писани медијум готово је у потпуности писан латиничким писмом. Иако је латиничко писмо једно од два српска писма, по нашем мишљењу, оно односи превагу над ћирилицом у писаном медијуму српских научно-стручних регистара баш због своје блискости са енгле-

14 Валтазар Божишић, *нав. дело*, стр. 126.

ским алфабетом, из којег англицизми лако прелазе у српску латиницу, како у овлаш адаптираном, тако и у потпуно сировом облику. Довољно је овде поменути да је *Правойисом српскоја језика* добрим делом покривена тематика адаптације страних речи из већине светских језика у латиничко, али и ћирилично писмо.¹⁵

V Закључак

Основне одлике квалитетне комуникације су прецизност, смисленост и разумљивост. Основне одлике доброг термина су једнозначност, способност да се „увезује“ у термилошке системе и номенклатуре, те да свим корисницима (широке скале привредно-правног) језика омогући јасан и немистификован дискурс. На основу примера термилошких дублета, односно инерцијских синонима, које смо у овом раду приказали, можемо да приметимо да у већини случајева српски термини у потпуности испуњавају поменуте термилошке, научне и комуникационе захтеве. Познавање ових термина, познавање система и структуре српског језика уопште, као и избегавање посезања за енглеским речима због статусно-струковног престижа и квази-интелектуализма, добар су пут за предупређење потешкоћа и изазова које смо у раду навели. Такође, рад на нормирању и стандардизацији привредно-правне терминологије отклониће проблем не само поменутих термилошких дублета, већ и терминологије која често није усклађена ни на нивоу закона који регулишу сродне и граничне правне гране.¹⁶ Штавише, ако општепознати појмови, називи института, који су у употреби дуги низ година, упућују на немарност законодаваца и појмовну збрку, још је лошија ситуација у погледу назива института који представљају новине у српском праву.

Ако уз све ово додамо потребу за развијањем аутохтоног језичког потенцијала српског језика, онда говоримо о нечему још значајнијем – чувању свог језика као једног од главних стубова националног бића и културе. Уз опаску да са својим матерњим језицима управо тако поступају високоразвијене земље у Европској унији, као што су Немачка и Француска на пример, поставља се питање зашто тако не бисмо поступали и ми, који такве вредности Европске уније намеравамо да следимо.

15 Митар Пешикан, Јован Јерковић, Мато Пижурица, *Правойис српскоја језика (измењено и доиуњено издање)*, Нови Сад, 2010, стр. 171–250.

16 Нпр. у Закону о наслеђивању (*Службени јласник РС*, бр. 46/95) користе се термини *брачни друј* и *завештање*, а у Породичном закону (*Службени јласник РС*, бр. 18/05) користе се *суйружник* и *шестамениј*. Видети нпр: чл. 78–119 Закона о наслеђивању, као и чл. 8, 9, 12 и чл. 22–31 Закона о наслеђивању с једне стране, односно чл. 3 ст. 3, чл. 4 ст. 2, чл. 16, чл. 29 ст. 1, те чл. 51 ст. 2 Породичног закона.

Aleksandar VULETIĆ, PhD
English Teacher at the Faculty for Sport,
University “Union – Nikola Tesla”, Belgrade

ON THE ANGLICIZATION OF THE SERBIAN ECONOMIC-LEGAL REGISTER VOCABULARY: EXAMPLES OF TERMINOLOGICAL DOUBLETS

Summary

The aim of this paper is to give an overview of the process of anglicization of the Serbian economic-legal register terminology. The process is examined on the examples of English (based) – Serbian terminological doublets obtained from the register corpus. Each doublet consists of a naturalized Serbian term and an anglicism. The existence of the equivalents is a basis for the emergence of inertial synonymy, an unwelcome terminology phenomenon. The anglicisms within the doublets are mostly the obvious ones, while some of them are raw anglicisms. Since the naturalized Serbian terms within doublets do meet the quality term requirements presented in the paper and since they have been used in economic-legal register terminology for a long time, it has been recommended that they should be used instead of anglicisms, which are usually borrowed from English for quasi-academic and profession/status prestige reasons.

Key words: *anglicization, vocabulary, economic-legal register, terminology, doublets, inertial synonyms.*

др Ана КНЕЖЕВИЋ БОЈОВИЋ
координатор за регулаторну реформу, Национална алијанса
за локални економски развој

мр Слободан КРСТОВИЋ
сарадник за економске анализе, Национална алијанса за локални
економски развој

РЕГУЛАТОРНА РЕФОРМА И КВАЛИТЕТ ЗАКОНОДАВНОГ ПОСТУПКА У СРБИЈИ – АНАЛИЗА ЗАКОНОДАВНЕ АКТИВНОСТИ СРБИЈЕ У 2013. ГОДИНИ

Резиме

Осим ојсежној процеса усклађивања националној законодавства са правом Евројске уније, Србија мора значајно да ојправи и друје области свој законодавства које нису предмет нейосредној реулисања иравно обавезујућих акција Евројске уније, нарочито како би иобољшала услове иословања за мала и средња иредузећа и иодстиакла инвестиције. У раду се кроз анализу реулаиторној оквира за усвајање закона, ироце-са усвајања закона иоком 2013. иодине и иоследица иојединих законских решења, исиражује да ли и у којој мери законодавне иромене у иройисима који су од значаја за иривреду одиста доириносе стварању иовољној иословној окружења, као и ио да ли се ириликом реулаиторних захвата одиста води рачуна о стиандардима добре ираксе у иоиледу законодавној иосиуика.

Кључне речи: *реулаиторна реформа, анализа ефикасиа иройиса, јавна расирава, иривреда.*

I Оквир у коме се одвија регулаторна реформа у Србији

За државе које се налазе на путу придруживања ка Европској унији, као што је то случај са Србијом, правна реформа тачније, способност државе да своје законодавство усклади са правом Европске уније један један је од од три кључна критеријума.¹ Данас се преговори о придруживању воде у складу са новом методологијом.² Након искуства са преговорима са Хрватском, Европска унија је у својим стратешким документима у вези са придруживањем за период 2011–2012.³ као и за периоде 2012–2013.⁴ и 2013–2014.⁵ указала на такозвани „нови приступ“, према коме се прво отварају преговори за поглавља 23 и 24 (Правда, слобода и безбедност), уз детаљан аналитички преглед (*screening*), који подразумева и давање јасних циљева које држава кандидат мора испунити. Идеја је да би тако државе кандидати требало да имају довољно времена да остваре стварни квалитативни помак у овим областима пре придруживања.⁶

У новој Стратегији придруживања истиче се да је неопходно да државе које су у процесу придруживања убрзају реформе како би одговориле на изазове придруживања и повећале своју конкурентност.⁷ Истовремено је истакнуто да је потребно обезбедити већи степен правне сигурности за привредне субјекте, чиме ће се истовремено ојачати поверење инвеститора.⁸

1 European Council, *Conclusions of the Presidency*, Copenhagen, 21–22 June 1993.

2 European Council, *Presidency Conclusions*, Brussels, 15 December 2006.

3 *Enlargement Strategy and Main Challenges 2011–2012*, COM(2011) 666 final, 12.10.2011, стр. 5, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2011/package/strategy_paper_2011_en.pdf, 14.4.2014.

4 European Commission, *Enlargement Strategy and Main Challenges 2012–2013*, October 2012, Brussels, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2012/package/strategy_paper_2012_en.pdf, 14.4.2014.

5 *Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014*, COM(2013) 700 final, 16.10.2013, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/strategy_paper_2013_en.pdf, 14.4.2014.

6 Christophe Hillion, „Enlarging the European Union and deepening its fundamental rights protection“, *European Policy Analysis*, June issue 2013, стр. 6. Ова методологија први пут је примењена у преговорима са Црном Гором, вид. *General EU position – ministerial meeting opening the Intergovernmental Conference on the Accession of Montenegro to the European Union (AD 23/12, 27 June 2012)*, као и *Outcome of Screening on Chapter 23 for Montenegro: Judiciary and fundamental rights (doc. 17785/12, 14 December 2012)*.

7 *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014*, COM(2013) 700 final, Brussels, 16.10.2013, стр. 2.

8 *Ibid*, стр. 4.

Дакле, процес придруживања у коме се Србија данас налази је значајно компликованији и подразумева испуњавање строжих критеријума него што је то био случај у претходним таласима придруживања. Уједно и целокупан корпус права Европске уније подлеже константним променама и праћење стања правних тековина ЕУ представља све већи изазов. Стога, пред државама које су у процесу придруживања се налази комплексан задатак – да усклађују своје законодавство са правним тековинама Европске уније које често представљају „покретну мету“ а да истовремено у областима које нису непосредан предмет овог процеса изграђују институције и успостављају ваљане стандарде. До сада се у пракси показало да процес придруживања представља подстицај за националне законодавне органе да унапреде своје институције, процес креирања политика, као и примену закона,⁹ али напредак у том погледу није увек био стваран ни довољан. О томе сведочи и чињеница да је СИГМА¹⁰ пратила напредак 12 држава чланица које су се 2005. односно 2007. године придружиле Европској унији и након придружења, док тренутно пружа помоћ Хрватској и наставиће то да ради до истека 2015. године.¹¹

Ескпланаторни скрининг за Србију је већ у току – одржани су ескпланаторни скрининзи за Поглавља 23 (Правосуђе и основна права), 24 (Правда, слобода и безбедност), 32 (Финансијска контрола), 2 (Слобода кретања радника), 3 (Право пословног настањивања и слобода пружања услуга), 26 (Образовање и култура), као и за поглавље 35 – и почело се са утврђивањем обима и домета неопходних регулаторних интервенција у овим областима. Осим представника државних органа који су непосредно учествовали у скринингу, скрининг су имали прилику да прате и представници цивилног сектора кроз директне преносе.

Ипак, осим опсежног процеса усклађивања националног законодавства са правом Европске уније, Србија мора значајно да поправи и друге области свог законодавства које нису предмет непосредног регулисања правно обавезујућих аката Европске уније, нарочито како би побољшала услове пословања за мала и средња предузећа и под-

9 Antoaneta Dimitrova, Dimiter Toshkov, „Post-accession compliance between administrative co-ordination and political bargaining“, у: Frank Schimmelfennig, Florian Trauner (eds), *Post-accession compliance in the EU's new member states, European Integration online Papers (EIOP)*, Special Issue 2, Vol. 13, Art. 19, доступно на адреси: <http://eiop.or.at/eiop/texte/2009-019a.htm>, 14.4.2014.

10 СИГМА је заједничка иницијатива Европске уније и Организације за економску сарадњу и развој, чији је циљ да подржи реформу администрације земаља које се налазе у процесу приступања Европској унији кроз Програм подршке унапређењу владавине и управљања. Сигма води и усмерава ЕУ у настојању да се унапреде хоризонталне управне структуре земаља кандидата, сада већ преко двадесет година. Доступно на адреси: <http://www.sigmaxweb.org/>, 14.4.2014.

11 Доступно на адреси: www.sigmaxweb.org/countries/sigmaandcroatia.htm, 14.4.2014.

стакла инвестиције – што је уједно и један од приорета исказаних у Националном програму за усвајање правних тековина Европске уније 2013–2016.¹²

Међутим, оправдано се може поставити питање о томе да ли и у којој мери законодавне промене у прописима који су од значаја за привреду одиста доприносе стварању повољног пословног окружења – јесу ли усвојени у складу са стандардима добре праксе у погледу законодавног поступка? Да ли су уз њих спроведене ваљане анализе ефекта прописа? Јесу ли праћени одговарајућим подзаконским актима?

II Опште напомене о законодавном поступку у Србији

Законодавни процес у Србији, упркос одређеним побољшањима, и даље пати од недостатака. Како је исправно оцењено у студији о унапређењу законодавног процеса у Србији, он и даље пати од недостатака као што су међусобна неусклађеност прописа, нејасна и недоследна употреба правне терминологије,¹³ али и неажурности у усвајању подзаконских аката неопходних за спровођење прописа.¹⁴

Током последњих година држава јесте предузела одређене мере у циљу унапређења законодавног поступка. Тако су 2010. године усвојена Јединствена методолошка правила за израду прописа¹⁵ док је Пословником Владе¹⁶ прописано да Влада као предлагач закона уз нацрте закона и предлоге уредби доставља и Изјаву о усклађености прописа са прописима Европске уније¹⁷ као и анализу ефеката прописа.¹⁸ Надаље, чланом

12 У вези са преговарачим поглављем 20 – Пословно окружење, Национални програм за усвајање правних тековина Европске уније (2013–2016), стр. 403–413. Програм је доступан на интернет адреси: http://www.seio.gov.rs/upload/documents/nacionalna_dokumenta/npi_usvajanje_pravnih%20tekovina.pdf, 14.4.2014.

13 Добросав Миловановић, „Регулаторна реформа и модерне законодавне технике“, Студија о унапређењу законодавног процеса у Републици Србији, GIZ, Београд, 2012, стр. 139.

14 Као што илустративно показује НАЛЕД-ов Барометар прописа, број подзаконских аката чије је усвајање предвиђено законима а који још увек нису усвојени тренутно износи 137, уз просечно кашњење од 825 дана. Подзаконски акти који су усвојени по истеку законом прописаног рока у просеку су каснили 215 дана. За више детаља о законима и подзаконским актима који су предмет праћења вид. на интернет адреси: http://www.naled-serbia.org/barometers/index_barometar, 14.4.2014.

15 Јединствена методолошка правила за израду прописа (*Службени гласник РС*, бр. 21/10).

16 Пословник Владе (*Службени гласник РС*, бр. 61/2006 – пречишћен текст, 69/2008, 88/2009, 33/2010, 69/2010, 20/2011, 37/2011 и 30/2013).

17 Пословник, чл. 39а.

18 Чл. 40.

41 Пословника прописана је обавеза спровођења јавне расправе у припреми закона којим се битно мења уређење неког питања или уређује питање које посебно занима јавност.¹⁹ Јавна расправа траје најмање 20 дана, а предлагач је дужан да извештај о спроведеној јавној расправи објави на својој интернет страници и порталу е-управе најкасније у року од 15 дана од дана окончања јавне расправе.

Начелна оцена одредби Пословника Владе као и других релевантних прописа могла би довести до закључка да је законодавни поступак у Србији уређен тако да се њиме у одређеној мери имплементирају добри стандарди и праксе. Истина је, нажалост, битно другачија. Детаљнија анализа показује да је анализа ефеката прописа ограничена само на нацрте закона а не и на остале документе достављене Влади на одлучивање; истовремено, и њен домет такође је ограничен.

Заправо, иако су формална упутства Канцеларије за регулаторну реформу и анализу ефеката прописа²⁰ свеобухватнија,²¹ Пословником је прописано да анализа ефеката закона треба да одговори на само шест питања:

1. на кога ће и како највероватније утицати решења у закону;
2. какве трошкове ће примена закона створити грађанима и привреди (нарочито малим и средњим предузећима);
3. да ли су позитивне последице доношења закона такве да оправдавају трошкове које ће он створити;
4. да ли се законом подржава стварање нових субјеката на тржишту и тржишна конкуренција;
5. да ли су све заинтересоване стране имале прилику да се изјасне о закону; и
6. које ће се мере током примене закона предузети да би се остварило то што се доношењем закона намерава.

19 Ст. 2 Пословника прецизирано је да се сматра да су ови услови испуњени приликом припреме новог системског закона, приликом припреме новог закона, осим ако надлежни одбор не одлучи другачије на образложен предлог Владе, као и приликом припреме измена и допуна закона, ако се њима битно мењају решења из постојећег закона.

20 Права суштина примене АЕП огледа се у:

- постављању правих питања приликом изношења идеје о потреби за новим или изменом постојећег прописа као и током њихове израде;
- организацији процеса уз примену одговарајућих метода и процедура од стране надлежних органа;
- размени информација између доносилаца одлуке и заинтересованих страна.

21 Приручник за спровођење анализе ефеката прописа Канцеларије за регулаторну реформу и анализу ефеката прописа доступан је на адреси: <http://www.ria.gov.rs/prirucnik-za-analizu-efekata-propisa>, 14.4.2014.

Истовремено, пракса је показала да извештаји о спроведеним јавним расправама или не бивају стављени на увид јавности или садрже стандардизоване формулације информације у вези са одржаном јавном расправом.²² Очекујемо да ће даља доследна пракса израде извештаја са јавних расправа донети и квалитативне помаке, како поступак јавне расправе не би остао једносмерна улица, већ истински процес партиципативни процес који за циљ има усвајање квалитетног и примењивог законског текста.²³

III Анализа одабраних примера регулаторне активности у областима од значаја за привреду у 2013. години

Током 2013. године усвојено је укупно 70 закона од значаја за привреду. Стога ћемо у овом раду указати само на нека од најзначајнијих усвојених законодавних решења у овој години.

Један од свакако најзначајних регулаторних новина у 2013. години представља усвајање Закона о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама,²⁴ који је усвојен са циљем да се побољша ликвидност привреде, исцрпљене дугим роковима за намирење новчаних потраживања из пословних односа.²⁵ Њиме је прописано да се уговором између привредних субјеката не може предвидети рок за измирење новчаних обавеза дужи од 60 дана, а исти тај рок скраћен је на 45 дана када је реч о уговору између јавног сектора и привредних субјеката, у случају када је по том уговору дужник јавни сектор, чији је

22 Илустративан је пример извештаја са јавних расправа објављених на интернет страници Министарства правде, који садрже формулацију „О тексту Нацрта закона на јавној расправи изнета су позитивна мишљења и дати су конструктивни предлози и сугестије који су се односили на прецизирање појединих одредаба којима се уређују... Министарство правде и државне управе је предлоге и сугестије достављене у току јавне расправе, а који су били усмерени на побољшање предложеног текста Нацрта закона и који су у духу концепта на којима се Закон заснива, прихватило и уврстило у текст Нацрта закона.“

23 У том смислу нарочито издвајамо препоруке за измену правног оквира и праксе јавне расправе, Н. Ненадић, „Учешће заинтересованих страна и јавности у законодавном процесу“, Студија о унапређењу законодавног процеса у Републици Србији, GIZ, Београд, 2012, стр. 133–134.

24 Директива бр. 7/2011 о борби против закаснелог плаћања у комерцијалним трансакцијама (Directive 2011/7/EU of The European Parliament and Of The Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions, OJ L 48, 23.2.2011, стр. 1–10).

25 Извештај „Статус регулаторне реформе – I квартал 2013“, стр. 15, доступно на адреси: <http://www.naled-serbia.org/upload/CKEditor/Izvestaj%20za%20I%20kvartal%202013%20-%20Status%20regulatorne%20reformе.pdf>, 14.4.2014.

обим дуговања уједно и био један од главних разлога за усвајање овог закона.²⁶ Саме одредбе Закона су рестриктивније од релевантне директиве која је била образложење за његово усвајање, као и сличних закона у земљама у окружењу,²⁷ посебно у погледу прописаних услова и рокова.²⁸

Од 1. априла 2013. године почела је примена Закона о јавним набавкама.²⁹ Тај закон је усвојен са циљем да повећа ефикасност спровођења процедуре јавне набавке, као и да обезбеди транспарентност јавних набавки кроз ефикасно коришћење портала јавних набавки, што ће допринети одговорном трошењу јавних средстава али и обезбеђивању фер конкуренције у овим поступцима. Управа за јавне набавке је донела 6 правилника којима се прецизније уређују планови набавки, конкурс-на документацију, начини извештавања, захтев за мишљење о преговарачком поступку, грађански надзорник.³⁰ Ипак, пракса је показала да постоје озбиљна ограничења у вези са доследном применом овог закона, те се тако одредбе у вези са обавезним усвајањем плана набавки који је усклађен са Правилником који је усвојила Управа, као и одредбе о обавезном грађанском надзору примењују у пуној мери тек од 1. јануара 2014. године. Оно што свакако забрињава је тренд нерестриктивне употребе преговарачких поступака, што је супротно њиховој сврси, а на шта је упозорила и Управа за јавне набавке, идентификујући као свој

26 На интернет страници Министарства финансија: <http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=9503>, 14.4.2014, доступан је преглед из регистра по Закону о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама за различите категорије институција где је јасно наведен број дана кашњења приликом измирења обавезе, који показује да без обзира на одредбе новог Закона плаћања субјеката јавног сектора као дужника новчане обавезе и даље касне у просеку 89 дана.

27 *Ibid.*

28 Више о овом питању вид. Мирјана Радовић, „Нови правни режим рокова измирења новчаних обавеза из трговинских уговора“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, стр. 241–265.

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

30 Правилник о форми и садржини плана набавки и извештаја о извршењу плана набавки (*Службени гласник РС*, бр. 29/13), Правилник о обавезним елементима конкурсне документације у поступцима јавних набавки и начину доказивања испуњености услова (*Службени гласник РС*, бр. 29/13 и бр. 104/13), Правилник о форми и садржини захтева за мишљење о основаности примене преговарачког поступка (*Службени гласник РС*, бр. 29/13), Правилник о грађанском надзорнику (*Службени гласник РС*, бр. 29/13), Правилник о садржини извештаја о јавним набавкама и начину вођења евиденције о јавним набавкама (*Службени гласник РС*, бр. 29/13), Правилник о садржини акта којим се ближе уређује поступак јавне набавке унутар наручиоца (*Службени гласник РС*, бр. 106/13). За више о грађанском надзорнику вид. Ана Кнежевић Бојовић, „Грађански надзорник – нови механизам контроле јавних набавки у Србији“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, стр. 491–513.

приоритени задатак у 2014. години управо смањење заступљености преговарачких поступака.³¹

Током 2013. године усвојене су значајне измене Закона о порезу на доходак и Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање, којима је износ неопорезивог цензуса на зараде се повећан са 8.776 динара на 11.000 динара месечно а проценат опорезивања зарада смањен са 12% на 10%. Истовремено са овим смањењем обавеза, Законом о изменама и допунама Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање, стопа доприноса за обавезно социјално осигурање подигнута са 22% на 24%. Смањењем пореских обавеза на једној страни, а повећањем обавеза по основу доприноса с друге стране, није унапређен положај послодаваца, већ је пре свега повећан прилив у Фонд ПИО.³² Штавише, укупан обим обавеза послодаваца остао је потпуно исти, а са становишта интереса локалне самоуправе, овим изменама су у одређеној мери смањени њени приходи. Ово решење, заједно са променама којима је накнада за коришћење грађевинског земљишта интегрисана у порез на имовину³³ навела је локалне самоуправе да ради обезбеђивања стабилности сопствених буџета прошире базу пореских обвезника и да се још више заинтересују за начин на који ће планираним Законом о накнадама за коришћење јавних добара³⁴ бити предвиђена расподела прихода између централних и општинских органа. Сами ефекти интегрисања накнаде за коришћење грађевинског земљишта, показало се у пракси, биће видљиви тек од 2015. године, будући да је велики број локалних самоуправа своје буџете за 2014. годину планирао имајући у виду заостала дуговања у вези са накнадом за коришћење грађевинског земљишта, што практично значи да ће уз поменуто проширење базе обвезника права на имовину, локалне самоуправе у 2014. години по оба основа имати исти ниво прихода као и до сада. Измене закона су општинама

31 Доступно на адреси: <http://www.ujn.gov.rs/ci/news/story/221/%D0%A1%D0%BC%D0%B0%D1%9A%D0%B8%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B5+%D0%B7%D0%B0%D1%81%D1%82%D1%83%D0%BF%D1%99%D0%B5%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B8+%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B3%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%80%D0%B0%D1%87%D0%BA%D0%BE%D0%B3+%D0%BF%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%83%D0%BF%D0%BA%D0%B0+%D0%BA%D0%B0%D0%BE+%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%BE%D1%80%D0%B8%D1%82%D0%B5%D1%82+%D1%83+2014.+%D0%B3%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D0%BD%D0%B8.html>, 14.4.2014.

32 II квартални извештај о статусу реформи, стр. 3, доступно на адреси: http://www.naled-serbia.org/upload/CKEditor/Status_regulatorne_reforme_-_II_kvartal_2013..pdf, 14.4.2014.

33 Закон о планирању и изградњи (Службени гласник РС, бр. 72/2009, 81/2009 – испр., 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС и 98/2013 – одлука УС), чл. 89.

34 О коме ће нешто више бити речи даље у тексту.

дале могућност да презонирањем додатно повећају приходе на терет и предузећа и грађана. Локалне самоуправе су прибегле двома различитим стратегијама. Једни су територију поделили на знатно више зона него до сада, тако да су они који су до тада били у другој зони потпали под прву, а они из прве у „екстра зону“ па је сходно томе, свима њима порастао и порез.

Други су урадили управо супротно, па су практично читаву територију града или општине ставили у једну зону, тако да они са периферије плаћају исти порез као они из центра. Ово све говори у прилог томе да се намет и у овом случају „преваљује“ превасходно на привреду и да је овакав сценарио прихватљив ипак само на кратак рок, а да ће на средњи рок од 3 до 5 година ипак бити неопходне измене или доношење новог Закона о финансирању локалне самоуправе о чему се све више говори.

Измене члана 11 Закона о пореском поступку и пореској администрацији³⁵ донеле су изузетно значајну новину, којом се изашло у сусрет захтевима привреде да се уједначи пракса Пореске управе. Наиме, и циљу обезбеђења јединственог спровођења прописа из надлежности министарства надлежног за послове финансија, акти (објашњења, мишљења, инструкције, упутства и сл.) о примени тих прописа које даје министар надлежан за послове финансија, односно лице које он овласти, обавезујући су за поступање Пореске управе и објављују се на интернет странама министарства надлежног за послове финансија и Пореске управе. Ове законске измене представљају значајан корак у правцу подизања правне сигурности пословања у Србији а пракса је показала да би било неопходно увести такво правило и у односу на ту врсту аката које издаје министарство надлежно за послове грађевинарства, будући да су неретко мишљења која оно издаје у вези са предметима истог или сличног чињеничног и правног стања дијаметрално супротна, што повећава степен арбитрерности у раду обрађивача захтева за издавање грађевинске дозволе, као и корупциони потенцијал.

У децембру 2013. године изменама Закона о порезу на добит правних лица³⁶ којима се укида ослобођење од плаћања пореза на добит у случају инвестирања у основна средства, значајно је повећана цена инвестирања у развој у сектору МСП-а. Ова мера несумњиво не подстиче даљи привредни развој у овој области.

35 Закон о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр., др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013 и 108/2013).

36 Закон о изменама и допунама закона о порезу на добит правних лица (*Службени гласник РС*, бр. 108/13).

У области компанијског права усвојена су два веома значајна закона – Закон о рачуноводству³⁷ и Закон о ревизији,³⁸ у циљу усклађивања са релевантним прописима ЕУ. Законом о рачуноводству по први пут су у класификацију уведена микро предузећа³⁹ и прописана обавезна примена Међународних стандарда финансијског извештавања за велика правна лица, док се за мала и средња уводе Међународни стандарди финансијског извештавања за мала и средња правна лица (МСФИ за МСП). Будући да је закон усвојен у јулу 2013. године, а његова примена је почела од 1. јануара 2014. године, привредни субјекти су имали одређени рок да се прилагоде захтевима новог закона, али остаје да се види да ли је то адекватно учињено. Додатан проблем у том погледу представља чињеница да казнена политика за мала правна лица, конкретно, минимална висина новчане казне, није прилагођена њиховој стварној економској снази.⁴⁰

Изменама Закона о заштити конкуренције такође су учињени одређени помаци у погледу усклађивања са релевантним прописима и праксом Европске уније. Оно што, међутим, и даље остаје проблематично јесте пракса Комисије за заштиту конкуренције у домену државне помоћи.⁴¹

За привреду и грађане интересантна је и примена Закона о буџетском систему као и Правилника о методологији и начину утврђивања трошкова пружања јавне услуге. Наиме у пракси се показало да није у потпуности имплементирана одредба члана 17, став 3 Закона о буџетском систему, којом је прописано да се такса не може наплаћивати за издавање доказа и било којих података које лице прибавља од једног државног органа, а по налогу другог државног органа. У пракси је ова одредба требало да резултира у укидању бесмислених захтева у поступцима које спроводе државни органи, међутим и после више од годину и по дана од усвајања Закона то није случај. Типичан пример је тај што се у процедурама пред државним органима од странака и даље тражи достава извода из јавних регистара, који су по правилу електронски и у које је омогућен целодневни јавни увид електронским путем (Агенција

37 Закон о рачуноводству (*Службени гласник РС*, бр. 62/2013).

38 Закон о ревизији (*Службени гласник РС*, бр. 62/2013).

39 Законом о рачуноводству мењају се критеријуми за одређивање величине привредних друштава и уводи категорија микро-предузећа која имају до 10 запослених, приход до 700.000 евра и просечну вредност пословне имовине до 350.000 евра. За таква микро-предузећа се поједностављују правила за вођење пословних књига, тако да ће морати да воде само биланс стања и биланс успеха.

40 Вид. Сива књига 6, препорука 1.21, доступно на адреси: <http://www.naled-serbia.org/upload/CKEditor/untitled%20folder/Siva%20knjiga%206%20web.pdf>, 14.4.2014.

41 Вид. *Commission Progress Report*, стр. 20 и 25–26.

за привредне регистре и Катастар непокретности). Није имплементирана одредба члана 17, став 4 Закона о буџетском систему, којом је прописано да висина таксе мора бити примерена трошковима пружања јавне услуге, односно спровођења поступка или радње и да мора бити утврђена у апсолутном износу, односно да не може бити утврђена као проценат од променљиве основице.

Одредба члана 17, став 4 Закона, којом је прописано да висина таксе мора бити примерена трошковима пружања јавне услуге, није имплементирана пре свега због непрецизности и непотпуности Правилника о методологији и начину утврђивања трошкова пружања јавне услуге који је требао да обезбеди имплементацију те одредбе у пракси.⁴²

Истовремено, током 2013. године објављен је већи број предлога закона – о геолошким истраживањима и рударству, о накнадама за коришћење јавних добара, о раду, о планирању простора и изградњи, о стечају, о приватизацији, који су од значаја за привреду. Сви ови закони били су доступни на интернет страницама надлежних министарстава и пратила их је јавна расправа.

Објављени Нацрт закона о накнадама за коришћење јавних добара⁴³ током спроведене јавне расправе почетком 2013. године изазвао је бурне реакције привредника али и локалних самоуправа, па ће Министарство финансија морати пажљиво да ревидира основице, стопе и расподелу ових накнада. Ипак, до краја 2013. године нису предузети конкретни кораци у том правцу, мада је Министарство финансија у свом плану о припреми нацрта закона предвидео да се у јуну 2014. године овај нацрт проследи Влади. Остају бројне недоумице у погледу предложених решења и биће неопходно да се поново спроведе темељна јавна расправа и за то определе капацитети Министарства.

И поред великог интересовања привредника нису усвојена два изузетно значајна закона који су били предмет јавне расправе – Закон о планирању простора и изградњи и Закон о раду. У делу стручне и опште јавности је покренута полемика о ефектима ових измена – и док привредници остају на становишту да су најављене измене Закона о раду врло добре, ако не и кључне, за развој привреде, јер ће допринети запошљавању кроз флексибилније облике радног ангажовања и смањење администрирања и трошкова приликом запошљавања и отпуштања, синдикати и велики део запослених су му се изразито про-

42 Правилник о методологији и начину утврђивања трошкова пружања јавне услуге (Службени гласник РС, бр. 14/2013, 25/13, 99/13).

43 Доступно на адреси: <http://www.mfin.gov.rs/UserFiles/File/predlozi/2013/Nacrt%20zakona%20o%20naknadama%20za%20koriscenje%20javnih%20dobara.pdf>, 14.4.2014.

тивили, док је правничка јавност истакла потребу да за побољашњима у домену поступка утврђивања репрезентативности синдиката и удружења послодаваца.⁴⁴ Неспорно је да ће у свом даљем раду на овом закону бити неопходно да се успостави конструктивни дијалог између свих кључних актера.

Мишљења у вези са текстом Нацрта закона о уређењу простора и изградњи такође остају подељена, нарочито имајући у виду да је висина накнаде за конверзију одређена превисоко, што је једна од значајних замерки привреде, а и пропуштена је прилика да се предвиди увођење јединственог информационог система за електронско подношење захтева за издавање грађевинске дозволе и уједно праћење тока сваког захтева за грађевинску дозволу.

IV Квалитет законодавног поступка у Србији током 2013. године

Несумњиво је да за усвајање ваљаних закона у савременом демократском друштву од кључног значаја успостављање доброг законодавног поступка и његово функционисање. Објективна анализа различитих аспеката законодавног поступка методологијом развијеном за потребе НАЛЕД-а⁴⁵ указује да законодавни поступак у Србији пати од одређених мањкавости и да су у том погледу неопходна значајна побољшања. У даљем тексту указујемо на неке од најважнијих закључака и импликација ове анализе.

Анализа ефеката прописа обухвата низ метода у циљу систематске процене позитивних и негативних утицаја предложене и постојеће законске регулативе, тачније, израду прописа засновану на јасном дефинисању проблема и циљева, разматрању различитих регулаторних решења и њихових потенцијалних ефеката. У околностима у којима је то могуће, детаљна анализа ефеката подразумева и квантификовање трошкова и користи регулаторне активности и њених ефеката. Анализа ефеката прописа је међу инструментима политике који су највише доприне-

44 *External Report for 52nd Session for CESCR Concerning Serbia – International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Центар за достојанствен рад, Београд, 2014, доступан на адреси: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fCSS%2fSRB%2f16618&Lang=en, 14.4.2014.

45 Методологија је развијена за потребе креирања Регулаторног индекса Србије, а развио ју је др Бранко Радуловић. Регулаторни Индекс Србије је квантитативни, сумарни показатељ транспарентности законодавног процеса, квалитета и трошкова примене закона и ажурности државе у спровођењу закона, доступно на адреси: http://www.naled-serbia.org/upload/CKEditor/untitled%20folder/RIS_Izvestaj.pdf. Извештај за 2013/2014. доступан на захтев. Сва упућивања на Регулаторни индекс Србије у овом раду односе се на тај извештај.

ли развоју и унапређењу чињенично заснованом креирању политике.⁴⁶ Како је раније истакнуто, Пословником Владе⁴⁷ прописана је обавеза израде анализе ефеката прописа, а Канцеларија за регулаторну реформу и анализу ефеката прописа⁴⁸ оцењује испуњеност ове обавезе као и квалитет спроведене анализе, јер, чак и када је анализа ефеката прописа формално спроведена, њен квалитет може бити упитан.

У свом Регулаторном Индексу Србије НАЛЕД је на основу анализе закона који су усвојени у скупштини утврдио да је од 70 закона који су имали директан или посредан утицај на привреду или је по другом основу требало да буду предмет анализе ефеката 36 закона испунило формални захтев, тачније достављен је извештај о спроведеној анализи у оквиру образложења нацрта закона. Са пресеком на дан 31. децембра 2013. године, Канцеларија је добила укупно 85 нацрта закона. Од тог броја Канцеларија је оценила да 24 нацрта садрже анализу, 30 садржи делимичну анализу, а да за 22 нацрта није било потребно доставити анализу. Према оцени Канцеларије само 9 нацрта није садржало формалан извештај о спроведеној анализи.

Надаље, објективна анализа⁴⁹ показује да се тренутно ипак више поштује форма, док се анализе не спроводе или ако су и спроведене, онда се њихови резултати не приказују на адекватан начин. Од 63 нацрта за које је било потребно припремити анализу само 6 анализа садржи детаљне процене трошкова и користи,⁵⁰ док још 7 анализа садржи квантитативну анализу. Канцеларија за регулаторну реформу је, са друге стране, оценила да прилози који су сачињени тако да садрже делимичну анализу ефеката прописа по правилу не садрже нити квалитативне нити квантитативне податке на основу којих би потенцијални позитивни и негативни ефекти нацрта закона могли потпуније и објективније да се сагледају.⁵¹

46 *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers. OECD Publishing.* издање 1.1, 2008. године, стр. 24.

47 Чл. 40.

48 Основана Уредбом о Канцеларији за регулаторну реформу и анализу ефеката прописа (*Службени гласник РС*, бр. 89/2010).

49 Регулаторни индекс Србије 2013–2014, доступан на захтев.

50 Као пример детаљно урађене квантификације која садржи и финансијску процену утицаја на мала и средња предузећа издвајамо Анализу ефеката прописа на Нацрт закона о робним берзама. Доступно на адреси: http://www.ria.gov.rs/malodrvo/pdf/Analiza_efekata_Nacrta_zakona_o_robnim_berzama_2013.pdf, 14.4.2014.

51 Годишњи извештај о раду Канцеларије за регулаторну реформу и анализу ефеката прописа за период јануар-децембар 2013. године, стр. 9, доступно на адреси: http://www.ria.gov.rs/malodrvo/Izvestaj_o_radu_Kancelarije_za_RR_i_AEP_za_2013._god.pdf, 14.4.2014.

Један од узрока оваквог резултата свакако јесте и велики број закона који су усвојени у хитном поступку. Наиме, од 70 закона који утичу на пословно окружење, чак у 51 случају примењен је хитан поступак што је пракса коју подједнако критикују представници домаће јавности и Европска комисија.⁵² Надаље, утисак је да је чак и у оквиру анализа ефеката прописа које су формално приложене уз нацрте закона анализа утицаја на привреду сагледана врло уско, и да темељна анализа ефеката које повећања намета узрокују за привреду није урађена тако да се њоме размотре сви економски ефекти планираних промена. Примера ради, промена у начину обрачуна накнаде за коришћење минералних сировина када се прописана стопа мења са 3% на 5%⁵³ за привредно друштво подразумева повећање износа који се плаћа за чак 84%. Ово је нарочито важно имати на уму с обзиром на већ поменути рад Министарства финансија на изради Нацрта закона о накнадама за коришћење јавних добара, чије промене могу имати далекосежне последице за постојеће привредне субјекте али и одвраћајући ефекат на инвеститоре. Стога је неопходно да се у пракси заузме битно другачији став у вези са коментарима које у оквиру јавне расправе упућују представници приватног сектора и учини додатни напор у постизању равнотеже између оправданих интереса државе, са једне стране, и стварног подстицања економског развоја као и рада малих и средњих предузећа у Србији.

Да би се закон могао спроводити потребно је донети подзаконске опште акте. У пракси се подзаконски акти не доносе у прописаним роковима, тако да се нови закони у пракси не могу применити. С обзиром да истовремено стари закони престају да важе, правна несигурност коју таква ситуација ствара има значајне економске последице.

Од 2011. године НАЛЕД кроз Барометар подзаконских аката прати у којој мери се спровођење закона омогућава правовременим усвајањем подзаконских општих аката, и током 2013. године пратило се укупно 30 закона који имају највећи утицај на пословно окружење.⁵⁴ На основу детаљне анализе законских одредби формирана је листа од 420 подзаконских прописа (уредби, правилника, одлука) које је било (или је још увек) неопходно донети током 2013. године – тај број за 2013. годину износи 184 подзаконска акта.

52 *Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014*, стр. 28.

53 Вид. Закон о рударству (*Службени гласник РС*, бр. 44/95, 34/2006 и 104/2009), чл. 16 и Закон о рударству и геолошким истраживањима (*Службени гласник РС*, бр. 88/2011), чл. 136, у односу на неметаличне сировине. Нацртом закона о накнадама за коришћење јавних добара се задржава на овом високом нивоу. Вид. чл. 70 Нацрта.

54 Доступно на адреси: http://www.naled-serbia.org/barometers/index_barometar, 14.4. 2014.

Подаци НАЛЕД-а показују да је просечно кашњење усвојених прописа износило 321 дан или скоро 11 месеци. Просечно кашњење усвојених прописа којима је истекао рок је 373 дана.

Током 2013. године само 5 аката је донето пре рока, 31 акт је донет после истека рока, код 21 аката рок још увек није истекао, а за 2 акта није био прецизиран рок за њихово доношење.

Ови подаци сведоче о потреби да се строже и доследније примењују одредбе закона којима су прописани рокови за усвајање подзаконских аката и на тај начин омогући њихова практична примена а смањи простор за арбитрерност у примени и корупцију. Једна од могућности за коју би се свакако ваљало залагати јесте и пракса израде одговарајућих подзаконских аката паралелно са процесом израде финалне верзије нацрта закона, што би омогућило њихово усвајање у кратком року по усвајању закона. Ваљало би да нарочито значајни подзаконски акти такође буду подвргнути анализи ефеката прописа. Иако се на први поглед оваква пракса може чинити незахвалном, с обзиром на чињеницу да су нацрти закона подложни изменама у скупштинској процедури, она би заправо значајно допринела квалитету подзаконских аката, олакшала примену закона и подстакла правну сигурност. Ово би било нарочито важно приликом усвајања нових закона који су од кључног значаја за привреду, као што је Закон о уређењу простора и изградњи.

Правна сигурност и предвидивост услова пословања се свакако огледају и кроз учесталост измена и допуна закона, као и доношењу нових закона којима се битно мења оквир пословања. НАЛЕД је у кроз свој Регулаторни индекс Србије пратио 5 закона из надлежности 6 министарстава за које сматра да представљају довољан узорак за стварање опште слике о томе колико се често прописи мењају.⁵⁵ Ових 30 закона су мењани 98 пута током последњих пет година. Најчешће су промене прописа из надлежности Министарства финансија. Мишљења смо да је оволики број измена и допуна закона битних за пословање привреде изузетно велики и свакако се може тражити веза између турбулентног пословног окружења и честе измене прописа. Посматрајући са аспекта стабилности и предвидивости услова пословања више од две измене и допуне по закону/пропису у средњем року од 5 година, нарочито ако те измене нису последица новчаних усклађивања и других прилагођавања су апсолутно недопустиве и говоре у прилог томе да се изради базног прописа није приступило на прави начин.

55 Прате се закони из надлежности Министарства финансија, Министарства привреде, Министарства грађевинарства и урбанизма, Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, Министарства спољне и унутрашње трговине и телекомуникација и Министарства енергетике, развоја и заштите животне средине.

Такође, чини нам се о предвидивости законодавног оквира додатно говори и чињеница да почетком сваке године Влада Републике Србије и ресорна министарства исувише амбициозно доносе План законодавних активности. Тако је Планом за 2013. годину било предвиђено да се донесе укупно 155 закона, од којих је донето само 34. Од септембра 2012. године НАЛЕД је почео да води евиденцију о објављивању нацрта и предлога закона и времену од објављивања нацрта до усвајања. Анализа је показала да је од 59 закона⁵⁶ и измена и допуна закона чије је усвајање праћено у 2013. години укупно 28 нацрта и предлога закона објављено на сајтовима ресорних министарстава. Обесхрабрујуће је што су нацрти или предлози били доступни веома касно – у најбољем случају месец, а у најгорем само неколико дана пре усвајања – што такође говори о потреби да се законодавни процес у пракси мора учинити транспарентнијим и партиципативнијим.

V Закључци

Како је на самом почетку рада истакнуто, Србија се налази пред озбиљним изазовом усклађивања националног законодавства са правом Европске уније, који подразумева озбиљну, свеобухватну и неретко темељну промену не само регулаторног оквира већ и праксе и са собом носи озбиљне економске и социјалне импликације. Несумњиво је да су у протеклим годинама предузети неки важни кораци у циљу унапређења законодавног процеса, који одсликавају потребу за пуним успостављањем демократског партиципативног процеса. Са друге стране, као што је показано у овом раду, у овом домену је неопходно побољшати и прописе и праксу, нарочито с обзиром на чињеницу да је и у Европској унији процес унапређења регулаторног оквира подложен сталним изменама и побољшањима.⁵⁷ Неке препоруке у том погледу су дате већ у самом раду, али овом приликом указујемо на то да би значајан искорак у том погледу био учињен ако би сви актери законодавног процеса, а нарочито држава, усвојили и доследно спроводили принципе утемељене на ширем друштвеном појму регулације, који подразумева да регулација припада свим тржишним субјектима, а не само држави, и да представља процес исказивања, нормирања и усклађивања различитих интереса.⁵⁸ Једино на тај начин ће и домаћи законодавац, али и домаћи привредни субјекти, на прави начин искористити процес приступања

56 Евидентирано је 70 усвојених закона и измена и допуна закона у 2013. години, али нису узете у обзир измене закона које су биле минималне, као ни закони Министарства просвете, науке и технолошког развоја.

57 Вид. Татјана Јованић, „Унапређење регулаторног оквира у ЕУ: Од „боље“ ка „паметној“ регулацији“, *Евројско законодавство*, бр. 35–36/2011, стр. 9–20.

58 *Ibid*; стр. 10.

Европској унији као стварни инструмент побољшања свеукупног регулаторног оквира, обезбеђивања правне сигурности и стварања повољног амбијента за пословање, чиме ће се прићи корак ближе ка успостављању тржишне економије која одиста може да одговори изазовима заједничког тржишта. Управо ће 2014. година бити база и право огледало за оцењивање тога колико се целокупан законодавни процес од иницирања, преко доношења до примене прописа заиста унапредио, јер предстоји доношење кључних закона као што су Закон о раду, Закон о приватизацији, Закон о стечају, Закон о планирању и изградњи. У фази припреме прописа од кључног значаја ће бити активно учешће привреде и других заинтересованих страна су и биће неопходно да анализа ефеката прописа која ће пратити ове законе буде израђена тако да обезбеди да новоусвојени прописи доносе корист друштву у целини.

Ana KNEŽEVIĆ BOJOVIĆ, PhD

Policy Coordinator, National Alliance for Local Economic Development

Slobodan KRSTOVIĆ, LL.M.

Economic Researcher, National Alliance for Local Economic Development

REGULATORY REFORM AND QUALITY OF THE SERBIAN LEGISLATIVE PROCESS – AN ANALYSIS OF LEGISLATIVE ACTIVITY IN SERBIA IN 2013

Summary

In addition to the comprehensive and complex process of harmonizing its national legislation with that of the European Union, Serbia has to considerably improve other sectors of its legislation, which are not directly regulated by binding European Union legislation, particularly so as to improve the conditions for doing business for small and medium sized companies and facilitate investments. The paper analyzes the regulatory framework for adopting laws, the process of adopting laws in 2013 and the implications of selected legislative solutions, investigating whether and to what extent do the legislative changes in the regulations of importance for doing business contribute to the creation of a business enabling environment, and whether the regulatory interventions are carried out with due observance of best practice standards of legislative procedure.

Key words: *regulatory reform, regulatory impact analysis, public debate, business.*

др Јелена ШОГОРОВ ВУЧКОВИЋ (LL.M. Münster)
доцент на Факултету за европске правно-политичке студије
у Новом Саду

ПРИОРИТЕТИ ПРИ УПРАВЉАЊУ АМБАЛАЖНИМ ОТПАДОМ У ПРАВУ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И СРБИЈЕ

Резиме

У раду се анализира њравни њређман амбалаже и амбалажној ођијада у унификованом њраву живођине средине ЕУ, као и у њраву Рејублике Србије. Амбалажа и амбалажни ођијад су њосђали важан њредмет њређулисања у модерном њраву живођине средине, како у националним оквирима, њако и на ређионалном и међународном њлану. Ауђор се њосебно осврђе на хиђерархију њприориђеђа у њурављању амбалажом и амбалажним ођијадом. Када се анализирају њравне норме развиђених земаља које се њичу ођијада, јасно се може закључиђи да оне имају два сђођерна сђуба, која у мнођоме одређују и каракђер њојединачних норми које се односе на њоједине катђеђорије ођијада. У њраву ЕУ ређулише се не само одсђирађивање и искориђђавање ођијада, веђ и сама амбалажа, а не само амбалажни ођијад. То је њођиђуно у складу са њринциђима на којима се заснива модерна циркуларна њривреда. Уђоређујуђи норме у њођледу уђверђивања њприориђеђа њри њурављању амбалажом и амбалажним ођијадом у Евројској унији и Рејублици Србији, у раду се закључује да су оне у основи сличне.

Кђучне речи: њраво живођине средине, амбалажни ођијад, рециклажа, уђрављање ођијадом, њприориђеђа у њурављању амбалажним ођијадом.

I Уводне напомене

Амбалажа и амбалажни отпад постоје практично од времена када су производи намењени промету почели да се на тржиште износе не само у ринфузном стању, већ и у посудама, кутијама и другим прикладним спољним омотима са циљем да се роба количински индивидуализује и заштити. Како се амбалажа временом фактички мењала, тако се мењало и њено правно одређивање. За потребе ове анализе, међутим, сасвим је прикладна дефиниција нашег права према којој је амбалажа производ направљен од материјала различитих својстава, који служи за смештај, чување, руковање, испоруку, представљање робе и заштиту њене садржине, а укључује и предмете који се користе као помоћна средства за паковање, умотавање, везивање, непропусно затварање, припрему за отпрему и означавање робе.¹

Дуго времена амбалажи није придаван већи правни значај, правне норме су се скоро у целини односиле само на робу која је била у промету. Са развојем трговине у Новом веку ствари почињу да се мењају. Амбалажа добија све више на значају. Она постаје не само елемент индивидуализације и заштите робе, већ и услов бржег и једноставнијег промета. Релативно брзо она постаје и средство тржишне рекламе. Временом амбалажа постаје и важан део заштите производа у праву индустријске својине и праву конкуренције. Ипак, у класичном праву амбалажа је превасходно третирана са комерцијалног аспекта. Нормама трговинског права су решавана питања од значаја за промет, као што су питања карактера амбалаже у којој производ треба да се испоручи, да ли је амбалажа повратна или неповратна, да ли она улази у тежину и цену робе или не, како се штити њен изглед и карактеристике и слично.

Тек у новије време, са развојем права животне средине, амбалажа постаје занимљив предмет регулације и са аспекта заштите животне средине. Наиме, амбалажа је вишеструко значајна за животну средину. Због своје свеопште присутности у савременом свету, она се јавља као велики извор предмета и материја погодних за најразличитије коришћење. Тако се амбалажа, за разлику од самог производа, често може вишекратно користити за исте или сличне намене. Поред тога амбалажа се може у изворном облику користити и за друге намене, а може се супстанцијално користити и као секундарна сировина у процесу стварања нових производа. Коначно, амбалажа се може и енергетски искоришћавати у разним процесима добијања и трансформације енергије (сагоревање и други физички и хемијски процеси добијања и трансформације енергије).

1 Закон о амбалажи и амбалажном отпаду Републике Србије из 2009. године (Сл. гласник РС, бр. 36/2009, даље у фуснотама: ЗААО), чл. 5 ст. 1 тач. 1.

Спрам могућности пожељног искоришћавања, стоје ризици неконтролисаног одбацивања и занемаривања искоришћене амбалаже. Одбачена амбалажа, као и сам производ може бити вишеструко штетна. Простим одбацивањем она, пре свега, постаје изгубљена за даље коришћење. Поред тога, она на тај начин увећава већ ионако алармантно велику количину отпада у савременом свету. Коначно, одбачена амбалажа може бити и отровна или на друге начине штетна и опасна за животну средину.

Због свега наведеног, амбалажа и амбалажни отпад су постали важан предмет регулација у модерном праву животне средине, како у националним оквирима, тако и на регионалном и међународном плану. У овом раду ће се анализирати правни третман амбалаже и амбалажног отпада у унификованом праву животне средине ЕУ као и у праву Србије, посебно с обзиром на хијерархију приоритета у управљању амбалажом и амбалажним отпадом.

II Место амбалаже и амбалажног отпада у праву животне средине

У модерним правима животне средине различите врсте отпада се третирају како са аспекта њихове количине, тако и са аспекта њихове шкодљивости (опасности) за човека и животну средину. Ови аспекти чине језгро оног дела савременог права животне средине који за предмет регулација има отпад, односно функционисање модерне „циркуларне привреде“.² У том склопу посебна пажња се придаје конзумној роби, која игра велику улогу у тзв. друштвима благостања.

Када се анализирају правне норме развијених земаља које се тичу отпада, јасно се може закључити да оне имају два стожерна стуба, која умногоме одређују и карактер појединачних норми које се односе на поједине категорије отпада.

Први стуб чини принцип да избегавање стварања отпада мора бити апсолутни приоритет сваког система заштите животне средине. Због тога се правно мора уређивати већ сам процес производног планирања и то како у погледу количине отпада који ће настати, тако и у погледу његове шкодљивости.

Други стуб представља данас већ општеприхваћени захтев да се и искоришћавање отпада мора заснивати на одговарајућим приоритетима. Предност у искоришћавању има поновно коришћење, а за-

2 О правном појму отпада и тзв. „циркуларне привреде“ вид. Sebastian Stark, *Der Abfallbegriff im europäischen und deutschem Recht*, Frankfurt am Main, 2009; Стеван Шогоров, „О правном појму отпада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, XLVI, бр. 4/2012.

тим материјално (супстанцијално) искоришћавање (рециклажа) и на крају енергетско искоришћавање. Тек ако никакво искоришћавање није могуће, отпад се мора сигурно депоновати.

При одређивању приоритета у начинима управљања амбалажом и амбалажним отпадом полази се од приоритета који постоје за управљање отпадом уопште. У области заштите животне средине су се временом ови приоритети јасно утврдили уз дефинисање њихове хијерархије. Тако се данас сматра општеприхваћеним начело према којем „избећи отпад је боље, него га искоришћавати, а искоришћавати је боље, него га депоновати“.³

Наведени принципи важе како за отпад, тако и за саме производе и амбалажу, који ће такође једног дана постати отпад. Због тога се у праву животне средине постављају одговарајући захтеви у погледу производа и амбалаже већ при њиховом производном планирању. Тако се, на пример, у праву ЕУ регулише не само одстрањивање и искоришћавање отпада већ и сама амбалажа, а не само амбалажни отпад. То је потпуно у складу са принципима на којима се заснива модерна циркуларна привреда.

Даљу карактеристику савремених права животне средине представља захтев да се њена заштита мора превасходно заснивати на принципу узрочности тј. да је одговоран онај који је отпад проузроковао, стваралац отпада, а у том склопу пре свега произвођач производа и амбалаже.⁴

Такође, може се запазити да је тенденција да се јавна власт бар за поједине врсте отпада постепено истискује из система одстрањивања и збрињавања отпада, а у корист посебних система за збрињавање отпада, због чега се све све више говори о тзв. „управљачкој приватизацији“ управљања отпадом.⁵ Смисао оваквог процеса лежи у томе да се држава растерети ове функције, али и да се привреда додатно заинтересује за избегавање стварања отпада, односно за његово што квалитетније збрињавање и искоришћавање, будући да трошкове тог збрињавања сама сноси. Кроз правне норме држава, опет, треба да обезбеди да се ови трошкови не преваљују механички са привреде на потрошаче. На тај се начин, кроз „управљачку приватизацију“ подстиче привреда да при планирању највећу пажњу посвећује избегавању стварању отпада, односно његовом минимализирању, односно стварању еколошки прихватљивих производа и амбалаже. Тиме се додатно оснажује про-

3 Martin Dieckmann, Moritz Reese, у: Hans-Joachim Koch (Hrsg.), *Umweltrecht*, 3. vollständig überarbeitete Auflage, München, 2010, стр. 311.

4 Вид. Kristian Fischer, *Strategien im Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht: Produktverantwortung der Wirtschaft*, Heidelberg, 2001.

5 Klaus Messerschmit, *Europäisches Umweltrecht*, München, 2011, стр. 875.

кламовани систем приоритета у поступању са амбалажом и амбалажним отпадом.

III Третман амбалаже и амбалажног отпада у праву ЕУ

У актуелном праву ЕУ третман амбалаже и амбалажног отпада је целовито уређен Директивом Савета и Европског парламента од 20. децембра 1994. године о амбалажи и амбалажном отпаду⁶ са каснијим изменама и допунама.⁷ Целовитом правном уређивању амбалаже и амбалажног отпада је претходила директива која је парцијално регулисала ову материју, будући да се односила само на амбалажу за течности (пића).⁸

Основна карактеристика норми садржаних у Директиви је да се оне односе на све врсте амбалаже које се у промету јављају. То су, пре свега, тзв. продајне амбалаже, тј. амбалаже у којима се производи нуде на продају потрошачима. Поред њих, под норме Директиве потпадају и тзв. додатне амбалаже (на пример, веће кутије или омоти за већи број производа са продајним амбалажама), као и транспортне амбалаже (најразличитији облици амбалаже која се користи при транспорту).

Такође, карактеристично је да се Директива односи на све области у којима се амбалажа јавља. Она уређује третман амбалаже и амбалажног отпада у индустрији, трговини, занатству, домаћинствима и у свим другим сферама у којима се појављује. Исто тако утврђује се одговорност свих тржишних учесника, посебно у производњи, трговини и потрошњи за стварање и поступање с отпадом. При томе се посебан нагласак ставља на одговорност произвођача (чл. 4 ст. 1 Директиве). Да би се отварили циљеви у погледу избегавања стварања и адекватног искоришћавања амбалаже и амбалажног отпада афирмисан је и принцип споразумевања са одговарајућим привредним гранама.

У погледу система приоритета при управљању амбалажом и амбалажним отпадом Директива уважава и даље унапређује већ достигнути степен развоја права животне средине у тој области. У том смислу овај правни документ афимише принцип избегавања стварања амбалажног отпада као апсолутно неспоран први приоритет приликом управљања амбалажом и амбалажним отпадом.

Следећи приоритет је материјално (супстанцијално) искоришћавање амбалаже кроз поновно коришћење (вишекратно коришћење

6 Службени лист ЕУ, Л 365 од. 31.12.1994, стр. 10.

7 Вид. последње измене – Службени лист ЕУ Л 87 од 31.3.2009, стр. 109.

8 Вид. Службени лист ЕЕЗ 85/339.

исте амбалаже) и друге видове материјалног искоришћавања, а као и енергетско искоришћавање (кроз сагоревање, производњу биогаса и друге видове органског искоришћавања и сл.). На тај начин Директива има за циљ смањење амбалажног отпада који би се морао одстранити и чувати у депонијама, будући да се то сматра најнеповољнијим обликом управљања отпадом.

При конкретном уређивању поновне употребе амбалаже (као што је поновно пуњење већ коришћене амбалаже течним производима и сл.) Директива допушта државама чланицама да фаворизују и одговарајућим мерама стимулишу овакво искоришћавање амбалаже, што је с обзиром на постављене генералне циљеве и приоритете сасвим разумљиво. Да су овакве мере допуштене и прихватљиве потврђује и пракса Суда.⁹ Занимљиво је, међутим, да се у Директиви не утврђује приоритет поновне употребе амбалаже у односу на њено материјално искоришћавање (рециклирање и други облици материјалног искоришћавања) иако се у теорији сматра да поновно коришћење амбалаже заслужује такав третман. Уместо тога, посебан значај се придаје материјалном искоришћавању – рециклирању, па се утврђују одређени проценти у којима се амбалажни отпад мора рециклирати. При томе се проценти различито утврђују за поједине „старе“ и „нове“ чланице ЕУ.¹⁰

С обзиром на актуелну праксу, овакво придавање значаја рециклирању је разумљиво. Према доступним подацима за 2011. годину, проценат рециклирања главних врста амбалажног материјала у ЕУ је био следећи:

<i>Врста амбалаже</i>	<i>Процент рециклирања</i>
Пластика	33%
Картон	37%
Алуминијум	67%
Стакло	70%
Челик	74%

Извор: *Industry experts – Plastics Europe, ACE (Alliance for beverage cartons & the environment, eaa, FEVE (European Container Glass Federation), APEAL (European Association of producers of Steel for Packaging).*¹¹

9 Вид. одлуку Суда Ц-463/01.

10 За право ЕУ о управљању отпадом је и иначе карактеристично да издиференцирано третира земље чланице у бројним сферама управљања отпадом (вид. Martin Dieckmann, *Das Abfallrecht der Europäischen Gemeinschaften*, München, 1994, стр. 441 и даље).

11 Доступно на адреси: <http://www.google.rs/imgres?sa=X&biw=1440&bih=681&tbm=isch&tbnid=RU-mGa5NwCGMOM%3A&imgrefurl=http%3A%2F%2Fwww.apeal.org%2Fen>

Извесно време је у Унији било актуелно питање да ли је успостављање система за поврат амбалаже, као и система за прикупљање и искоришћавање амбалажног отпада, у складу са правом ЕУ, посебно њеним правом конкуренције. Питање је у Директиви разрешено на тај начин што је прављење оваквих система при промету робе допуштено, уколико не делују дискриминирајуће.¹² У поређењу са земљама ЕУ, степен рециклирања отпада уопште (не само амбалажног) је у Србији изузетно низак.¹³

Уопштено би се могло рећи да Директива оставља широко поље националним правима да у погледу поврата једнократне амбалаже бирају између фаворизовања заложног система и обичног система прикупљања, као и различитих варијација њиховог комбиновања.¹⁴ При томе, земље су слободне и да учврсте своје системе вишекратног прикупљања и коришћења амбалаже. Због тога су биле безуспешне и све тужбе које су подизане због допуне Уредбе о амбалажи Немачке из 2002. године која је предвидела обавезу поврата и залог за највећи део амбалаже за пиће.¹⁵

Исто тако могло би се констатовати да због практично једнаког третмана поновног коришћења и материјалног и енергетског искоришћавања амбалаже, право животне средине ЕУ не захтева успостављање тоталног система поврата и материјалног (супстанцијалног) искоришћавања амбалаже.

Успостављање колективног система за одвојено прикупљање појединих врста амбалаже из домаћинства подлеже, међутим, контроли са становишта норми права конкуренције ЕУ. Комисија је тако у више наврата одлучила да је немачки систем „*Duales System Deutschland*“ *GmbH* (ДСД) злоупотребио монополски положај, што је Суд Уније у својим пресудама и потврдио.

Од земаља чланица се такође захтева да забране све врсте амбалажа код којих концентрација тешких метала прелази одређени ниво.

[12 В. посебно чл. 7 Директиве.](http://www.media2press-releases&docid=SFHRIUAxIvX6AM&imgurl=http%3A%2F%2Fwww.apeal.org%2Fuploads%2FModuleXtender%2FMediaroom%2F74%2F2011_Recycling_rates_for_all_packaging_materials.jpg&w=481&h=353&ei=Ms8IU7j6B4bUsgaIqoGQCQ&zoom=1&iact=rc&dur=5766&page=1&start=0&ndsp=17&ved=0CFEQrQMwAA,22.2.2014. године.</p>
</div>
<div data-bbox=)

13 Према неким подацима износи само 9,6%, вид. Золтан Виг, Тамара Гајинов, *Стање и њерсејектйиве еколошкојравне рејулајйиве у Србији*, Нови Сад, 2011, стр. 123.

14 Clemens Weidemann, *Abfallrecht*, München, 2005, стр. 11 и даље; Jakobi Ellen, *Zeitschrift für Umweltrecht*, 2005, стр. 147 и даље.

15 В. К. Messerschmidt, *нав. дело*, стр. 876.

IV Регулисање амбалаже и амбалажног отпада у праву Србије

У праву Републике Србије за управљање амбалажом и амбалажним отпадом два закона су стожерна. Први је општег, а други посебног (специјалног) карактера.

Општи је Закон о управљању отпадом.¹⁶ Њиме се уређује општи режим управљања отпадом који подједнако важи за све врсте отпада, укључујући и амбалажни отпад.

Због значаја амбалаже и амбалажног отпада у свакодневном животу друштва донет је и Закон о амбалажи и амбалажном отпаду, као посебан закон за ту врсту отпада. Овим законом се уређују услови заштите животне средине које амбалажа мора да испуњава за стављање у промет, као и управљање амбалажом и амбалажним отпадом. Амбалажа се у њему дефинише као „производ направљен од материјала различитих својстава, који служи за смештај, чување, руковање, испоруку, представљање робе и заштиту њене садржине, а укључује и предмете који се користе као помоћна средства за паковање, умотавање, везивање, непропусно затварање, припрему за отпрему и означавање робе“.¹⁷ Закон се односи на све врсте амбалаже изузимајући контејнере и велика средства за паковање – ИБЦ који се користе за друмски, железнички, водни или ваздушни међународни транспорт.¹⁸

Као и у праву ЕУ и упоредном законодавству, тако је и у Закону о амбалажи и амбалажном отпаду предвиђено да се његове норме примењују на све три уобичајене категорије амбалаже, с тим да се продајна амбалажа означава као примарна (најмања амбалажна јединица у којој се производ продаје коначном купцу), додатна као секундарна (амбалажна јединица која садржи више производа у примарној амбалажи са наменом да на продајном месту омогући груписање одређеног броја јединица за продају, без обзира да ли се продаје крајњем кориснику или се користи за снабдевање на продајним местима, а може се уклонити са производа без утицаја на његове карактеристике), а транспортна као терцијарна (амбалажа намењена за безбедан транспорт и руковање производа у примарној или секундарној амбалажи). Ова амбалажа, међутим, не обухвата контејнере за друмски, железнички, водни или ваздушни транспорт).¹⁹

16 Закон о управљању отпадом Републике Србије из 2010. године (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009 и 88/2010).

17 ЗААО, чл. 5 ст. 1.

18 ЗААО, чл. 2.

19 ЗААО, чл. 5 ст 1.

У погледу хијерархије приоритета при управљању амбалажом и амбалажним отпадом може се запазити да постоји донекле изнијансиран приступ у погледу приоритета у третману амбалаже и амбалажног отпада у поменутиим законима.

Наиме, у Закону о управљању отпадом, као општим законом, јасно је усвојено правило да је избегавање стварања отпада боље, него његово искоришћавање, а његово искоришћавање боље од његовог депоновања. Чак би се могло рећи да је овим законом наведени принцип додатно разрађен, јер је на недвосмислен начин утврђено начело хијерархије управљања отпадом. На основу тог начела је утврђен следећи редослед приоритета у управљању отпадом:

- превенција стварања отпада и редуција, односно смањење коришћења ресурса и смањење количина и/или опасних карактеристика насталог отпада;
- поновна употреба, односно поновно коришћење производа за исту или другу намену;
- рециклажа, односно третман отпада ради добијања сировине за производњу истог или другог производа;
- искоришћење, односно коришћење вредности отпада (ком-постирање, спаљивање уз искоришћење енергије и др.);
- одлагање отпада депоновањем или спаљивање без искоришћења енергије, ако не постоји друго одговарајуће решење.²⁰

У Закону о амбалажи и амбалажном отпаду, као специјалном закону, приступ је донекле другачији. У њему се не инсистира на строго устројеној хијерархији приоритета у управљању амбалажним отпадом као у Закону о управљању отпадом.

Ако се посматрају основна начела која Закон о амбалажи и амбалажном отпаду утврђује, видљиво је да су она устројена на савремен начин, у складу са општим ставовима еколошке науке и струке. Та начела при управљању амбалажом и амбалажним отпадом су у закону исказана на следећи начин: 1) подела одговорности свих привредних субјеката у складу са начелом „загађивач плаћа“ током животног циклуса производа; 2) спречавање, односно смањење стварања амбалаже и амбалажног отпада, као и њихове штетности по животну средину; 3) поновна употреба амбалаже, рециклажа и други облици поновног искоришћења и смањење коначног одлагања амбалажног отпада; 4) добровољно споразумевање о управљању амбалажним отпадом.²¹

20 Закон о управљању отпадом, чл. 6 ст. 1 тач. 3.

21 ЗААО, чл. 4.

Из оваквог редоследа начела могло би се закључити да закон само на имплицитан начин избегавање стварања амбалажног отпада („спречавање, односно смањење стварања амбалаже и амбалажног отпада“) претпоставља поновној употреби амбалаже, као и њеном материјалном и енергетском искоришћавању. Па ипак, у самом тексту закона није установљена чврста хијерархија приоритета у управљању амбалажним отпадом. Нешто другачије ствари стоје једино при утврђивању односа између поновне употребе и другог (материјалног, енергетског) искоришћавања амбалаже и амбалажног отпада и њеног депоновања. Депоновање, по закону, долази у обзир тек ако амбалажу није могуће поново употребити, као ни поновно искористити путем рециклаже, биоразградње или контролисаног спаљивања. Тек тада се амбалажа третира као амбалажни отпад који се може одлагати (депоновати) у складу са законом.²² Закон такође, поред основних, поставља и одређене специфичне захтеве за амбалажу која се може искористити рециклажом, компостирањем и биоразградњом, као и енергетским искоришћавањем, али се ни из тога не може извући закључак да је у овом закону садржана хијерархија приоритета у управљању амбалажом и амбалажним отпадом каква постоји у Закону о управљању отпадом.

У погледу поврата и поновне употребе амбалаже Закон предвиђа специфичне захтеве за такву поновну употребу, између осталих то је и захтев да на тржишту постоји доступан систем за остваривање поновне употребе (сакупљање повратне амбалаже, поновно пуњење или утовар).²³

Као и у праву ЕУ, тако је и у нашем праву предвиђена могућност закључења споразума у вези са управљањем амбалажом и амбалажним отпадом. Такав споразум је добровољан и закључују га Влада у име Републике Србије и заинтересовани субјекти из различитих привредних грана (произвођачи, увозници, пакери/пуниоци и испоручиоци). Споразум је отвореног карактера и могу му приступити сви који желе и који и испуне услове споразума.²⁴

22 ЗААО, чл. 11 ст. 3. Слично правило по коме искоришћавање има приоритет у односу на депоновање постоји и у немачком праву, с тим да нема апсолутно дејство. Ако би депоновање било еколошки прихватљивије, приоритет искоришћавања отпада се не мора поштовати. В. нпр. Reiner Smidt, Wolfgang Kahl, *Umweltrecht*, München, 2010, стр. 254.

23 ЗААО, чл. 11 ст. 1 тач. 3.

24 Вид. о овом споразуму посебно ЗААО, чл. 5 тач. 22 и чл. 17.

V Закључак

Упоређујући норме у погледу утврђивања приоритета при управљању амбалажом и амбалажним отпадом у Европској унији и Републици Србији, можемо закључити да су оне у основи сличне.

У оба правна система је начелно утврђен основни след приоритета. Наиме, као и код друге врсте отпада, тако је и код амбалажног отпада први приоритет избегавање његовог стварања. Други приоритет је коришћење одн. искоришћавање амбалажног отпада кроз поновно коришћење амбалаже и њено супстанцијално (материјално) и енергетско искоришћавање. Тек ако то није могуће или није економски и еколошки оправдано, могуће је амбалажни отпад депоновати.

Ипак, овакав след приоритета није утврђен као апсолутан и непроменљив. Изузеци су могући јер су они понекад више у складу не само са економском логиком већ и са еколошким захтевима. Тако се у неком конкретном случају може показати да наведени логичан редослед збрињавања не може увек важити, без икаквог изузетка. Некада ће се на основу ње показати да је еколошки прихватљивије неки амбалажни отпад одстранити депоновањем него инсистирати на његовом даљем искоришћавању. Ако би нпр. поновна употреба амбалажног отпада била немогућа, супстанцијално искоришћавање нерационално а загађење ваздуха или штетност појединих компоненти које настају при његовом сагоревању имала теже последице од ризика његовог депоновања, онда ниједан облик искоришћавања не би могао имати приоритет у односу на депоновање. То значи да ни основна хијерархија приоритета при управљању амбалажним отпадом није апсолутна и без икаквог изузетка. Због тога, можемо оценили да и у праву ЕУ и у праву Републике Србије постоји тзв. „мек“ систем приоритета у управљању амбалажом и амбалажним отпадом. То посебно важи за међусобне односе између поновног коришћења, супстанцијалног и енергетског искоришћавања амбалажног отпада. Начелно, у оба правна система се не утврђује обавезујући редослед приоритета у искоришћавању амбалажног отпада, мада се у теорији сугерише да би, бар начелно, поновна употреба требало да има предност над супстанцијалним, а супстанцијално над енергетским искоришћавањем. Ипак, државама чланицама је у ЕУ допуштено да фаворизују (стимулишу) поновно коришћење амбалаже.

Може се, дакле закључити да су у оба правна система само основни приоритети одређени, али само као директивна правила која, ипак, трпе изузетке. За односе између различитих облика искоришћавања амбалажног отпада обавезујућих приоритета практично и нема. То значи

да је при управљању амбалажним отпадом потребно у сваком конкретном случају направити тзв. еколошки биланс, да би се сагледавањем предности и мана појединих видова управљања амбалажним отпадом одабрао најприкладнији третман.

Jelena ŠOGOROV VUČKOVIĆ, PhD, LL.M. Münster
Assistant Professor at Faculty of European Legal and Political Studies,
Novi Sad

PRIORITIES IN THE MANAGEMENT OF PACKAGING WASTE IN THE EUROPEAN UNION LAW OF ENVIRONMENTAL PROTECTION AND IN THE SERBIAN LAW

Summary

In this paper, the legal treatment of packaging and packaging waste is analyzed, both in the unified EU law of environmental protection, and in the law of the Republic of Serbia. Packaging and packaging waste has become an important subject in the regulation of the modern environmental protection law at the national level, as well as at the regional and international level. The author pays special attention to the hierarchy of priorities in the management of packaging and packaging waste. When analyzing the legal standards applied in the developed countries concerning waste, it can be clearly concluded that there are the two central pillars, which largely determine the character of the singular rules relating to certain categories of waste. The EU law regulates not only the removal and utilization of waste but also the packaging itself, i.e. not just the packaging waste. This is fully in line with the principles on which the modern circular economy is founded. Comparing the norms in terms of setting priorities in the management of packaging and packaging waste in the European Union and the Republic of Serbia, the conclusion given in this paper indicates their basic similarity.

Key words: *environmental protection law, packaging waste, recycling, waste management, priorities in the management of packaging waste.*

ТРГОВИНСКО ПРАВО

др Небојша ЈОВАНОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ОДГОВОРНОСТ ТЕГЛАЧА^{*}

Резиме

У овом раду се објашњава одговорност уговорника у штељењу, а нарочито теглача. Због сложености односа и повећаних ризика у штељењу право најчешће не уређује на јединствен начин одговорност његових учесника, већ садржи различита правила зависно од догађаја у ком је током штељења наступила штета (нпр. за судар, превоз, заједничка хаварија). Стога се у раду објашњавају посебни правни режими одговорности теглача према врсти штетног догађаја. При томе се указује да Закон о поморској и унутрашњој пловидби из 1998. године не садржи оштре правило о одговорности теглача за штету у штељењу, услед чега постоји озбиљна празнина у пловидбеном праву Србије. Поред тога, у раду се размајрају уобичајени улавици у мировским уговорима о штељењу на мору (нпр. UKSC, TOWCON, TOWHIRE), којим се умањују обавезе или одговорности теглача, а повећавају његова права у односу на она која су му уређена мировним. Најзад, ипак се посебно осврће на безобзирност теглача у уоварању своје неодговорности у земаљама *common law* система. Стога се залаже за ограничење слободе уоварања на штељу корисника услуга теглача у уговорима о штељењу. Чланак обилује размајрањем уредноправних правила о одговорности у штељењу, како на мору, тако и на рекама, као и приказом судске праксе.

Кључне речи: штељење, одговорност теглача, UKSC, TOWHIRE, TOWCON.

^{*} Рад се објављује у оквиру пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“ Правног факултета Универзитета у Београду (нап. аут.).

I Увод

За разлику од уговора о превозу у воденом саобраћају, који је углавном уређен јединственим правилима у упоредном праву захваљујући бројним међународним конвенцијама, у уговору о тегљењу таквих правила нема. Стога влада „шаренило“ у националним правима у уређивању овог уговора. Уочљива је појава да национална права често повлашћују тегљаче у односу на кориснике њихових услуга, и то нарочито у питању одговорности за штету у тегљењу.¹ Пошто су правила националних права о уговору о тегљењу углавном диспозитивна, главни правни извор у међународној пловидби су типски уговори о тегљењу, који садрже бројне углавке о неодговорности и ограниченој одговорности тегљача за штету тегљенику. Ти углавци су претерано повлашћујући за тегљаче, а оптерећујући за тегљенике, као кориснике њихових услуга. Нарочито дрско изуговарање одговорности тегљача садржано је у типском уговору британских тегљача (енгл. *UK Standard Conditions for Towing and Other Services*; скр. *UKSCT*), при чему судови земаља Комонвелта често признају пуноважност таквог уговарања.²

1 *Найомена* – С обзиром да у српском језику реч „тегљач“ означава и лице које обавља тегљење и брод којим се тегли, у овом чланку се она користи само за лице које тегли, док се за брод који тегли користи израз „теглећи брод“. Пошто се тегљење на води може технички да обавља и потискивањем (гурањем) пловила испред теглећег брода, кад год се у чланку помене израз „тегљач“ мисли се и на потискивача, ради једноставнијег језичког изражавања, осим кад је друкчије изричито напоменуто. Из истих разлога у овом чланку израз „теглећи брод“ обухвата и брод потискивач (гурач). Реч „реморкер“, која се, такође, користи у српском језику, обухвата и тегљача, и потискивача, и теглећи брод, и брод потискивач, али се у овом чланку избегава, јер је страног порекла. Најзад, из разлога једноставности језичког изражавања, реч „теглење“ у овом чланку значи и „потискивање“, осим ако је изричито другчије напоменуто. Напомиње се да је за теглећи брод законски израз у Србији „тегљач“, а да се лице које обавља тегљење зове „бродар тегљача“. Вид. Закон о поморској и унутрашњој пловидби, *Сл. лист ЦРЈ*, бр. 38/1998 (даље у фуснотама: ЗПУП), чл. 679.

2 Типичан случај наклоности енглеских судова према тегљачима, која се каткад коси са здравим разумом, јесте парница у спору поводом тегљеног брода „Најоб“ (*Niobe*, 13 PD 55) из 1888. год. У том случају је теглећи брод „Летећа змија“ (*Flying Serpent*) теглио брод „Најоб“. Током тегљења су се оба брода у тегљењу сударила са трећим бродом по имену „Валета“ (*Valletta*). Судар се десио кривицом посаде теглећег брода, али је и посада тегљеног брода лоше вршила осматрање, те је и тегљеник сносио мањи део кривице. Да је посада Најоба приметила Валету, могла је да избегне судар. Тегљач је затражио накнаду штете коју је претрпела Летећа змија услед судара, тврдећи да су Летећа змија и њена посада у време тегљења били у служби тегљеника у складу са уговором о тегљењу, те да је он, као управитељ тегљења, одговоран за штету коју су сами изазвали „свом“ броду. Тегљеник је тај захтев одбио, тврдећи да тегљач и његова посада нису били у његовој служби (*servants*), те да не одговара за њихове радње. Тврдио је та су они били независни

Повлашћивање тегљача у праву се правда повећаним ризицима којим су изложени у свом послу у односу на бродаре у другим пловидбеним подухватима (нпр. у превозу). Разлози повећања ризика су бројни, а нарочито мала величина теглећег брода у односу на тегљено пловило, његова мала снага према самоходном тегљеном пловилу (тј. оним са сопственим погоном), техничка немогућност брзог заустављања пловила у тегљењу због инерције на води (мала сила трења), потреба усклађеног рада у тегљењу посада његових учесника, немирне воде (нпр. таласи на мору, јака струја реке) и лоше временске прилике (нпр. олуја). На пример, кад мали теглећи брод, маколико био снажног погона и чврсте грађе, закачи ужетом огроман танкер ради одвлачења од дока и усмеравања ка излазу из луке при његовом испловљавању, сигурно да је врло угрожен могућношћу кидања ужета, превртања, судара, па и потонућа, ако га тегљени брод удари или тргне снагом свог мотора.

За кориснике услуга тегљења (нпр. при коришћењу услуга тегљача у луци) јавља се питање како да се заштите од непоштених углавака у уговору о тегљењу, које им тегљачи намећу својим јачим преговарачким положајем и организованошћу на тржишту тегљачких услуга.³ Посебан проблем у Србији је недореченост Закона о поморској и унутрашњој пловидби из 1998. год. (даље у тексту: Закон о пловидби, или Закон), који не уређује на општи начин одговорност учесника у тегљењу, а поготово тегљача. Додуше, за Србију је значајнији овај проблем у речном тегљењу, него у морском, јер тренутно нема морских бродова.⁴

II Правни извори

Уговор о тегљењу се уређује углавном националним изворима права (нпр. поморски закони, лучки прописи) и типским уговорима, мада нека питања уређују и међународне конвенције. Најзначајније су следеће конвенције: 1) Конвенција о пружању помоћи и спасавању на

предузетници, који сами морају да сносе штету коју су изазвали својом кривицом. У насталој парници суд је усвојио тужбени захтев тегљача, прихватавши у свему његове тужбене разлоге. Вид. Christopher Hill, *Maritime Law*, LLP Reference Publishing, London, 1998, стр. 294.

3 Richard Shaw, Mikis Tsimplis, у: Yvone Baatz (ed.), *Maritime Law*, Sweet & Maxwell, London, 2011, стр. 277; Antoin Vialard, *Droit maritime*, Pres universiter de France, Paris, 1997, стр. 205; Barthelemy Mercadal, *Transport Law of France*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, стр. 197; Бранимир Лукшић, *Тегљење у њоморском љраву и љраву унутрашње љловидбе*, Сплит, 1976, стр. 30.

4 Напомиње се да на рекама потискивање све више искључује тегљење, јер се показало безбеднијом, бржом и јефтинијом техником пловидбе. Вид. Walter Muller, Thomas Buchardt, *Transport Law of Switzerland*, Kluwer, Deventer, 1994, стр. 151.

мору из 1910. год. са Протоколом о њеној измени из 1967. год., којим се уређује однос тегљења и спасавања, као и право тегљача на награду за спасавање;⁵ 2) Конвенција о изједначењу неких правила у питању судара бродова из 1910. год., која је меродавна за одговорност у случају судара током тегљења;⁶ 3) Конвенција о изједначењу неких правила о судару бродова у унутрашњој пловидби из 1960. год.;⁷ 4) Конвенција о ограничењу одговорности власника морских бродова из 1957. год. (Брисел), којом се уређује право бродара (тегљача) на ограничење одговорности по величини брода; 5) Конвенција о ограничењу одговорности за поморска потраживања из 1976. год. (Лондон) са накнадим изменама, која уређује исти начин ограничења одговорности као конвенција из 1957. год.; 6) Конвенција о ограничењу одговорности у унутрашњој пловидби из 2012. год. (Стразбур; даље: Стразбуршка конвенција).⁸

За разлику од међународних конвенција, типски уговори системски уређују уговор о тегљењу, а нарочито одговорност учесника тегљења, те су стога они главни извор права за тегљење у међународној пловидби.⁹ У свету се највише уговара примена Стандардних услова за тегљење и друге услуге Уједињеног Краљевства (UKSCT) из 1986. год. Израдили су га тегљачи те државе, али их примењују и бројни други тегљачи, нарочито из земаља Комонвелта (нпр. Аустралија, Јужна Африка), а познати су по претераном повлашћивању тегљача у односу на тегљеника.¹⁰ Поред њих, широко примену има и Уговор о међународном океанском тегљењу на путовање (*International Ocean Towing Agreement (Lump Sum)*, скр. TOWCON), којим се уређује тегљење на путовање са једнократном тегљарином, и Уговор о међународном океанском тегљењу на време (*International Ocean Towing Agreement (Daily Hire)*, скр. TOWHIRE), којим се уређује тегљење на време са временском тегљарином. Балтички и међународни поморски савет (*Baltic & International Maritime Council – BIMCO*) је израдио последњу верзију ових уговора 2008. год. Познати су по томе што правичније уређују однос тегљача и тегљеника него UKSCT. Поред ових, у међународном тегљењу се примењују и други типски уговори, јер их израђују тегљачи у многим великим поморским државама (нпр. САД, Јапан, Кина, Канада).¹¹

5 Сл. новине Краљевине Југославије, бр. 285/1931; Сл. лист СФРЈ, додатак бр. 26/1971.

6 Сл. новине Краљевине Југославије, бр. 285А/1931.

7 Сл. лист ФНРЈ, додатак бр. 7/1961.

8 Сл. лл. РС (међун. ујов.), бр. 6/2013.

9 Shaw, Tsimplis, *нав. дело*, стр. 279, 280.

10 Gaskell, Debatista, Swatton, *Chorley and Gile's Shipping Law*, Pitman Publishing, London, 1994, стр. 419, 420, 424; R. Shaw, M. Tsimplis, у: Y. Baatz (ed.), *нав. дело*, стр. 280–283; Glaschi Christopher, *Standard Towing Conditions and Agreements to Insure*, стр. 3, доступно на адреси: <http://www.admiraltylaw.com/papers/tug.pdf> на дан 19.1.2014. год.

11 H. Zhengliang, *Transport Law of China*, Kluwer, The Hague, 2003, стр. 186.

Главни српски правни извор је Закон о пловидби СРЈ из 1998. год., који је готово исте садржине као истоимени закон СФРЈ из 1977. год.¹² Иако су његова правила у питању одговорности превозиоца углавном једнострано принудна (релативно императивна), закључују се да су она о уговору о тегљењу допуњујућа (отклоњива, диспозитивна), пошто није изричито одређено да су принудна. Ово стога што у Закону влада начело диспозитивности, осим ако је њиме друкчије одређено.¹³ Поред Закона о пловидби, за тегљење Дунавом значајан је Братиславски споразум о реморкажи, пружању помоћи приликом хаварија и агентирању из 1995. год. (даље у тексту: Братиславски споразум о реморкажи или БСР). Он није конвенција, јер су га закључила бродарства обалних држава, која обављају пловидбу Дунавом. Њиме се намеће свим бродарствима, као уговорницама, узајамна обавеза да својим теглећим бродовима тегле тегленице и друга пловила осталих уговорника (чл. 1).

III Појам и потреба тегљења

Одређивање појма тегљења значајно је за одговорност тегљача због тога што он подлеже посебном режиму одговорности само док траје тегљење. Ако штету проузрокује пре почетка или после завршетка радње тегљења, одговара по општим правилима пловидбеног и трговинског права.

Тегљење је скуп радњи којим један брод, теглећи брод (тегљач), помера (вуче или гура) други брод или друго пловило (нпр. пловећа дизалица, багер, нафтна платформа).¹⁴ За тегљење је битно да покретачка снага долази ван тегљеног пловила, јер је оно или нема уопште, или је нема довољно да се самостално креће по води.¹⁵ Радња тегљења не мора само да буде померање тегљеног пловила, већ и свака друга радња којом теглећи брод помаже у кретању другом пловилу. Стога типски уговори тегљење дефинишу набрајањем свих радњи којим теглећи брод може да помогне другом пловилу у кретању. То могу да буду радње држања тегљеног пловила на одређеном месту, његовог помицања, вучења, гурања, вођења, праћења, па и самог стајања поред њега.¹⁶

У четири случаја је броду или другом пловилу потребно тегљење. Први је кад неко пловило није самоходно, односно кад нема своју покре-

12 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 22/77, 13/82, 30/85, 80/89, 29/90 и *Сл. лист СРЈ*, бр. 34/92.

13 Бранко Јакаша, *Уџбеник пловидбеног права*, Народне новине, Загреб, 1983, стр. 304.

14 Слично С. Hill, *нав. дело*, стр. 363.

15 Б. Лукшић, *нав. дело*, стр. 9.

16 UKSCT 1986, тач. 1(b)(i); Б. Лукшић, *нав. дело*, стр. 28.

тачку снагу (нпр. мотор, једра, весла). Типичан пример таквог пловила јесте баржа (тегленица, шлеп). Овај случај се најчешће јавља у речној пловидби, где барже превозе робу у конвоју, који вуче тегљач. Други случај потребе за тегљењем је кад је брод превелик или је са прејаким погоном, услед чега је „трапав“ на малом простору, те му је потребна помоћ ради „ситних“ кретњи. Трећи случај потребе за тегљењем јавља се кад се брод или друго самоходно пвило нађе у невољи због квара на погону или из другог разлога (нпр. недостатак горива, одсуство ветра за једрилицу). Тада му је потребно тегљење да се извуче из невоље. Ако теглећи брод тада мора да предузме изванредне напоре да би одвукао тегљени брод до траженог места, нарочито услед наступања опасности, тегљење се претвара у спасавање, а тегљач има улогу спасиоца. Најзад, четврти случај потребе за тегљењем постоји кад нека пловећа направа, без свог погона, треба да се одвуче до одређеног места (нпр. багер на место рада, испорука пловеће машине купцу).

IV Разуђеност правног уређивања одговорности

Правно уређивање сношења ризика и одговорности у тегљењу је сложено питање због ризичности радње тегљења и разноврсности штетних догађаја који могу да наступе током њеног извођења. Радња тегљења је ризичнија радња од превоза и многих других пловидбених подухвата, због међусобне повезаности више пловила у једну пловидбену скупину на малом међусобном растојању. Због грешака у усклађивању пловила у тегљењу током пловидбе (нпр. лоше осматрање, лоша навигација, погрешна команда, лоше извршење команде), као и других разлога (нпр. пуцање ужета, јаке водене струје, таласи, ветар) дешавају се разни штетни догађаји. Најчешћи је судар између пловила у тегљењу или између њих и трећих пловила, затим удар у стајаће објекте на води (нпр. бова, путоказна ознака, плутајући светионик) и на копну (нпр. лукобран, док, хрид), загађивање околине, превртање брода, његово потонуће, насукавање или штете на терету превоженом на тегљеном пловилу.

Опште правило у регулисању сношења ризика и одговорности у свим овим штетним догађајима јесте да ризик сноси учесник тегљења (тегљач или тегљеник), чијем се пловилу или посади деси штета, осим ако нема оправданог правног основа да ризик пребаца на другог учесника позивајући га на одговорност. Правни основ одговорности другог учесника може да буде узрочна веза између штетне радње одговорног лица и штете, кад је реч о његовој објективној одговорности, или кривица одговорног лица, кад је реч о субјективној одговорности. Ово опште правило је пловидбеним правом разрађено за многе штетне догађаје

посебним правилима, прилагођавајући га њиховим особеностима (нпр. судар, загађивање, штете на терету, усмрћење лица на броду, у води или на копну). Стога у тегљењу не постоји јединствен (општи) правни режим одговорности тегљача и тегљеника за све случајеве штете, већ се њено сношење уређује разуђено, што значи посебним правилима која важе за штетни догађај који се десио током тегљења.

Овај систем разуђеног уређивања одговорности за штету у тегљењу, према врсти штетног догађаја, још више се усложњава из три разлога. Први је тај што оштећено лице у тегљењу може да буде не само саговорник штетника, већ и треће лице, као што је, на пример, власник терета на тегљеном пловилу, власник брода ван конвоја са којим се сударило пвило у тегљењу или члан посаде брода или путник на броду, било да су у конвоју, било ван њега. Други разлог јесте тај да уговорник у тегљењу, као штетник, може да буде одговоран не само уговорно, према свом саговорнику, као оштећенику, због лошег извршења уговорне обавезе, већ и деликтно, према трећем лицу, због противправности његове штетне радње (тј. грађанскоправног деликта). Тада се за учеснике штетног догађаја јавља конкуренција режима уговорне и деликтне одговорности, што изазива питање примене једног од њих. Најзад, трећи разлог усложњавања питања одговорности у тегљењу су углавци у уговору о тегљењу, којим тегљач искључује или ублажава своју одговорност на штету тегљеника, мењајући законска и конвенцијска правила о одговорности, која важе за одређени штетни догађај. Тад се јавља конкуренција између законског (конвенцијског) и уговорног режима одговорности односно сношења ризика за штету у тегљењу. Сва та питања сношења ризика и одговорности треба да се јасно уреде правилима закона или конвенција, како би се свела на што мању меру могућност спорова и самовоља судова у њиховом пресуђивању.

V Правна празнина у нашем праву

Систем разуђеног уређивања одговорности за штету у тегљењу прихваћен је и у Закону о пловидби. Он је, међутим, у том питању остао недоречен. Наиме, тим законом се изричито одређује да се његова правила о три штетна догађаја у пловидби примењују на тегљење, али се не уређује сношење ризика и одговорност за штету у осталим могућим штетним догађајима који такође могу да задесе тегљачки пловидбени подухват. Та три штетна догађаја су судар, штете током превоза терета и заједничка хаварија. За остале могуће штете током тегљења Закон о пловидби не упућује на своја правила којим уређује штетне догађаје (нпр. правила о загађивању), нити садржи опште правило о сношењу

ризика и одговорности у тегљењу (нпр. претпоставка кривице за штету управитеља тегљења). Тако су остали неуређени бројни штетни случајеви у тегљењу, као што су, рецимо: 1) штете у тегљењу којим се не врши превоз терета (нпр. тегљење ради помицања брода у луци, тегљење ван луке ради одвлачења пловила до одређеног места, неспособност брода за пловидбу, заксањење, превртање пловила); 2) штете у превозу путника тегљењем; 3) удар у стајаће објекте на води или на копну; 4) загађивање; 5) повређивање (усмрћивање) купача. То изазива озбиљан проблем тумачења права ради попуњавања ове правне празнине.

VI Судар

Ако је током тегљења дошло до штете услед судара важе правила Закона о пловидби, којим се уређује сношење ризика и одговорност за штету у судару. Ова правила важе како у случају судара између пловила у тегљењу (нпр. између теглећег брода и тегленице, или између самих тегленица), тако и у случају судара између пловила у конвоју и оних ван конвоја. Сударом се сматра не само судар између пловила у кретању, него и судар са усидредним бродом.¹⁷

У судару је за штету одговоран учесник који га је скривио, под условом да му оштећеник докаже кривицу. Значи, одговорност је субјективна, а заснива се на доказаној кривици одговорног лица. Кад је судар настао без кривице (вишом силом или случајем), као и кад је узрок судара непознат, онда сваки учесник сноси своју штету, јер нема одговорног лица (кривца). Одговорно лице је бродар брода које је скривио судар, без обзира да ли му је власник, закупац, плодоуживалац или уживалац. Кривица одговорног лица се утврђује према кривици капетана или другог члана посаде који је управљао бродом у судару, укључујући и пилота, иако он није члан посаде.

Ако је више бродова криво за судар (нпр. и теглећи и теглени брод), њихова одговорност према оштећенику је подељена. То значи да сваки „кривац“ учествује у накнађивању штете сразмерно уделу своје кривице у укупној штети. Ако се удели кривице учесника судара не могу утврдити, онда сваки учесник са једнаким уделом учествује у накнади штете. За штету услед смрти или телесне повреде (нпр. члана посаде, путника, трећег лица на броду или ван њега) у судару на мору важи солидарна одговорност свих кривих бродова, уместо подељене одговорности, која важи за материјалне штете. У судару на реци, или на мору између речних бродова, међутим, сви криви бродови су солидарно одговорни како за телесне, тако и за материјалне штете. Кад један солидарно

17 ЗПУП, чл. 683, 793–801.

одговорни бродар исплати накнаду штете оштећенику у већој мери него што је удео његове кривце у штети, има право да вишак исплаћеног износа поврати (накнади) од осталих кривих бродова, и то од сваког сразмерно његовој кривици.

Из изнетог је очигледно да се Законом о пловидби у случају штете услед судара ублажава одговорност за штету у односу на општа правила Закона о облигационим односима, и то не само у уговорној, већ и у деликтној одговорности. Док је по Закону о облигационим односима основ грађанскоправне одговорности (и уговорне и деликтне) претпостављена кривица штетника (чл. 154, 263), за судар по Закону о пловидби основ одговорности је штетникова доказана кривица. То је за оштећеника неповољније, јер му је већи доказни терет у евентуалној парници. Овакво правило у Закону о пловидби за судар је прихваћено по узору на Конвенцију о судару бродова на мору из 1910. год. (чл. 2–5) и Конвенције о судару бродова унутрашње пловидбе из 1960. год. (чл. 2–5). Значи, и кад штету на тегљеном пловилу сударом изазове тегљач, тегљеник има право на накнаду штете од тегљача само ако му докаже кривицу за судар, упркос општој претпоставци облигационог права у уговорној одговорности да је дужник крив кад изазове штету лошим испуњењем обавезе, док не докаже стварни узрок штете и да за њега није крив. Није значајно да ли се тегљено пловило сударило са теглећим бродом или са пловилом ван конвоја.

Изложена правила о одговорности за судар у тегљењу важе готово у свим земаљама европског правног система. Тако, Трговачки законик Немачке уређује одговорност за судар на исти начин као Закон о пловидби, али изузима сударе на Рајни и Мозелу из примене својих правила о судару на мору (пар. 734–739). Француско, швајцарско и хрватско право на исти начин уређују расподелу ризика и одговорност између уговорника у тегљењу у случају судара као и српско право. И право Кине има иста правила о судару као српско право, с тим што додатно одређује да се тегљач ослобађа одговорности ако је штета настала наутничком грешком чланова посаде теглећег брода, као и кад је настала у спасавању лица или имовине на мору. Правила о одговорности за судар у тегљењу у свим овим правима су диспозитивна, те се могу изменити уговором о тегљењу (нпр. ублажење или пооштрење одговорности тегљача). Уговорне измене, међутим, не умањују право оштећеног трећег лица, које није уговорник, на накнаду штете од учесника тегљења по законским (конвенцијским) правилима о деликтној одговорности за судар.¹⁸

18 Predrag & Gordan Stanković, *Transport Law of Croatia*, Kluwer, The Hague, 2008, стр. 96, 97; W. Muller, T. Burckhardt, *нав. дело*, стр. 152, 154; H. Zhenliang, *нав. дело*, стр. 188–189; ПЗК, чл. 162, 163. Иако у Француској има заговорника претпостављене

Common law системи нешто друкчије уређују одговорност у тегљењу за случај судара. И у тим системима тегљач и тегљеник одговарају за штету услед судара по основу доказане кривице, како у међусобним односима, кад је реч о уговорној одговорности, тако и према трећим лицима, кад је реч о деликтној одговорности. Међутим, право САД је строже по тегљача од британског права, кад је реч о одговорности учесника тегљења према трећем оштећеном лицу у судару, као и у случају пуноважности уговорног ублажења тегљачеве одговорности.

У британском праву се прави разлика између неколико случајева судара, зависно који бродови су учествовали у њему. Прво, ако се само теглећи брод сударио са трећим бродом, при чему је само теглећи брод крив, онда је само тегљач одговоран за штету трећем лицу. Друго, ако се само тегљени брод сударио са трећим бродом, при чему је само тегљени брод крив за судар, онда је једино тегљеник одговоран за штету трећем лицу. Треће, ако се један од бродова у конвоју (теглећи или тегљени брод) сударио са трећим бродом, али је за судар крив и други брод у конвоју, онда су и тегљач и тегљеник солидарно одговорни за штету трећем лицу. За разлику од европског права о судару на мору, британско право предвиђа солидарност уговорника у тегљењу према трећем лицу и за материјалне и за телесне штете. То је последица теорије да су сви бродови у тегљењу једна пловидбена целина, под управом једног уговорника (теорија „владајућег ума“, *Dominant Mind Theory*). Најзад, четврто, ако је треће лице допринело судару својом кривицом, онда оно има право на накнаду штете умањену за свој допринос у судару.¹⁹

Право САД је строже по тегљача у судару са трећим бродом, јер настоји да одговорност за штету у судару усредсреди на њега. Начело је да трећем лицу, као оштећенику, у судару одговара учесник тегљења који је својом кривицом изазвао штету. Ако је судар са трећим бродом изазван кривицом оба уговорника у тегљењу односно посаде њихових бродова, одговорност за штету трећем лицу је подељена између оба уговорника сразмерно њиховој кривици, за разлику од британског права које у овом случају предвиђа њихову солидарну одговорност.²⁰ Међутим, ако се тегљено пловило сударило са трећим бродом, при чему је доказано да су за судар криви учесници тегљења, сматра се да је за судар крив

кривице за штету уговорника који управља тегљењем, судска пракса је углавном не претпоставља, већ захтева од оштећеника да докаже кривицу тегљача или тегљеника. Вид. Б. Лукшић, *нав. дело*, стр. 120–122, 124.

19 С. Hill, *нав. дело*, стр. 193, 194; R. Shaw, M. Tsimplis, у: Y. Baatz (ed.), *нав. дело*, стр. 292, 293.

20 Има америчких правника који сматрају да постоји солидарна одговорност тегљача и тегљеника према трећем лицу, ако су оба крива за судар. Вид. Frank Maraist, *Admiralty in a Nutshell*, West Publishing Co., St. Paul, 1996, стр. 118.

само тегљач. Тада је само тегљач одговоран трећем лицу, с обзиром да се сматра „владајућим умом“ у тегљењу. Ова претпоставка важи не само кад је тегљено пловило без посаде, већ и кад је са посадом, под условом да тегљењем управља капетан теглећег брода. Тегљач има право да обори ову претпоставку доказом да је за судар искључиво криво тегљено пловило. Ова претпоставка не може да се унапред искључи уговором о тегљењу. За разлику од британског права, у праву САД углавци о неодговорности тегљача за штету тегљенику већином су ништавни, као противни јавном поретку.²¹

VII Превоз

Ако тегљач обавља превоз терета тегљењем, онда се по Закону о пловидби на тегљење примењују правила о превозу (чл. 682). Тад се тегљач сматра превозиоцем, те одговара за штету власнику терета као превозилац. Постоје три случаја превоза терета тегљењем.

Први је кад тегљач закључи уговор о превозу терета са наручиоцем превоза, без обзира да ли је наручилац власник терета. Тегљач се тада обавезује да терет превезе својим или туђим бродом, као и сваки превозилац. Ту нема уговора о тегљењу, већ само уговора о превозу, а тегљење је само техничка радња којом бродар испуњава обавезу превоза. Стога корисник превоза има право на накнаду штете од тегљача по правилима о одговорности превозиоца ствари.²²

21 Robert Force, *Transport Law of US*, Kluwer, The Hague, 2001, стр. 138, 140.

22 За ову врсту тегљења занимљива је пресуда Врховног суда Србије од 29. фебруара 1988. год., којом је одбијен захтев корисника превоза за накнаду штете због оштећења терета превоженог тегљењем. Пресуда је донета у парници у којој је осигурач тражио од превозиоца накнаду одштеде коју је исплатио оштећеном кориснику превоза. Ту је Југословенско речно бродарство, као тужени, превозио тегљењем на својим тегленицама камионе марке „Камаз“ из СССР-а за купца „Прогрес“ Ауто кућа у Београду. Током пловидбе у Ђердапској клисури у пределу Великог и Малог казана била је густа магла, која је трајала више дана и смањивала виљивост на 50 метара. Капетан је оценио да је могућа пловидба у том делу Ђердапа, упркос густој магли. Тај део пловног пута је најризичнији у доњем току Дунава, јер је врло узак (просечно само 210 метара) и кривудава, а дубина воде је 100 m. Стога је правилима пловидбе у том делу зарањена упоредна пловидба пловила у истом смеру, као и претицање. По наредби капетана конвој је кренуло, вучено бродом „Кадињача“, узводно дана 22. децембра 1982. год. у 1,30 часова ноћу, прешао око 20 km и у 3,30 часова насукао једну тегленицу на спруд. Том приликом је тегленица битно оштећена, а и роба на њој. До насукавања је дошло кад је капетан Кадињаче, схвативши да је даља пловидба сувише ризична, одлучио да заустави конвој на 967. km пута. Стога је предузео кретање уназад моторима теглећег брода, услед чега се предњи део конвоја занео. У покушају да исправи конвој, теглећи брод је тргнуо предњи крај конвоја, услед чега се задњи крај занео, те се једна тегленица насукала

Други случај превоза терета тегљењем је кад тегљеник закључи са тегљачем уговор о тегљењу свог пловила ради превоза терета трећег лица са којим је закључио уговор о превозу робе. Ту, у ствари, власник тегљеног пловила (нпр. тегленице), као уговорни превозилац, препушта уговором о тегљењу извршење превоза тегљачу, као стварном превозиоцу, при чему му се тегљач обавезује да чува терет током превоза. У речној пловидби није потребно да се тегљач изричито уговором обавезе на чување терета према тегљенику на тегљеном пловилу, ако оно нема посаду. Али, ако је има, онда је тегљеникова посада дужна да чува терет, те тегљач има обавезу чувања само ако се изричито на њу обавезе уговором. У морској пловидби тегљач има обавезу чувања терета на тегљеном пловилу само ако се изричито на то обавезао. Изричито обавезивање тегљача на чување терета се захтева, јер је на мору гото-

на спруд. Кадињача је имала три мотора и два радара, при чему је главни радар био у квару већ дуже од годину дана. Осигурач је исплатио одштету Прогресу у износу од 5.946.929 дин., па је тужио превозиоца за повраћај исплаћеног износа, сматрајући га кривим за штету. У парници је превозилац, као тужени, оспорио основ тужбеног захтева, тврдећи да није крив, јер је штета настала услед магле, као више силе. Осим тога, сматрао је да је капетан исправно поступио кад је насукао тегленицу, јер је тиме спречио да она потоне, чиме би штета била још већа.

Првостепени суд је одбио тужбени захтев, јер је сматрао да тегљач, као превозилац, није крив, јер се штета десила случајно. Он је сматрао да штета није настала услед више силе, јер „магла у децембру месецу на Дунаву није виша сила“, већ уобичајена појава. Како узрок штете није виша сила, сматрао је да то није основ за ослобођење превозиоца од одговорности, већ да је то радња маневрисања ради заустављања конвоја. Он је сматрао да је одлука о заустављању конвоја била исправна и у складу са правилима у таквим временским условима, а да је штета услед насукавања настала случајно. Суд није сматрао да је узрок штете одлука капетана да крене ноћу у пловидбу на ризичном делу реке по густој магли. Да је тако сматрао, онда би превозилац био крив и одговоран за штету. Другостепени суд је потврдио првостепену пресуду, што је учинио и Врховни суд у трећем степену, по ревизију тужиоца. Вид. *Упоредно њоморско њправо и њоморска куйојродаја*, Загреб 3–4/1988, стр. 387–395.

Найомена – Иако је суд слободан у оцени узрочне везе у утврђивању штетне радње и одговорности штетника, утисак је у овом случају био преслободан. Суд је у овом случају, у ствари, ослободио од одговорности бродара због наутичке грешке капетана његовог брода. То је грешка капетана у управљању бродом и пловидбом, што је разлог за ослобођење од одговорности у морској пловидби. Међутим, у речној пловидби се наутичка грешка не признаје као разлог искључења одговорности бродара. Како је одлука капетана да крене у ризичну пловидбу упркос квару на радару брода и магли на путу наутичка одлука, те како је радња заустављања конвоја, такође, наутичка радња, несумњиво је да је реч о наутичкој грешци (кривици) капетана. Пошто превозилац у речној пловидби одговара штету услед наутичке грешке капетана, суд је у овом случају противзаконито одбио тужбени захтев. Вид. Небојша Јовановић, „Наутичка (навигациона) грешка као разлог искључења превозиоцехе одговорности за штету“, *Привредни њравни њриручник*, Удружење правника у привреди Југославије, Београд, бр. 7–8/1992, стр. 87–100.

во немогуће тегљење пловила без посаде, због ризика који владају у тој врсти пловидбе. У овој врсти тегљења ради превоза власник терета на тегљеном пловилу није у непосредном односу са тегљачем, те нема ни право да тражи од њега накнаду штете по основу уговора о превозу, већ само по основу деликтне одговорности (нпр. судар, потонуће). То му је редовно неповољније него да тражи накнаду штете по основу уговорне одговорности у превозу од тегљеника, као уговорног превозиоца, а тегљеник има право да накнади исплаћени износ одштете од тегљача, ако је овај крив за штету.

Најзад, трећи случај превоза тегљењем постоји кад се тегљач обавезе да превезе тегљено пловило од једног до другог места, чувајући га током тегљења по правилима превоза. Тад се тегљено пловило сматра теретом, те је тегљач обавезан да га чува као превозилац. Ако га у одредишту не врати наручиоцу у стању у којем га је примио у полазишту или га уопште не врати, одговара за штету по правилима уговорне одговорности превозиоца за штету услед губитка или оштећења терета. Исто важи и кад закасни у тегљењу на одредиште.²³ У српском праву је тегљач дужан да се стара о пловидбеној способности тегљеног пловила без посаде применом уобичајених мера, иако се на то није изричито обавезао. Он ту обавезу може да преузме и кад тегљено пловило има посаду, мада је то мало вероватно, јер се тада о тегљеном пловилу стара његова посада. Тада, међутим, тегљач није уговорио превоз тегљеног пловила, већ само тегљење, уз своју обавезу да се стара о његовој пловидбеној способности, а не и о осталим елементима пловила и стварима на њему (нпр. машине, опрема, инвентар, терет). Кад се тегљач обавезе на превоз тегљеног пловила, онда одговара за штету на њему и стварима на њему као превозилац. То значи да одговара по основу претпостављене кривице, да се може ослободити од одговорности ако докаже изузете (посебне) опасности (нпр. наутичка грешка, пожар, опасности мора) и да му је одговорност ограничена као и сваком превозиоцу. Међутим, чини се да у случају превоза пловила тегљењем није прихватљиво ограничење одговорности превозиоца по јединици терета, због величине пловила, већ само ограничење одговорности по јединици мере брода (тј. по тонажи). Ограничење одговорности по јединици терета је неприхватљиво, јер је непримерено да се цело тегљено пловило

23 Законик о пловидби Италије (чл. 103, 105) разликује две врсте тегљења према његовој сврсти. Једна врста је тегљење ради задатка (*rimorchio-manovra*), а друга је тегљење ради превоза (*rimorchio-transporto*). У тегљењу ради превоза тегљеник предаје пловило тегљачу, те се тегљач сматра превозиоцем, услед чега одговара по правилима која важе за губитак, оштећење или закашење у превозу ствари (Б. Лукшић, *нав. дело*, стр. 114, 134). У Британији тегљач одговара за штету као превозилац кад тегли баржу без посаде или пловило које је снабдео својом посадом. Тад му је одговорност објективна, јер се сматра оставопримцем (*bailee*; вид. R. Shaw, M. Tsimplis, у: Y. Baatz (ed.), *нав. дело*, стр. 292).

сматра једном јединицом терета, пошто би тада граница одговорности тегљача била прениска. Осим тога, могло би да се тврди да свака ствар (нпр. сандук, врећа, чамац, радио уређај, столица, сто) на тегљеном пловилу представља једну јединицу мере, што би стварало ризик непотребног парничења о јединици терета. Најзад, ако би се инсистирало на ограничењу одговорности по килограму бруто тежине тегљеног пловила, као терета, онда би за тегљача оно било неповољно, јер би му граница одговорности била превисока.

Тегљењем могу да се превозе и путници, а не само терет. То је чешће у речној пловидби (нпр. превоз скелом), него у морској (нпр. споредан превоз маонама од дока до усидреног брода за крстарење). У превозу путника тегљењем могућа су само прва два случаја која постоје у превозу терета. Трећи није могућ, јер би то био превоз ствари тегљењем или евенуално спасавање лица на онеспособљеном путничком броду. Закон о пловидби, међутим, нема правила о тегљењу ради превоза путника, нити упућује на примену правила о превозу путника. Стога је превоз путника тегљењем правна празнина коју ће суд морати да попуни у евентуалној парници. Чини се да би најбоље било да се она попуни сходном применом правила о превозу путника, која су садржана у законима и конвенцијама.²⁴ То је у интересу и тегљача и путника на тегљеном пловилу. То је у интересу тегљача, као превозиоца, јер обавља пловидбу по опште познатом режиму за превоз, те не мора да га уговором детаљено уређује. Тиме себи олакшава и закључење уговора о осигурању, чиме пребацује ризик за штету на осигурача. То је у интересу и путника, јер су боље правно заштићени током тегљења, него по општим правилима грађанског права, а избегава се и ризик уговорног ублажавања одговорности тегљача.

VIII Заједничка хаварија

Кад је више пловила у тегљењу у опасности, управитељ тегљења може да предузме радњу заједничке хаварије. Ако се тиме спасе бар део заједничког пловидбеног подухвата, на односе тегљача и тегљеника се примењују правила о заједничкој хаварији.²⁵ То значи да се тада утврђује допринос у заједничкој хаварији сваког учесника, чијим се упоређивањем са просечним (процентуалним) губитком вредности целог подухвата утврђује који учесници потражују допринос од осталих учесника и у коликом износу.²⁶

24 Исто Б. Лукшић, *нав. дело*, стр. 144.

25 ЗПУП, чл. 685. Вид. Б. Лукшић, *нав. дело*, стр. 7, 8; Б. Јакаша, *нав. дело*, стр. 304; Predrag & Gordan Stanković, *нав. дело*, стр. 96.

26 Исто решење је у хрватском праву. Вид. Predrag & Gordan Stanković, *нав. дело*, стр. 96.

IX Остали штетни догађаји

Тегљење може да задеси низ других штетних догађаја, поред судара, штета у превозу и заједничке хаварије. У неким од тих „других“ догађаја Закон о пловидби изричито уређује одговорност. То су, на пример, загађење, смрт или телесна повреда лица ван брода, удар брода у стајаће објекте на води или копну или штете од нуклеарног брода (чл. 872–905). Ако такав штетни догађај задеси тегљење, ваљало би да се примене правила закона којим се тај догађај уређује, иако Закон не упућује на њихову примену у оквиру одредаба о уговору о тегљењу, као што то чини у вези са сударом, штетама у превозу и заједничком хаваријом. Ово стога што посебна правила о тим штетним догађајима имају предност у примени у односу на општа правила о одговорности.

Тиме се, ипак, не попуњава цела правна празнина у вези са одговорношћу учесника тегљења, јер Закон о пловидби не садржи опште правило о одговорности учесника тегљења, већ само посебна правила за објашњене штетне догађаје. Тако остаје неуређена одговорност тегљача, али и тегљеника, у оним врстама тегљења, које нису превоз терета, нити је током тегљења наступио неки од наведених штетних догађаја (даље у тексту: неуређени случајеви тегљења). То је, рецимо, тегљење (гурање) ради помицања брода у луци, тегљење ван луке брода без терета или тегљење брода који има посаду.²⁷ Стога се јавља питање како учесник тегљења одговара, ако у таквој врсти тегљења наступи штета (нпр. потонуће теглећег или тегљеног брода без судара, насукавање, кидање ужета). Која правила о одговорности важе ако штету једном учеснику тегљења (нпр. тегљеном пловилу) изазове посада другог учесника тегљења (нпр. теглећег брода) наутичком грешком или пожаром, а није реч о превозу тегљењем? Наутичка грешка и пожар изазвани радњом посаде ослобађају бродара од одговорности за штету у превозу терета, али не важе у пловидбеним подухватима који нису превоз, као што је то обично тегљење.²⁸

27 М. Трајковић, *Поморско право*, Академска мисао, Београд, 2004, стр. 176.

28 Типичан случај штете у тегљењу који није уређен српским правом јесте спор *A Turtle Offshore SA v Superior Trading Inc*, који је окончан 2008. год. у Британији ([2008] EWHC 3034 Admlyt). Ту је тегљач уговорио да одвуче пловећу бушилицу од Бразила до Сигапура преко Атлантика и Индијског океана, уз пролазак поред Кејп Тауна у Јужној Африци. Теглећи брод се звао *Mighty Deliverer* (Моћни достављач; даље: Мајти), док се бушилица звала *Turtle* (Корњача). Тегљење се обављало по типском уговору TOWCON 1985, којим је тегљач преузео обавезу средства (а не циља, тј. успешног тегљења), с тим да теглећи брод буде способан да обави уговорено тегљење. Током тегљења је Мајтију понестало горива, те је откачио бушилицу, оставивши је да плута на отвореном мору. Његов капетан је намеравао да наточи гориво, па да се врати по бушилицу ради наставка тегљења. Он је оценио да би оба

Х Попуњавање празнине

Пошто у Закону о пловидби нема изричитог општег правила о одговорности у тегљењу за неуређене случајеве штете, нужно је да се они уреде применом општих правила грађанског права о одговорности за штету.²⁹ Има мишљења да је ова примена правила грађанског права неприхватљива, јер је то забрањено Законом о пловидби. Наиме, тим законом се „наређује“ да се на „осијале уговоре о пловидбеним пословима“ сходно примењују његове одредбе о уговорима о пловидбеним

пловила била у опасности, ако би наставио тегљење без допуњавања горива. Мајти је допунио гориво тако што му га је испоручио други тегљачев брод (сестрински брод), који је стигао до њега две недеље пошто је откачио бушилицу. Након тога су се оба брода дала у потрагу за бушилицом, али су након шест дана одустали, јер је нису могли да је пронађу. Неколико недеља после откачињања бушилица се разбила и потонула уз обале малог острва Трисан да Куња у јужном Атлантику, које је под британском влашћу. Тегљеник је претрпео штету не само услед губитка бушилице, већ и услед трошкова уклањања њене олупине, које је морао да плати. Стога је тужило тегљача да му надокнади штету. Тегљач је, међутим, сматрао да има право на тегљарину, те је поднео противтужбу, тражећи да му тегљеник плати 95% уговорене тегљарине, јер је она била по уговору „платива по стицању пловила у одредиште“, и то „без обзира да ли бушилица при тегљењу пропадне или не“. Тегљеник је пристао да потпише уговор са тегљачем тек кад је од надзорне организације добио писмену потврду да је тегљач способан за уговорено тегљење, те да је план тегљења ваљан.

У парници су три питања била нарочито спорна. Прво се тицало способности Мајтија за пловидбу, друго, ваљаног испуњења обавезе тегљења, а треће, износа зарађене возарине. У погледу способности тегљећег брода, тегљач је, као тужени, тврдио да је брод био спреман за пловидбу, јер је имао довољно горива да пређе Атлант до Кејптауна без доливања. Он је тврдио да је наточена количина горива била довољна да конвој стигне до Кејптауна при просечној брзини од три до четири чвора на сат. Суд је, међутим, утврдио да је танк Мајтија на почетку путовања имао мање говрива него што је то захтевала планирана брзина тегљења, због чега је сматрао да је тегљач повредио своју дужност оспособљавања брода. Суд је, такође, сматрао да тегљећи брод није смео да напусти бушилицу, кад је уочио да неће имати довољно горива да пређе Атлант. Стога је ваљано извршење обавезе тегљења налагало да се са бушилицом врати до Јужне Америке, да би допунио гориво. Како то није учинио, тегљач је повредио и ту обавезу, чиме је суд решио на његову штету и друго спорно питање. Најзад, ни треће спорно питање није било решено у корист тегљача, јер је суд утврдио да је по уговору тегљеник био дужан да плати тегљачу само 5% уговорене тегљарине, иако бушилица не стигне на одредиште, а остатак од 95%, само ако неоштећена стигне на одредиште. Сматрајући да је тегљеник доказао тегљачеву кривицу за штету, а нарочито повреду дужности оспособљавања тегљећег брода, суд је сматрао да је тегљач изгубио право на заштиту углавком у типском уговору, по којем свака страна сноси штету која се деси њеном пловилу током тегљења. Стога је тегљенику досудио накнаду штете, а одбио противтужбу тегљача за исплату 95% тегљарине. Вид. R. Shaw, M. Tsimplis, у: Y. Baatz (ed.), *нав. дело*, стр. 286–288.

29 Исто Зоран Антонијевић, *Привредно право*, Савремена администрација, Београд, 1986, стр. 388.

пословима, осим ако тај закон друкчије одређује (чл. 477). Иако у први мах ово упућује правило бесмислено звучи, системским тумачењем се закључује да тај закон наређује да се на тзв. *неименоване* пловидбене послове, који се у закону називају „други пловидбени послови“ (чл. 688), примењују правила о *именованим* пловидбеним пословима, а то су превоз ствари, путника, пртљага и тегљење. То би значило да се на сва питања уговора о тегљењу, укључујући и одговорност учесника тегљења, која законом нису изричито посебно уређена правилима о тегљењу, аналогно примењују правила којим се уређује превоз ствари (нпр. пловидбена способност брода).³⁰ Чини се да је ово мишење неприхватљиво, јер уговор о тегљењу спада у именоване, а не у неименоване пловидбене послове. Стога се правила о превозу примењују на тегљење само кад је то законом изричито одређено, а то је онда кад је уговорен превоз терета тегљењем (чл. 682). Због тога неуређени случајеви тегљења остају правна празнина, која треба да се попуни применом општих правила грађанског права.

Правила грађанског права налажу да се на односе уговорника у тегљењу у неуређеним случајевима треба да примене правила оног уговора грађанског односно трговинског права, чију правну природу има уговор о тегљењу. Чини се да је на примереније да уговор о тегљењу има природу уговора о делу. Ако ни тим правилима неко питање у тегљењу није изричито уређено, као што је то одговорност за штету, онда треба да се примене општа правила о грађанскоправној одговорности. То значи да учесник тегљења (тегљач или тегљеник), који је изазвао штету другом учеснику, уговорно одговара по основу претпостављење кривице. Он може да се ослободи од уговорне одговорности, ако докаже околност која је узрок штете и да за њу није крив (ЗОО, чл. 263). Ако је узрок штете непознат, штетник остаје одговоран, јер он сноси ризик за штету услед непознатог узрока. За штету према трећем лицу, учесник тегљења који ју је изазвао, деликтно одговара, такође, по основу претпостављене кривице, али му је лакши терет доказивања ради обарања претпоставке, јер не мора да докаже узрок штете (ЗОО, чл. 154, 108). Наиме, да би искључио своју кривицу, довољно је да докаже да је у датим околностима поступао као уредан бродар, иако не докаже узрок штете. Значи, по правилима деликтне одговорности, оштећеник сноси ризик за штету од непознатог узрока. Пошто правила грађанског права не ослобађају бродара од одговорности за штету услед изузетих опасности уређених поморским правом за превоз (нпр. Конвенција о теретници), тегљач одговара за штету услед наутичке грешке посаде или пожара изазваног радњом посаде брода.

30 Б. Јакаша, *нав. дело*, стр. 303, 169.

Има мишљења да тегљач у пословима тегљења, којим се не врши превоз, што су углавном неуређени случајеви тегљења у Закону о пловидби, одговара на основу претпостављење кривице, ако тегли пловило без посаде, а на основу доказане кривице, ако је тегљено пловило са посадом.³¹ То правило јесте логично, јер најчешће штету изазива посада пловила. Како теглећи брод увек има посаду, логично је да се претпостави да је он крив за штету кад тегљено пловило нема посаду. Ако је тегљено пловило има, онда је можда и она крива за штету. Осим тога, она има увид у радње посаде теглећег брода, па је тегљенику лакше да докаже кривицу тегљача. Стога, тада тегљач треба да одговара на основу доказане кривице.

Ово мишљење се, ипак, противи правилима српског грађанског права о одговорности за штету, које у начелу увек обориво претпоставља кривицу штетника. Значи, да би се доследно применила правила грађанског права, најпре мора да се утврди који уговорник је изазвао штету. То је онај уговорник чијом радњом је изазвана штета, те се мора претпоставити да ју је скривио, док не докаже супротно. Пошто тегљач може да изазове штету и кад тегљено пловило има посаду, онда се тада мора претпоставити његова кривица, те тегљеник не мора да је доказује. Исто тако, могуће је да је тегљеник крив за штету и кад је тегљено пловило без посаде (нпр. није оспособио пловило, дао је погрешна обавештења тегљачу), у ком случају је он штетник, јер је штета настала његовом радњом, те се мора претпоставити његова кривица.

Логичније од претходног јесте мишљење по којем треба претпоставити кривицу уговорника који управља тегљењем.³² По њему, поморски је обичај да се у међусобним односима тегљача и тегљеника претпоставља да је за штету крив управитељ тегљења. Управитељ може да обори претпоставку доказом да је у датим околностима поступао пажљиво, иако није доказао стварни узрок штете. Како тегљач у српском праву управља тегљењем на реци, а тегљеник, на мору, онда се тегљачева кривица претпоставља у речном, а тегљеникова кривица у морском тегљењу. И ово мишљење се, ипак, противи српским правилима о грађанскоправној одговорности, јер штету може да изазове уговорник који не управља тегљењем (нпр. лошим извршењем команде), те се по правилима грађанског права мора претпоставити његова кривица.

31 Б. Јакаша, *нав. дело*, стр. 303; М. Васиљевић, *Трговинско право*, 13. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 269.

32 М. Трајковић, *нав. дело*, стр. 176, 177. Раније је чак био став југословенске судске праксе да се између уговорника у тегљењу увек претпоставља кривица бродара тегљеног брода (З. Антонијевић, *нав. дело*, стр. 388). Овај став је престао да важи доношењем ЗПУП-а, јер је противан његовим правилима о управљању тегљењем и обавези чувања терета.

Ако би се у том случају претпостављала кривица управитеља тегљења, онда би се претпостављала кривица лица које није штетник, што је противно правилима нашег грађанског права.

XI Упоредно право

У упоредном праву влада шароликост у правном уређивању одговорности учесника тегљења. Ипак, у већини права постоји опште правило о одговорности штетника у тегљењу, ако нема посебних правила у појединим случајевима, као што су превоз терета, судар или заједничка хаварија.

У поморском праву Уједињеног Краљевства (Британије) у тегљењу начелно важи субјективна одговорност учесника тегљења, који је изазвао штету, с тим што оштећеник сноси терет доказивања кривице штетника. Ово правило важи и у уговорној и у деликтној одговорности. Међутим, у превозу путем тегљења, а који се претпоставља кад год тегљач тегли брод без посаде или брод који је снабдео својом посадом, тегљач објективно одговара тегљенику за штету коју му је изазвао, јер се сматра оставопримцем. Једино га ослобађа виша сила, кривица оштећеног тегљеника и мане тегљеног брода, с тим што сноси терет доказивања ослобађајућег разлога. У судару се одговара по правилима важећим за судар, а у случају загађења, по правилима о загађивању мора. Правила закона и судске праксе су, међутим, диспозитивна, што тегљачи злоупотребљавају уговарајући такав режим тегљења у којем готово да уопште не одговарају. Судови признају пуноважност уговорног режима одговорности у тегљењу, позивајући се на слободу уговарања.³³

Право САД је слично праву Уједињеног Краљевства у регулисању одговорности у тегљењу. Пошто тегљач има само обавезу средства (*best efforts duty*), одговара само ако му тегљеник докаже кривицу, као што и он треба да докаже тегљеникову кривицу да би накнадио своју штету. Две су, ипак, битне разлике у односу на право Уједињеног Краљевства. Прва се тиче одговорности учесника тегљења према трећем лицу. За разлику од британског права, право САД не установљава солидарну одговорност тегљача и тегљеника у случају кад је штету изазвао само један од њих. При томе, претпоставља се да је одговоран тегљач, јер се сматра „владајућим умом“ у тегљењу. Он може да се ослободи одговорности, ако докаже да је за штету крив тегљеник. Изузетно, неки правници сматрају да солидарна одговорност учесника тегљења постоји кад су заједно скривили штету трећем лицу. Друга разлика се тиче пуно-

33 R. Shaw, M. Tsimplis, у: Y. Baatz (ed.), *нав. дело*, стр. 276, 279, 292, 293; Б. Лукшић, *нав. дело*, стр. 125.

важности уговорног ублажења одговорности тегљача. Иако су законска правила о одговорности у тегљењу диспозитивна, судови сматрају да су претерано повлашћујући углавци о неодговорности тегљача ништавни, као противни јавном поретку.³⁴

Канадско право садржи иста правила о одговорности у тегљењу као право Уједињеног Краљевства. Ипак, у њему се претпоставља кривица тегљача у случају губитка или оштећења тегљеног пловила током тегљења. Да би се тегљач ослободио одговорности довољно је да докаже да је поступао са разумном пажњом у датим околностима. Он не сноси терет доказивања стварног узрока штете, тако да ризик за штету услед непознатог узрока сноси корисник тегљења.³⁵

Поморско право Кине садржи врло обухватна и јасна правила о одговорности у тегљењу. У међусобном односу учесника тегљења важи субјективна одговорност штетника, с тим што оштећеник сноси терет доказивања кривице штетника. Нема претпоставке кривице управитеља тегљења. Ако су оба уговорника крива за штету, онда сваки одговара сразмерно својој кривици. Међутим, тегљач не одговара за штету коју тегљеник претрпи услед наутичке грешке посаде теглећег брода, нити услед радњи спасавања лица или имовине на мору. За штету коју учесник тегљења изазове трећем лицу, солидарно одговарају оба учесника. Солидарност важи без обзира да ли је штета трећег лица материјална или телесна, као и да ли је настала услед судара или другог разлога. Учесник који накнади штету трећем лицу у већем износу него што је крив, има право на накнаду вишка од другог учесника тегљења. Најзад, тегљач се сматра превозиоцем само ако уговори превоз терета „својим“ бродом, без обзира да ли му је власник или купац. Као и у Србији, пропуст је законодавца што није уредио превоз путника тегљењем. Законска правила о одговорности у тегљењу су диспозитивна.³⁶ Утисак је да су кинеско право у питању одговорности у тегљењу под утицајем британског права.

У Француској се законом обориво претпоставља да је за штету одговоран уговорник који управља тегљењем, и то по правилима субјективне одговорности. Пошто тегљењем у луци управља капетан тегљеног пловила, претпоставља се кривица тегљеника, осим ако докаже да је за штету крив тегљач. Исто тако, тегљењем ван луке управља капетан теглећег брода, те се претпоставља тегљачева кривица, осим ако докаже да је крив тегљеник. Није јасно да ли се управитељ тегљења може да ослободи одговорности само доказивањем кривице другог уго-

34 R. Force, *нав. дело*, стр. 138, 140; F. Maraist, *нав. дело*, стр. 116–118.

35 C. Giaschi, *нав. дело*, стр. 2.

36 ПЗК, чл. 152–164; H. Zhengliang, *нав. дело*, стр. 188, 189.

ворника или и другог узрока који искључује његову кривицу (нпр. виша сила, случај, кривица трећег лица). Већина француских правника сматра да му је до допуштено. Правила су диспозитивна, те тегљеник може писменим уговором да повери тегљачу управљање лучким тегљењем, као и што то може тегљач да повери тегљенику у ванлучком тегљењу. Исто тако, уговором могу да се измене и правила о основу и другим питањима одговорности. Уговорне измене законских правила о одговорности морају да буду у писменој форми.³⁷ Ова правила, међутим, важе само за уговорну одговорност у међусобном односу уговорника. За штету према трећим лицима примењују се правила о деликтној одговорности штетника (нпр. за судар, загађење).

У Италији се режим одговорности у тегљењу разликује у односу између уговорника и у односу према трећим лицима. У односу између уговорника прави се разлика између тегљења ради превоза тегљеног пловила и тегљења ради задатка. У тегљењу ради превоза, у ком тегљеник предаје брод тегљачу, тегљење се уређује правилима о превозу, те и тегљач одговара као превозилац ствари. У превозу ради задатка (кретње), обориво се претпоставља кривица уговорника за штету на са-уговорничком броду, јер ту тегљени брод задржава извесну самосталност у односу на теглећи брод. Значи, претпоставља се да је тегљач крив за штету на тегљеном броду и, обратно, да је тегљеник крив за штету на теглећем броду. При томе, претпоставља се да навигацијом у тегљењу управља тегљач, ако другачије није уговорено. Нема претпоставке да је управитељ крив за штету, али та чињеница може да буде од значаја у доказивању кривице. У односу учесника тегљења са трећим лицима у судару, претпоставља се солидарна субјективна одговорност оба учесника, ако је треће лице оштећено. Значи, за разлику од Конвенције о судару из 1910. год., која установљава доказану кривицу као основ одговорности учесника тегљења, италијанско право поштрава њихову одговорност, установљавајући претпоставку њихове кривице према трећем лицу. Сваки уговорник у тегљењу, међутим, може да се ослободи од солидарне одговорности према трећем лицу, ако докаже да није крив за шету у судару.³⁸

У Швајцарској је, такође, опште законско правило да се за штету у тегљењу одговара субјективно. Пошто се тегљач сматра управитељем тегљења, претпоставља се његова кривица у односу са тегљеником. Тегљеникова кривица се претпоставља само кад је до штете дошло услед неспособности тегљеног пловила. Ако је тегљено пловило без посаде, онда се тегљеник сматра кривим за неспособност само ако тегљач није

37 А. Vialard, *нав. дело*, стр. 208–210; В. Mercadal, *нав. дело*, стр. 107, 108; Б. Лукшић, *нав. дело*, стр. 135, 136.

38 Б. Лукшић, *нав. дело*, стр. 134, 135.

могао да је уочи при закачињању ради тегљења. Ако је у питању превоз тегљењем, одговорно лице (тегљач или тегљеник) одговара по Хашковизбијским правилим (1924. и 1968. год.). За судар у тегљењу се одговара по правилима која важе у судару, што значи по Конвенцији о судару из 1910. год., ако је судар на мору, а по Конвенцији о судару бродова унутрашње пловидбе из 1960. год., ако је судар на реци. Законска правила о одговорности у тегљењу су диспозитивна.³⁹

Хрватско право садржи иста правила као српско. У науци има мишљења да треба да се претпостави кривица уговорника (тегљача или тегљеника), који управља тегљењем кад год у закону нема посебних правила за поједини штетни случај (нпр. превоз терета, судар). Управитељ тегљења на мору је тегљеник, осим кад се тегли пловило без посаде, кад њиме управља тегљач. Тегљач управља и тегљењем на реци.⁴⁰

Како већина националих права има општа правила о одговорности у тегљењу, ваљало би да се правила о тегљењу у Закону о пловидби требало допуне општим правилима којим би се уређивала одговорност учесника тегљења, а нарочито тегљача. Она би се примењивала у случајевима у којим тај закон не садржи посебна правила. У одсуству такве допуне Закона, судска пракса би ваљало да заузме став о примени правила грађанског права на одговорност у тегљењу, како би се испунила правна празнина.

ХП Углавци неодговорности (слобода уговарања)

У већини националних права, укључујући и српско, правила о одговорности учесника тегљења јесу диспозитивна.⁴¹ У српском праву су, међутим, једнострано императивна у случају превоза тегљењем, јер могу уговором да се мењају само на штету тегљача као превозиоца. Изузетно, могу да се мењају и на штету тегљеника, као корисника превоза, у случају штета на терету пре укрцаја и после искрцаја терета, као и штета због закашњења. Одговорност морског бродара може да се уговором ублажи и у случају превоза животиња и превоза терета на палуби брода, ако се крцатељ сагласио са смештајем на палуби.

Тегљачи често злоупотребљавају ову слободу уговарања режима одговорности, користећи свој јачи положај на тржишту услуга тегљења у односу на њихове кориснике. Стога често уговарају претерано повлашћујуће углавке о својој неодговорности или ограничењу

39 W. Muller, T. Burckhardt, *нав. дело*, стр. 152.

40 Predrag & Gordan Stanković, *нав. дело*, стр. 96, 97.

41 ЗПУП, чл. 615. Вид. Б. Јакаша, *нав. дело*, стр. 304.

одговорности. Углавци уговора којим се уређује одговорност учесника тегљења, међутим, не утичу на права трећег оштећеног лица према учесницима тегљења. Стога, и кад је тегљач уговорио своју неодговорност са тегљеником, оштећено треће лице (нпр. у судару) има право да од њега тражи накнаду штете, ако је он одговоран по правилима деликтне одговорности.⁴²

Типски уговори о тегљењу садрже разне углавке о неодговорности тегљача. У Европи су најзначајнији Стандардни услови тегљења Уједињеног Краљевства (скр. *UKSCT*; даље: Британски услови), *BIMCO* типски уговори и услови француских тегљача, док је за дунавско тегљење значајан Братиславски споразум о реморкажи из 1955. год.

Британски услови – Тегљачи најрадије користе Британске услове због тога што их претерано повлашћују у односу на корииснике њихових услуга. Њихова примена је врло раширена међу тегљачима у свету, а нарочито у *сotton low* земљама. Она је раширена не само због тога што их тегљачи често уговарају, већ и због тога што често служе удружењима тегљача као узор за састављање њихових типских уговора. Британски услови садрже пет углавка о неодговорности тегљача, којим се готово потпуно преноси ризик за штету током тегљења на тегљеника.

Први је углавак којим се одређује да је посада теглећег брода за време тегљења у служби тегљеника, због чега тегљеник одговара за њен рад, не само трећим лицима (нпр. оштећеник у судару), већ и тегљачу (*UKSCT*, пар. 3). Тим углавком се преноси одговорност за рад посаде теглећег брода са тегљача на тегљеника.⁴³ Овај углавак троструко повлашћује тегљача. Прво, он се ослобађа од одговорности за сваку штету коју кривицом посаде теглећег брода претрпи тегљеник, јер се сматра да ју је тегљеник претрпео радом своје посаде. Тегљач му не одговара не само за штету на тегљеном пловилу, већ и на другим стварима (нпр. терету), па и лицима (нпр. смрт чланова посаде тегљеног пловила). Друго, тим углавком се чак даје право тегљачу да од тегљеника надокнади штету на теглећем броду, иако је за њу крива посада теглећег брода. Ако је лично за њу крив (нпр. неспособност теглећег брода), нема право на њену накнаду од тегљеника. Најзад, треће, ако треће оштећено лице по правилима о деликтној одговорности присили тегљача да му накнади штету коју му је скривила посада теглећег брода, тегљач има право да исплаћену накнаду поврати (регресира) од тегљеника. Иако је овакав углавак по српским схватањима ништав, не само због повреде начела равноправности уговорника, већ и због тога што је противан здравом

42 R. Shaw, M. Tsimplis, у: Y. Baatz (ed.), *нав. дело*, стр. 276.

43 C. Hill, *нав. дело*, стр. 364, 365.

разуму, пракса судова Комонвелта признаје његову пуноважност.⁴⁴ Судови САД овај углавак ниште као противан јавном поретку.⁴⁵

Други углавак британских услова одређује да тегљач не одговара ни за какву штету или губитак коју учини или претрпи теглећи или тегљени брод, лица и ствари на њима, па и било која друга имовина, укључујући и штету трећим лицима ван уговора о тегљењу, и то из било ког узрока, укључујући и кривицу тегљача, његових службеника, неспособност теглећег брода, његових машина, опреме и ужета. Тим углавком се наглашава да тегљач има право да му тегљеник надокнади штету, ако је претрпи из било ког узрока, укључујући и кривицу своје посаде. Овај углавак се не примењује у два случаја: 1) кад тегљеник докаже да је штета настала услед неспособности теглећег брода за уговорено тегљење на почетку посла, за коју је тегљач лично крив, и 2) кад је штета настала у часу кад је теглећи брод био на безбедној удаљености од тегљеног пловила, под условом да пловила нису била међусобно повезана (UKSCT, пар. 4). Овај углавак је, такође, пуноважан у судској пракси земаља Комонвелта, али не и САД.⁴⁶ И код нас би овај углавак био ништаван због по-

44 Енглески суд је први пут потврдио пуноважност овог углавка у случају *President Van Buren* (1924) 16 Asp MLC 444. Власници брода „President Van Buren“ уговорили су са Управом Лондонске луке да га њен тегљач „Sirdar“ отегли до главног дока у Тилбурију. Уговор о тегљењу је садржавао углавак да је посада теглећег брода у служби тегљеника, те да он одговара за њен рад. Бродови у тегљењу су се сударили и оштетили кривицом посаде теглећег брода. Оба уговорника су се узајамно тужила тражећи накнаду штете. Суд је усвојио тужбу тегљача, а одбио тужбу тегљеника, образложивши одлуку следећим речима: „Иако је кривица искључиво тегљачева, уговорни углавак јасно упућује на то да су капетан и посада тегљача у служби тегљеника“. Вид. С. Hill, *нав. дело*, стр. 364, 365; С. Giaschi, *нав. дело*, стр. 3, 4; F. Maraist, *нав. дело*, стр. 117.

45 Суд у САД је први пут поништио углавак о служби посаде теглећег брода код тегљеног брода у парници *Bisso v. Inland Waterways Corp* из 1995. год. У тој парници је тегљач теглио празну маону без посаде, тако да је уједно био управитељ тегљења. Уговор о тегљењу је садржавао углавке да је посада теглећег брода у служби тегљеника, као и да се тегљење обавља искључиво на ризик тегљеника. Током тегљења маона је ударила у гат и оштетила се кривицом капетана теглећег брода. Тегљеник је тражио накнаду штете од тегљача, што је овај одбио, позивајући се на споменуте углавке. Тврдио да не одговара за рад посаде свог теглећег брода, јер је тегљеник уговором пристао да она буде његова посада током тегљења. У насталој парници окружни суд је уважио углавак и одбио тужбу тегљеника, а Жалбени суд је потврдио првостепену пресуду. Међутим, Врховни суд САД је прегласавањем (5 према 3) преиначио нижестепене пресуде, поништавајући оба углавка. У образложењу пресуде суд је истакао два разлога. Први је да се тегљачи морају натерати да снесе последице своје кривице, како се не би подржавала непажња штетника. Други разлог је тај да се „морају заштитити корисници услуга тегљача, како их не би искоришћавали они који су у прилици да организовано уцењују“. Вид. Б. Лукшић, *нав. дело*, стр. 128, 129.

46 R. Shaw, M. Tsimplis, у: Y. Baatz (ed.), *нав. дело*, стр. 282, 283; С. Giaschi, *нав. дело*, стр. 3, 4; F. Maraist, *нав. дело*, стр. 117.

вреде начела равноправности уговорника, у свим штетним случајевима који су изазвани тешком кривицом тегљача или његове посаде. Углавак је код нас пуноважан у случају кад штета настане тегљенику вишом силом, случајем или лаком непажњом тегљача или његове посаде.

Трећим углаваком се тегљач ослобађа од одговорности за штету коју тегљеник претрпи услед закашњења или задржавања тегљеног брода, терета на њему, других ствари или лица, из било ког узрока, без обзира да ли је узрок наступио пре или после закључења уговора (*UKSCT*, par. 45/d). Овај углавак је у српском праву ништаван, ако је закашњење или задржавање наступило услед намере или крајње непажње тегљача.

Четвртим углавком се искључује одговорност тегљача за штету тегљенику услед више силе или случаја, који наступе у облику људских радњи или масовних друштвених немира (*UKSCT*, par. 7). То су рат, побуне, грађански немири (нпр. демонстрације), тероризам, саботажа, штрајкови, општа отпуштања са посла, раднички спорови и немири, макар да штета у тим догађајима настане услед кривице тегљача или његове посаде. Овај углавак је у нашем праву пуноважан, под условом да штета не настане злом намером или грубом непажњом тегљача и његовог особља у набројаним штетним догађајима.

Пети углавак је тзв. Хималаја клаузула. Њом се примена свих уговорних правила о ослобођењу и ограничењу одговорности тегљача проширују на његову посаду и друге помоћнике, на копну или броду (*UKSCT*, par. 8). Стога тегљеник не може да од њих накнади штету коју није могао да накнади од тегљача због углавака о тегљачевој неодговорности. За пуноважност овог углавка важе иста правила у нашем праву као и за пуноважност углавака о неодговорности тегљача.

Да би учврстили своју заштиту тегљачи Британским условима намећу корисницима својих услуга углавак да је за уговор искључиво меродавно енглеско право, као и да су за спорове надлежни искључиво енглески или шкотски судови. Ово стога што су уговорни углавци из ових услова пуноважни у енглеском праву и што им пуноважност признају енглески судови. Изузетно се допушта и надлежност суда места пленидбе брода, ако је заплењен у страном држави (*UKSCT*, par. 9).

Практична последица описаних углавака о неодговорности тегљача у правима земаља Комонвелта јесте да тегљач одговара за штету само ако је лично крив за неспособност теглећег брода на почетку путовања, као и за штету услед смрти или телесне повреде било ког лица за коју је крив он лично или његова посада. На одговорност за смрт и телесну повреду су тегљачи били принуђени императивним правилом Закона о снабдевању робом и услугама Уједињеног Краљевства. Међутим, у случајевима у којим тегљач одговара за штету Британски услови по-

себним углавком задржавају његово право да ограничи одговорност у складу са важећим правилима закона и међународних конвенција.

Маколико наклоњена тегљачима у признавању углавака неодговорности судска пракса држава Комонвелта, ипак, помало штити и кориснике њихових услуга. Та заштита се пружа на три начина. Прво, тражи се да тегљач докаже да је углавак неодговорности изричито уговорен. Ако није изричито уговорен, мора да докаже да је уговорен прећутно путем раније праксе између уговорника, или да је бар такав углавак толико широко у примени да је постао трговински обичај. Судска пракса изузетно ретко прихвата доказ о прећутном уговарању неодговорности тегљача (нпр. навођење углавка у рачуну тегљача). Други начин заштите је уско тумачење углавка. Стога, ако било која радња излази изван уског тумачења, не признаје му се важност. Најзад, трећи начин је да се нејасноћа или двосмисленост у углавку о недоговорности тумачи на штету тегљача.⁴⁷

Право САД – У САД су углавном ништавни углавци којим се тегљач претерено повлашћује у његовој одговорности тегљенику, јер их судови сматрају противним јавном поретку. Наиме, сматра се да тегљачи обављају јавну службу, те да корисници њихових услуга немају слободу избора при уговарању тегљења. Ипак, њена судска пракса је признала пуноважност углавка осигурања. Тиме је омогућила тегљачу да на заобилазан начин избегне одговорност за штету у тегљењу, покривши све раније напоре судова да ограниче слободу уговарања тегљача на штету тегљеника у питању неодговорности тегљача. Тим углавком се тегљеник обавезује да закључи уговор о осигурању, с нагласком да се осигурач обавезе да га обештети ако се оствари било који ризик током тегљења. На основу тог углавка тегљеник, као осигураник, мора да уговори да се осигурач одриче права на регрес (повраћај) од тегљача оног осигураног износа који евентуално буде исплатио тегљенику у осигураном случају. Такође, тим углавком се тегљеник обавезује да поред себе у уговор о осигурању, који буде закључио са осигурачем, именује и тегљача као корисника осигурања. Ако тегљеник не испуни обавезе из овог углавка у уговору о тегљењу, санкција је губитак права тегљеника на накнаду штете од тегљача, ако настане услед ризика за који се обавезао да се осигура.⁴⁸ На овај начин тегљач принуђава тегљеника да се осигура у тегљењу, чиме превлађује ризик за штету током тегљења на осигурача, покупуљујући тегљење тегљенику за премију осигурања. Овај углавак би у нашем праву био пуноважан, али би било ништавно

47 C. Giaschi, *нав. дело*, стр. 3–6.

48 C. Giaschi, *нав. дело*, стр. 7; F. Maraist, *нав. дело*, стр. 117; R. Force, *нав. дело*, стр. 140, 141.

правило о губитку права тегљеника на накнаду штете од тегљача изазвану тешком кривицом њега лично или његове посаде, као о санкцији за тегљеникову повреду обавезе да закључи уговор о осигурању како је уговорио са тегљачем.

ВИМСО шийски уговори – Због претераног повлашћивања тегљача у Британским условима тегљења и отпора корисника тегљачких услуга према тим условима, Балтички и међународни поморски савет је сачинио два своја типска уговора о тегљењу, настојећи да уравнотежи и правичније уреди однос уговорника. То су *TOWCON*, који уређује једнократно тегљење (уговор на путовање), и *TOWHIRE*, који уређује виšekратно тегљење у уговореном времену (уговор на време). Оба типска уговора садрже исти углавак о сношењу ризика и одговорности за штету. Тиме је створен конкурентски систем сношења ризика и одговорности за штету током тегљења у односу на систем из Британских услова. Суштина тог система јесте у томе што расподељује ризик између уговорника током тегљења тако да сваки од њих сноси штету коју претрпи у тегљењу на својим стварима и лицима, и у случају кад је за њу крив други уговорник (енгл. *knock for knock basis of liability*).

Детаљније речено, тај систем уређује сношење ризика на следећи начин. Тегљач је обавезан да накнади износ који тегљеник буде платио на име накнаде штете услед смрти или телесне повреде настале за време тегљења члану посаде теглећег брода или другом лицу на том броду. Исту обавезу има тегљеник за случај да тегљач плати накнаду штете за смрт или телесну повреду члана посаде тегљеног брода, осим ако га је на тегљени брод поставио тегљач. Овде је реч праву на регрес уговорника према сауговорнику у случају кад сауговорник буде обавезан да плати накнаду телесне штете по основу солидарне одговорности. Последица је да сваки уговорник сноси штету коју претрпе лица на његовом броду током тегљења. Исто правило важи и за материјалне штете. Тако, тегљач сам сноси све штете које претрпи теглећи брод и ствари на њему у односу са тегљеником, као и штете које теглећи брод сударом изазове трећем лицу или претрпи од трећег лица. Изузетак је оштећење ужета, јер је тегљеник дужан да плати тегљачу трошак прекинутог или оштећеног ужета. Тегљач сноси ове штете без обзира да ли је за њих крив он, његова посада, тегљеник или посада тегљеног брода. Са друге стране, и тегљеник сноси све штете које претрпи током тегљења тегљени брод и ствари на њему у односу са тегљачем, као и штете које сударом тегљени брод изазове трећем лицу или претрпи од трећег лица. Уговорници, такође, не одговарају један другом за измаклу користи и другу посредну штету изазвану тегљењем, чак ни у случају кад ју је други уговорник скривио, осим у случају кад таква штета настане услед неспособ-

ности брода за пловидбу и неоправданог једностраног раскида уговора о тегљењу. Најзад, и ови типски уговори садрже Хималаја углавак, као и Британски услови.⁴⁹ Оваква правила о неодговорности уговорника су пуноважна у нашем праву, осим у случају кад је штета изазвана злом намером или крајњом непажњом штетника.

Остали типски уговори – У Француској општи услови удружења тегљача (*APERMA*) јесу, у ствари, типски уговор. По њима тегљач одговара за штету тегљенику само ако ју је изазвао крајњом непажњом или намером у обезбеђивању брода, опреме и посаде. Француски суд је признао пуноважност оваквог углавка.⁵⁰

У Швајцарској су, такође, главни тегљачи донели Опште уговорне услове за потискивање баржи које не припадају потискивачима 1970. год. (измена 1980. год.). Овим условима се успоставља субјективна одговорност потискивача за штету тегљенику, која се заснива на оборивој претпоставци кривице потискивача. За мале штете (до 3.000 DEM) потискивач не одговара. Ако је реч о штети на роби укrcаној на баржу, потискивач и његова посада имају право да траже ослобођење од одговорности кориснику превоза, осим кад је настала њиховом грубом непажњом. Власник барже је одговоран за штету потискивачу само у случају кад је штета настала услед неспособности барже за тељење, под условом да је крив за ту неспособност.⁵¹

Брајтиславски споразум – За разлику од типских уговора морских тегљача, Брајтиславски споразум о реморкажи на Дунаву правично уређује одговорност учесника тегљења. Споразум разликује одговорност за штету између уговорника и одговорност за штету у односу са трећим пловилима (чл. 31–36).

У међусобном односу уговорника претпоставља се кривица тегљача (реморкера) и за штету на тегљеном пловилу, и за штету услед закашњења. Тегљач се ослобађа од одговорности ако докаже да није крив за штету. Он се сматра кривим ако у тегљењу повреди правила пловидбе Дунавске комисије, као и у случају кад је штету изазвала његова посада грубом непажњом. Тегљеник одговара за штету тегљачу, ако тегљач докаже да ју је претрпео кривицом посаде тегљеног пловила. Ако у тегљењу наступи закашењење, тегљач плаћа тегљенику пенал у износу од 9 рубаља на сваких 100 вагона тонаже тегљеног пловила за сваки дан закашњења. Пенале није дужан да плаћа ако докаже да је до закашњења

49 TOWCON 2008, Part II, art. 25, 26; TOWHIRE, Part II, art. 23, 24. Вид. R. Shaw, M. Tsimplis, у: Y. Baatz (ed.), *нав. дело*, стр. 285–288; Gaskell, Debatistta, Swatton, *нав. дело*, стр. 425. 426.

50 B. Mercadal, *нав. дело*, стр. 108, 109; A. Vialard, *нав. дело*, стр. 210.

51 W. Muller, T. Burckhardt, *нав. дело*, стр. 152, 153.

дошло услед више силе, неспособности тегљеног пловила и налога или кривиче тегљеника. Значи, тегљач одговара за закашњење објективно, и то без потребе да тегљеник докаже да је штету претрпео.

Тегљач не одговара тегљенику за штету коју треће лице изазове тегљеним пловилима, али је обавезан да сачини исправе и предузме потребне радње, како би омогућио тегљенику да накнади штету од штетника. Ако не заштити право на накнаду штете тегљенику према трећем лицу, дужан је да тегљенику накнади штету уместо трећег лица. За штету трећем лицу одговара уговорник који је штету изазвао својом кривицом или кривицом своје посаде.

ХIII Ограничење одговорности (упоредно право)

Упоредно право даје учесницима тегљења право да ограниче одговорност за штету применом једног од два начина ограничења, који је примерен штетном догађају. При томе, треба да се разликује ограничење одговорности у превозу тегљењем од осталих врста тегљења.

Ако је реч о *превозу тегљењем*, тегљач има право да ограничи одговорност на оба начина која има право да примени превозилац робе. Значи, за *убиство* или *оштећење* терета има право на ограничење одговорности или по јединици терета или по јединици величине тегљећег брода (тзв. општи начин ограничења одговорности), којим је изазван штетни догађај, оснивајући фонд ограничене одговорности.⁵² За штете услед *закашњења* тегљач има право да ограничи своју одговорност применом прописане границе мерене према уговореној возарини. Код нас се за штете услед *закашњења* у превозу примењује систем ограничења одговорности превозиоца по јединици *закашнелог* терета, а не према висини возарине. У превозу *путника* тегљењем, такође, има право на један од два начина ограничења одговорности, као и сваки превозилац путника. Први је систем ограничења одговорности до прописаног износа по путнику и путовању, а други је општи начин ограничења. У штетним случајевима *ван превоза тегљењем*, тегљач, као одговорно лице, има право на општи начин ограничења, али не и на ограничење одговорности по јединици терета, јер се оно примењује само у превозу.

За разлику од тегљача, који у превозу има могућност да на један од два начина ограничи своју одговорности, *тегљеник* ту могућност ни-

52 Стразбуршка конвенција изричито одређује да је тегљач дужан да уплати у одштетни фонд у случају да је штетни догађај изазвао тегљећи брод, најмање 1.400 посебних права вучења по киловату снаге погонске машине брода (чл. 6). Посебно право вучења је обрачунска јединица Међународног монетарног фонда чији курс он свакодневно утврђује у односу на све националне валуте својих чланица (нап. аут.).

кад нема. Ако је одговоран за штету, било према тегљачу или терећем лицу, он има право на примену само општег начина ограничења, јер се никад не сматра превозиоцем у тегљењу. Ипак, ако је уговорио са својим крцатељима превоз терета на својим пловилима, које тегли тегљач, онда има право да примени и начин ограничења одговорности по јединици терета. Ту, међутим, он није тегљеник, већ уговорни превозилац према корисницима превоза, који се обавезао да обави превоз путем тегљача, као стварног превозиоца.

У свим питањима ограничења одговорности у тегљењу примењују се општа правила пловидбеног права важећа за одговарајући начин ограничења, који је одговорни учесник тегљења одлучио да примени, јер нема посебних правила о ограничењу одговорности у тегљењу. То значи да се у начину ограничења одговорности по јединици терета примењују правила о граничном новчаном износу, јединици терета, начину израчунавања обима штете, висини какнаде и губитку права на ограничење, која се иначе примењују ради ограничења одговорности превозиоца. Ако учесник тегљења (тегљач или тегљеник), примењује општи начин ограничења одговорности, онда се примењују правила о овлашћеном лицу, граничним износима, поступку ограничења одговорности (оснивање фонда, утврђивање потраживања и расподела фонда) и губитку права на ограничење, која важе и за остала лица овлашћена на примену овог начина ограничења.⁵³

Српско право – Закон о пловидби не уређује посебно ограничење одговорности учесника тегљења. Ипак, системским тумачењем може се закључити да они то право имају, на исти начин како је то објашњено за упоредно право. Значи, пошто Закон о пловидби изричито упућује на правила превоза у случају кад се тегљењем обавља превоз, онда се на ограничење одговорности тегљача примењују правила о ограничењу одговорности превозиоца. У осталим случајевима, тегљач, а и тегљеник, као одговорно лице, има право да примени општи начин ограничења одговорности. Ово стога што се они по Закону о пловидби сматрају бродарима, а бродар је лице овлашћено на примену општег начина ограничења одговорности (чл. 5, тач. 44; чл. 417, 418). Осим тога, тим законом се у речној пловидби предвиђа да тегљач (потискивач) има право да ограничи своју одговорност уплатом у одштетни фонд најмање 60 САД долара по киловату снаге машине за погон теглећег брода (чл. 420, ст. 2 тач. 4). Овај износ, међутим, важи само за тегљење у домаћој пловидби, док за тегљење у међународној пловидби важи износ од 1.400 посебних права вучења (даље: ППВ) по киловату из Стразбуршке конвенције (чл. 6).

53 Небојша Јовановић, „Општи начин ограничења од одговорности речног превозиоца робе“, *Правни животи*, бр. 10–11/1995, стр. 341–351.

Недоумице ојшићеј начина оґраничења одговорности – У примени општег начина оґраничења одговорности на тегљење јављају се две недоумице. Прва се тиче броја пловила у тегљењу према чијој величини се рачуна висина фонда оґраничене одговорности. Ако је штета изазвана само једним пловилом у тегљењу (нпр. сударом са теглећим бродом или са једним од тегљених пловила), оштећеницима више одговара да одговорно лице буде обавезно да уплати у фонд новчани износ који се рачуна према величини свих пловила у конвоју заједно, а по начелу солидарне одговорности учесника тегљења. Они тврде да су сва пловила у конвоју једна целина у пловидби, те да онда и фонд треба да се рачуна према укупној њиховој величини.⁵⁴ Ово схватање је прихваћено у Закону о пловидби, али само за речно потискивање, а не и за речно тегљење. Није прихваћено ни у морској пловидби. Стога, одштетни фонд за речног потискивача се израчунава према киловатима снаге машине брода, увећаним за прописани износ укупне тонаже носивости свих бродова у конвоју (чл. 420, ст. 3). Прописани износ у Закону о пловидби је за теретну потисницу 40 \$ по тони њене највеће носивости, а 60 \$ по кубном метру истиснине при највећем дозвољеном газу за потисницу која није намењена превозу терета (чл. 420, ст. 1). Стразбуршка конвенција овај збирни систем проширује и на речно тегљење, предвиђајући да је тегљач дужан да уплати у одштетни фонд не само 1.400 ППВ по киловату снаге свог погонског уређаја, него и 200 ППВ по свакој тони носивости свих тегљених пловила (чл. 6).⁵⁵ Насупрот интересима оштећеника, одговорном лицу, као штетнику, одговара да се фонд рачуна само према величини пловила које је изазвало штетни догађај. У сукобу интереса тегљача и оштећених, у морском тегљењу и српском речном тегљењу (не и у речном потискивању) превага је дата интересима одговорног лица, јер он има право да установи одштетни фонд само према величини односно снази брода, који је штету изазвао.⁵⁶

54 Б. Лукшић, *нав. дело*, стр. 117, 118.

55 Пошто је Србија ратификовала Стразбуршку конвенцију њена правила важе за међународно тегљење, а правила ЗПУП-а важе за домаће тегљење (нап. аут.).

56 R. Shaw, M. Tsimplis, у: Y. Baatz (ed.), *нав. дело*, стр. 332, 331. Овај став је јасно испољен у канадском случају *The Rhone & Peter A.B. Widener* (1993) 1 Lloyd's Rep. 600. Ту су 1980. год. четири теглећа брода теглили баржу „*The Rhone & Peter A.B. Widener*“, која је била без посаде и терета. Тегљење је било пребрзо због грешке капета водећег теглећег брода, по имену „Охајо (*Ohio*)“. Услед тога се баржа сударила са усидреним бродом „Рон (*Rhone*)“. Пошто је поред Охаја, још један брод по имену „Јужна Каролина“, припадао Тегљачком друштву Великих језера (*Great Lakes Towing Company*), оштећеници су тражили да се одштетни фонд израчуна према величини оба теглећа брода односног друштва, као и према величини барже. У парници је суд одлучио да се одштетни фонд образује без урачунавања износа за Јужну Каролину, већ само према величини Охаја и барже (C. Hill, *нав. дело*, стр.

Друга недоумица у општем начину ограничења одговорности тиче се поређења величине теглећег брода и тегљеног пловила. Теглећи брод је редовно знатно мањи од тегљеног пловила, осим кад је оно чамац или јахта. Како фонд ограничене одговорности зависи од величине брода, који је изазвао штетни догађај, онда тегљачи одговарају до знатно нижих износа тегљенику или трећем лицу, као оштећенику, него што одговара тегљеник. Стога, тегљеник као оштећено лице, може да надокнади штету у несразмерно мањем износу од тегљача, као штетника, док, обратно, оштећени тегљач своју штету може да надокнади у знатно већем, па и у целом, износу од тегљеника, као штетника. Осим тога, кад оштећено треће лице има право да тражи накнаду штете солидарно од тегљача и тегљеника, редовно тражи накнаду од тегљеника, јер може од њега да надокнади штету у већем износу него од тегљача, пошто је теглећи брод мали, па му је и мали одштетни фонд. Ако је тегљач крив за штету, тегљеник, као солидарни исплатилац одштете трећем лицу, има право регреса од тегљача, али тегљач има право да ограничи своју одговорност на знатно нижи износ, због мале величине свог брода. Последица је да тегљеник трећем лицу надокнађује штету за коју је крив тегљач, без могућности да исплаћену одштету поврати у целости од тегљача.⁵⁷ Како би се што више заштитила оштећена лица, пловидбено право уређује најнижи износ одштетног фонда. Стога се Законом о пловидби установљава најнижи износ одштетног фонда, који важи за премали брод, као штетника, у поређењу са штетом коју је изазвао. Тај фонд је у морској пловидби је онај који мора да буде најмање за брод од 100 тона тонаже, макар да је конкретан брод мањи, а у речној пловидби мора најмање да буде 16.000 \$ (чл. 421). У међународној речној пловидби, по Стразбуршкој конвенцији, најмањи одштетни фонд је 400.000 ППВ за телесне штете, а за материјалне 200.000 ППВ. Фонд је намењен накнади свих штета из једног штетног догађаја, који је брод изазвао.

XIV Закључак

Закон о пловидби не уређује свеобухватно и систематично одговорност тегљача, али ни тегљеника, јер садржи правила којим уређује одговорност само у појединим ситуацијама. То су превоз терета тегљењем, судар, спасавање и заједничка хаварија, јер се законом упућује на примену правила која важе за случај штета у тим ситуацијама. Закон нема правила о одговорности тегљача у осталим случајевима штета (нпр.

295). У праву Кине ова недоумица није разјашњена ни у речном, ни у морском тегљењу. Вид. Н. Zhengliang, *нав. дело*, стр. 190.

57 R. Shaw, M. Tsimplis, у: Y. Baatz (ed.), *нав. дело*, стр. 276.

тегљење без сврхе превоза, тегљење у превозу путника, тегљење пловила са теретом, тегљење пловила са посадом), тако да постоји празнина у погледу основа, облика и висине одговорности. Стога би ваљало да се Закон допуни општим правилима о одговорности тегљача, која би се примењивала у случајевима штета који нису изричито уређени посебним правилима.

Чини се да је најбоље да се Закон допуни општим правилом о одговорности тегљача, којим би се упутило на примену правила о одговорности превозиоца. Тада би тегљач одговарао на основу претпостављење кривице (односно објективно у превозу путника), ако би штета настала његовом радњом. Због једностране императивности правила о одговорности превозиоца, били би забрањени углавци у уговору о тегљењу, којим би се одговорност ублажавала тегљача. Тиме би били боље заштићени интереси корисника услуга тегљења, него што су то данас по важећим правилима. С друге стране, тегљач би могао да се лакше од ослободи од одговорности доказујући изузетне (посебне) опасности у тегљењу (нпр. наутичка грешка, опасности мора, пожар, спасавање, штрајк), него по правилима грађанског права. Имао би и право на ограничење одговорности, као и сваки превозилац. Тиме би му се ограничио ризик у тегљењу, што би било у његовом интересу.

У супротном, остаје могућност да судови испуњавају правну празнину применом општих правила грађанског права о одговорности дужника односно штетника. Међутим, у српском грађанском праву штетник увек одговара на основу претпостављење кривице, при чему нема одговарајућих правила за многе случајеве који су особени само за пловидбу (нпр. способност брода, наутичка грешка, пожар). То је свакако неповољније за тегљача, него да се, начелно, сматра превозиоцем. Осим тога, српско грађанско право забрањује већину углавака о неодговорности тегљача, који су, иначе, уобичајени у типским уговорима о тегљењу, тако да тегљач не би могао да се на њих позива. Једино што у методу грађанскоправног начина попуњавања празнине одговара тегљачу, јесте што увек може да примени општи начин ограничења одговорности оснивањем одштетног фонда, пошто му је то право дато правилима пловидбеног права, као посебним правилима у односу на општа грађанскоправна правила о одговорности. Међутим, тај начин ограничења одговорности је исплатив само у случају знатнијих штета због великих трошкова његове примене. Отуда би тегљач углавном за мање штете одговарао неограничено, што му свакако није у интересу.

Nebojša JOVANOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

LIABILITY OF TUG-OWNER

Summary

This conference paper deals with liability of participants in towage, with special stress on the liability of tug-owner. Due to the complexity and increased risks within towage, there are no unique legal rules about the liability of towage participants, but different rules depending on the event which is the cause of damage in the towage (e.g. collision, carriage, general average, pollution). For that reason, the author explains special legal regimes of liability of the tug-owner, which depend on the type of prejudicial event. He points that there is no general rule on the tug-owner's liability within the Maritime and Inland Navigation Act from 1998 and that it makes a serious loophole in the navigation law of Serbia. Besides, the author contemplates the usual clauses in standard forms of contracts in maritime towage (e.g. UKSCT, TOWCON, TOWHIRE), which mitigate duties and liability of tug-owner, enlarging his rights comparing with those he has on the ground legal provisions. Lastly, he specially presents unscrupulous practice of tug-owners within the common law countries in contracting their exclusion from liability. The author proposes limitation of contractual freedom in towage contract which is detrimental for the users of towage services. There are comparative law analyses about liability of tug-owner both in maritime and inland navigation, as well as presentation of judicial practice.

Key words: towage, tug-owner's liability, UKSCT, TOWHIRE, TOWCON.

др **Иванка СПАСИЋ**
редовни професор Правног факултета Универзитета
Привредна академија у Новом Саду

ПРАВНИ АСПЕКТИ ЕЛЕКТРОНСКЕ ТРГОВИНЕ

Резиме

Електронска трговина (electronic commerce), представља обављање трговинских послова коришћењем савремене електронске технологије. Електронски медији се могу користити за закључивање уговора (најчешће), али и за њихово извршавање као и за плаћање. Коришћење рачунарских мрежа, било применом система електронске размене података (EDI), електронске поште или директним пословањем на глобалној мрежи (Internet-у), од великој је значаја за трговину и њен усљешан развој. Коришћење технички компликованих система, какви су EDI или Internet, не може ефикасно функционисати (у пракси) без адекватне правне регулативе, стога је било неопходно правно уредити макар основе оваквог начина пословања. Међународне организације, пре свега UNCITRAL, ICC, CMI као и ЕУ битно су допринеле правном уређивању институција е-трговине, утичући својим решењима и на националну регулативу и тиме остварили њену ефикасну употребу.

У раду се анализирају основни концепти е-пословања и е-трговине, начини реализације посла уз коришћење рачунарских мрежа и њихове особености, најважнија правна питања која се тичу закључивања уговора посредством електронских медија (устврђивање појмова „поруке са подацима“, страна у трансакцији, време слања и пријема поруке, време и место електронски закљученог уговора) као и питања сигурности е-пословања (е-пошти и квалификовани е-пошти, питања цертификације). Раd садржи и анализу postoјећих прописа и правних правила која уређују е-трговину.

Кључне речи: електронска трговина, „ѿорука“; електронски ѿоѿиис, Модел закон UNCITRAL-а о е-ѿрѿовини, Модел закон UNCITRAL-а о е-ѿоѿиису.

І Електронска трговина и електронско пословање – појам

Најшире узето, електронска трговина представља обављање уобичајених трговачких послова помоћу (односно посредством) модерне електронске технологије.¹ Ипак, оваква доста оквирна и непрецизна дефиниција не указује на све могуће аспекте (и проблеме) електронског пословања уопште, ни електронске трговине појединачно.

Правна теорија и пословна пракса, са мање или више успеха, одређују појмове електронског пословања и електронске трговине. Док поједини аутори не праве појмовну разлику при дефинисању ових појмова, приказујући их као синониме,² други аутори истичу ту разлику и на њу указују.³ Треба наравно истаћи чињеницу да се мали број аутора уопште бавио питањима која се тичу проблематике електронског пословања или/и трговине, као и да је ова област ипак релативно „нова“ и недовољно истраживана.

Према мишљењу др Сталетића, шефа студијског програма „Електронско ѿословање“,⁴ ово пословање се темељи на информационо-комуникационим технологијама, посебно на *Internet*-у, при чему се користи електронски (дигитално) записана информација и знање уграђено у *software*-у. Електронско пословање (*e-business*) укључује куповину и продају робе и услуга, техничку подршку преко *Internet* мреже и комуникационих система. Електронско пословање се користи и за системе подршке пословању и доношењу пословних одлука (тако што

1 Jane W. Kaufman, Amelia Boss, „The emerging Law of electronic commercial transactions“, *Business Lawyer*, бр. VIII/1997, стр. 1472; Слободан Жупљанин, „Закључење уговора електронским путем“, *Правни живѿи*, бр. 11/2004, стр. 577.

2 Проф. др Јелена Вилус истиче у књизи *Електронско ѿрѿовачко ѿраво*, Београд, 2000, стр. 25 (издање *ECPD*-а) да је: „електронска трговина или електронско ѿословање револуционарно нов начин обављања послова који се заснива на знању и новим електронским технологијама“ (подвучено др Вилус).

3 Предраг Сталетић, „Е-бизнис“, *Шћедња* (специјални додатак уз лист „Полиѿика“), 29 октобар 2011. године, стр. 14.

4 Студијски програм је рађен на Високој школи електротехнике и рачунарства у Београду.

интегрише све сегменте пословања у јединствен систем). Оно што поменути аутор нарочито истиче је чињеница да електронско пословање може да укључује све или делове пословања, почевши од истраживања тржишта, израде пословних модела, припреме производње, набавке сировина, продаје и испоруке купцима, наплате итд.⁵ Термин е-пословање увео је (1997.) *IBM* и од тада се појмови е-пословања и е-трговине јасно разликују.⁶

Е-трговином се сматра скуп комерцијалних активности које се воде преко електронских мрежа, а које имају за крајњи циљ продају или набавку (купопродаја)⁷, али се, при том, не инсистира на електронском начину плаћања. Основни циљ е-трговине је да доведе операцију до плаћања, а само плаћање може бити и уплатом на одређени банкарски рачун или поузећем. У већем броју земаља које још нису савладале све потешкоће у реализацији електронског пословања е-трговина се често ограничава на начин закључивања уговора, ређе на испоруку роба⁸ (поједине робе „подобне“ су (и) за електронско испоручивање, рецимо одређени *software*-и, дигитални програми, филмови, музика, е-књиге које се читају употребом *e-reader*-а као што је *Kindl* и сл.) као и на плаћање.

Евидентно је да је појам е-пословања свеобухватнији од е-трговине, оно што им је заједничко и што је, уосталом, и важније, то је употреба електронских медија и савремене технологије за њихову успешну реализацију.

У основи електронског пословања, па тако и електронске трговине, лежи систем електронске размене података (*Electronic Data Interchange – EDI*). Да би се подаци могли електронским путем размењивати (ма у ком облику) потребно је да буду испуњене неке основне претпоставке; потребно је, са једне стране, постојање тзв. *hardware*-а (рачунара⁹), а са друге је неопходно и да су подаци (који се размењују) структурирани у форми коју ти рачунари „препознају“. Када се ради о овом дру-

5 Опширније видети П. Сталетић, *нав. њексѝ*, стр. 14.

6 Наведено према П. Сталетић, *нав. њексѝ*, стр. 14.

7 Према Модел закону о е-трговини односи трговачке природе обухватају, али се не ограничавају, на сваку трговачку трансакцију за испоруку или размену робе или услуга; споразуме о дистрибуцији; извођење грађевинских радова; консалтинг; инжињеринг; уговоре о давању лиценци; инвестиције; банкарство; осигурање; споразуме о искоришћавању или концесији; заједничка улагања; превоз робе или путника.

8 Видети опширније Марија Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно љправо међународне трговине*, Београд, 2005, стр. 226.

9 Поред рачунара неопходно је (углавном) и постојање сервис *provider*-а, *server*-а, поуздани систем телекомуникација и/или/ бежичне инфраструктуре.

гом услови јасно је колики је значај усвајања одређених стандарда. Приликом настајања одговарајућих стандарда улога одређених, пре свега међународних, организација била је од непроцењивог значаја.

Осим утврђивања и прецизирања основних појмова е-пословања и трговине, од великог практичног значаја за реализацију пословања посредством и уз коришћење електронских медија је и постојање и успешно функционисање више система електронског плаћања од *EFT* (*Electronic Funds Transfer*), преко *SWIFT*-а¹⁰ до савременог *PayPal* система, који се све више користи у пракси због својих погодности. Ови системи се међусобно разликују по природи, намени па и по и техници реализације, али им је заједничко коришћење електронских медија.

II Правни прописи који уређују област електронске трговине и тела која су учествовала у њиховом креирању

Развој технологије и њена примена у (трговинском) пословању има значајних предности, највише у смислу убрзавања поступка преноса информација и смањења трошкова (тог преноса) у односу на папирну кореспонденцију¹¹, бољег и лакшег приступа подацима, смањења нејасноћа у трансакцијама, увећавања безбедности података, смањења простора за „чување“ и складиштење досијеа и сл.).¹² Осим ових (техничких и пословних) предности технолошки развој и његово коришћење у привреди уопште и трговини посебно, имају (посредног) утицаја и на правно регулисање одређене материје, у овом случају области пословања и трговине. Бржи и ефикаснији начин обављања трговачких трансакција (уз коришћење рачунарских мрежа), опредмећен кроз е-трговину, суочио се одмах са неадекватношћу и неделотворношћу постојећих правних оквира, који су постали сметња његовом развоју. Јавила се ургентна потреба за преиспитивањем и редефинисањем неких института и прилагођавањем одређених појмова у трговини како би се пословање путем коришћења рачунарских мрежа могло несметано одвијати. Најпре се јавила потреба за корекцијама и допунама релевантним за писмену форму закључивања уговора (што представља

10 Систем међународних плаћања и трансфера новца између банака.

11 Електронска комуникација у пословању позната је под називом „*paperless commerce*“ (*беспапирна трговина*).

12 Поред постојећих предности електронски видови пословања имају наравно и својих слабости; значајан проблем представљају већ и сама техничка ограничења, затим несавршеност и некомплетност коришћених стандарда као и бројни правни проблеми који се појављују код овог вида пословања; опширније код Ј. Вилус, *нав. дело*, стр. 38–39.

темељ сваког трговинског посла). Нарочито је било неопходно прилагодити стандардне појмове као што су „писмено“, „оригинал“, „потпис“, „понуда“, „прихват понуде“, „место и време закључења уговора“, али и конципирати нове као што је рецимо питање утврђивања идентитета пошиљаоца поруке, обезбеђивање интегритета поруке (односно њене сигурности) и слично.

Комисија УН за међународно трговинско право (*UNCITRAL*) донела је два најважнија прописа из области електронске трговине, оба у форми модел закона. Модел закони спадају у тзв. *soft* моделе унификације.¹³ Године 1996. донет је Модел закон о електронској трговини¹⁴ који утврђује сам појам електронске трговине. Овај пропис је послужио као узор бројним националним законима како развијених, тако и недовољно развијених земаља.¹⁵ Овај пропис, који се сматра основним за регулисање базичних питања електронске трговине, понудио је прихватљива решења како са становишта међународних, тако и домаћих електронских трговинских трансакција. Поред овог *UNCITRAL* је 2001. године, донео и Модел закон о електронским потписима.¹⁶ Овај пропис је детаљније уредио питања врло значајног сегмента е-трговине који се односи на (својеручне) потписе, односно на њихове електронске „еквиваленте“.

Трећи „базични“ пропис за област е-трговине, који је донео *UNCITRAL* 2005. године, је Конвенција о коришћењу електронских комуникација у међународним уговорима. Ова Конвенција је, такође, од изузетног правног значаја.

Поред *UNCITRAL*-а и неке друге међународне организације и тела су дала значајан допринос у правном уређивању материје е-трговине и

13 Решења која нуде овакви (тзв. *soft*) облици унификације служе за „углед“ националним законодавцима, а у одређеним случајевима и заинтересованим пословним партнерима – странкама у одређеним привредним пословима. Код оваквих модела (облика) унификације државе немају активну улогу, не постоји потреба за ратификовањем. Сходно изнетом и снага оваквих унификацијских облика је знатно мање обавезујућа.

14 *UNCITRAL Model law on electronic commerce*, доступно на адреси: www.UNCITRAL.org/en-index.htm. Овом пропису претходио је *UNCITRAL*-ов Водич (*Guide*), као и Једнообразна правила која су се односила на електронски пренос средстава и електронску трговину. О генези и правном доприносу појединих *UNCITRAL*-ових текстова видети код Ј. Вилус, *нав. дело*, стр. 46 и даље.

15 Законе који се базирају на овом пропису донеле су, између осталих, Аустралија, поједине државе САД, Канада, Мексико, Нови Зеланд, Сингапур, Тајланд, Хонг-Конг, Филипини, Кореја, Француска, Ирска, Енглеска, Словенија, Хрватска итд. (преглед земаља може се видети на *UNCITRAL*-овој интернет страници: www.uncitral.org).

16 *UNCITRAL Model law on electronic signatures*.

е-пословања. То су *ICC, CMI, EU, WIPO, WTO, ISO*, Економска комисија УН за Европу итд.

Велики значај за развој и унапређење е-трговине имају и стандарди *EDIFACT*, које је донела Економска комисија УН за Европу (односно њена специјализована радна група *CEFACT*), као и Амерички *ANSI X 12* стандарди.

Од правних прописа из домена електронске трговине и пословања велики значај имају и правила ЕУ; првенствено су то две директиве – Директива о електронској трговини¹⁷ и Директива о електронском потпису.¹⁸ Поред поменутих директива значајан правни извор представљају и поједина упутства ЕУ. То су, најпре, Упутство ЕУ о неким правним аспектима услуга информационог друштва, нарочито о електронској трговини на унутрашњем тржишту.¹⁹ Ово Упутство установљава правни оквир за обављање трговине на *Internet*-у. Поред поменутог, ЕУ је донела и Упутство за коришћење електронских потписа, што је имало за циљ да олакша употребу електронских потписа и омогући њихово признавање.

Наравно да значајан допринос развоју е-трговине дају и веома бројни национални прописи како „развијених“ тако и земаља „у развоју“. Сви ови прописи садрже мање више слична решења, што диктирају како поменути међународни акти тако и сама природа материје која се уређује.

У Републици Србији су, такође, донети одређени прописи из области електронске трговине. То су Закон о електронској трговини²⁰ и Закон о електронском потпису.²¹

III Облици коришћења рачунарских мрежа у трговинском пословању

За настанак уговора потребно је постојање сагласности воља²² уговорних страна, при чему постоје различити начини изражавања воље. У савременом добу развијене технологије, поред класичних начина изражавања воље, дозвољено је коришћење рачунарских мрежа.

17 Directive on electronic commerce, *OJ L 178*, 17.7.2000.

18 Directive on electronic signatures, *OJ L 13/12*, 19.1.2001.

19 Упутство о електронској трговини, *OJ L 178*, 17/7/2000.

20 Службени гласник РС, бр. 41/2009 и 95/2013.

21 Службени гласник РС, бр. 135/2004.

22 О начинима закључења уговора видети опширније Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2006, стр. 30 и даље; М. Драшкић, М. Станивуковић, *нав. дело*, стр. 217 и даље.

Пословна комуникација посредством рачунарских мрежа може да се реализује путем електронске размене података (*EDI* систем), електронском поштом (*e-mail*) и директном (*on line, cyber space*) трговином на светској мрежи (*Internet-y*).

1. Електронска размена података (*EDI*)

У складу са одредбама *UNCITRAL*-овог Модел закона електронска размена података (*EDI*) представља електронски пренос информација од једног до другог рачунара применом договорених стандарда (на основу којих се врши распоред информација). Овде се ради о директној комуникацији између два рачунара (без присуства људског фактора, наравно људски фактор је тај који креира систем, задаје „задатак“ и утврђује стандарде). Садржина *EDI* порука, употребљене речи и њихов распоред су унапред стандардизовани²³ и договорени између трговинских партнера (што омогућава каснију симултану комуникацију рачунара – тзв. „електронских агената“).²⁴ Предуслови за електронску размену су постојање комуникационе мреже рачунара и постојање одговарајућег *software*-а. Размена порука је тренутна, порука је шифрована и није директно доступна без употребе технике нити је људском уму разумљива без „превођења“. Будући да је код употребе *EDI* система све унапред договорено и познато, спорова готово да није ни било, што је свакако његова предност. Ипак, појавом глобалне *www* мреже (*Interneta*-а) *EDI* је изгубио много од свог пословног значаја.

2. Електронска пошта (*e-mail*)

Електронска пошта (*e-mail*) представља други начин коришћења рачунарске мреже. Партнери комуницирају порукама чији садржај и обим није унапред задат, већ препуштен слободној вољи пошиљаоца. Ова комуникација је веома слична „папирној“, јер се своди на преписку између потенцијалних партнера, с тим што је преписка електронска. Наравно да оваква комуникација у теничком смислу мора задовољавати правила рачунарске технике и комуникационих (глобалних) мрежа. Овај вид комуникације је једноставан за коришћење, доступан, порука брзо стиже примаоцу и није ограничена по дужини нити распореду информација, ипак, код овог вида комуникације доста је изражен проблем сигурности пословања због могућности грешака сервис *provider*-а,

23 Најпознатији стандарди су европски EDIFACT и амерички ANSI X 12.

24 Детаљнију расправу о појму „електронских агената“ видети код Владимир Савковић, „Преговарање, закључивање и извршење уговора електронским путем“, *Правни живоић*, бр. 10/2005, стр. 940–945.

неовлашћеног упада трећих лица у комуникациони систем, као и хотимичног (и злонамерног) мењања поруке при томе.

3. Директна (*on line*) комуникација преко глобалне мреже (*Internet-a*)

Трећи облик електронске трговинске комуникације остварује се на тзв. отвореним мрежама, углавном између пословних партнера који се уопште не познају.²⁵ Најчешћи је случај да се са једне стране налази физичко лице које наручује робу или услуге, а са друге је програмирани рачунар који прима поруджбину, прихвата је, а понекад чак и извршава уговор аутоматизованим слањем наручене робе (обично су то *software*, музика, дигитални садржаји). У овом случају трговина се одвија посредством трећег лица даваоца *Internet* услуга (тзв. *provider-a*), који обезбеђује технологију помоћу које се одвија трансакција. Највећи број привредника који нуде своју робу и услуге преко *Internet-a* имају инсталиран свој *Website* који представља својеврсну електронску презентацију како самог продавца, односно вршиоца услуга тако и робе односно услуге коју продаје (врши). *Website*-ови садрже веома различите податке, са мање или више успеха презентирани.²⁶ Они могу бити бољи или лошији, атрактивни у различитој мери што се и одражава на њихову „посећеност“ од стране потенцијалних купаца и корисника као и на учесталост, односно успешност закључивања уговора и продаје производа (наравно да на успешност продаје утичу првенствено цена, квалитет и атрактивност производа који се нуде).

За разлику од *EDI* система комуникације који има изузетно висок степен сигурности, остала два облика немају ту сигурност и пословни партнери се суочавају са становитим опасностима електронског пословања који су већ поменути. Без обзира на отсуство ризика *EDI* систем се, после почетног узлета, задржао у пословању у знатно мањем обиму, углавном у пословима који се стално (на исти начин) одвијају између сталних уговорних партнера. Остала два облика комуникације веома су заступљена у пословању (нарочито у развијеним земљама) иако носе одређене, доста озбиљне, ризике.

25 Миодраг Ивковић, Божидар Раденковић, *Internet и савремено пословање*, Београд, 1998, стр. 14.

26 Наравно, као и код „класичног“ пословања, треба разликовати понуду од презентације и рекламирања; у том смислу важе општа правила уговорног права која се тичу понуде, рекламе и сл. Треба нагласити да поједине земље имају доста правила која се односе на област рекламирања, промоције и презентирања производа, ова правила спадају у домен трговинског али и права заштите потрошача. Неке од земаља које детаљно уређују ову област су, у тим питањима, доста „строге“ (рецимо Немачка), док су друге знатно либералније (Енглеска, САД). Европска унија има, такође, доста прописа из ове области.

IV Најзначајнија правна питања електронске трговине

Електронско пословање представља обављање пословних активности електронским путем, конкретније, посредством рачунарских мрежа. Електронско пословање се не ограничава само на област трговине већ се и пословне банке, јавна управа, државне институције, финансије, здравство и туризам користе предностима електронских комуникација.²⁷ У фокусу овог рада су правне импликације које коришћење електронских медија има на сегмент трговине. У контексту е-пословања и е-трговине нека правна питања се намећу као веома битна. То су, најпре, питања утврђивања основних појмова (поруке и информације, страна које размењују поруке, допуштености поруке, сигурности, закључења и форме електронски закљученог уговора, потписа, својеручних потписа, аутентификације и сл.). Осим идентификације основних проблема биће анализирана и постојећа правна решења, пре свега, она која нуде модел закони и Конвенција *UNCITRAL*-а, (будући да су сва друга решења, европска и национална, конципирана на сличан начин и под утицајем *UNCITRAL*-ових концепата).

Решења која садрже прописи у Републици Србији такође следе поменуто међународна решења.

1. Закључивање уговора електронским путем (начин, време, место, форма закључивања уговора, „право на грешку“)

Уговори представљају сагласност воља уговорних страна и настају (закључују се) на основу изјављених воља странака, односно чињењем понуде и њеним прихватом. Изјаве воље, односно понуда и прихват понуде, могу бити учињене и електронским путем.

Уобичајено је да се, под називом електронска трговина, подразумева закључивање (привредних) уговора коришћењем рачунарских мрежа²⁸ као средстава комуникације, без обзира на то да ли се испуњење уговора одвија преко мреже или ван ње. Електронска трговина обухвата закључивање уговора путем електронске размене података (*EDI*), електронске поште (*e-mail*) и директне комуникације између уговорних страна на светској мрежи (*Internet-y*) (*on-line* или *cyber space* трговина). Модел закон *UNCITRALA*-а (као најважнији правни акт у овој материји)

27 О успешности коришћења електронских комуникација у областима државне администрације и финансија видети код Радица Шиповац, „Електронска трговина“, *Правни живои*, бр. 13/2009, стр. 218. и даље.

28 Да би се уговор закључио довољна је сагласност воља странака, без обзира како је она изражена; приликом закључивања уговора могу се користити и средстава модерних (брзих) комуникација, као што су телефон, телеграф, телепринтер, факс и електронске односно рачунарске мреже.

је појам електронске трговине проширио и на закључивање уговора путем телеграфа, телепринтера и телефакса (закључивање уговора посредством ових медија представља у правној теорији тзв. специјалне начине закључивања уговора.²⁹

Модел закон о електронској трговини се примењује на све информације које се користе у виду „поруке са подацима“ (*data message*) у контексту трговинске делатности. Сходно томе, и понуда и прихват понуде могу бити дати у облику „поруке са подацима“ те и уговор може бити пуноважно закључен разменом таквих порука. „Порука“, у контексту Модел закона, означава информацију која је генерисана, послата, примљена или сачувана електронским, оптичким или сличним начином и обухвата, али се не ограничава на електронску размену података (*EDI*), електронску пошту, телеграм, телекс или факс.

Осим дефинисања поруке и информације (као основног елемента њене садржине) Модел закон је одредио и стране у послу као „налогодавца“ поруке (лице које је или у чије је име порука генерисана) и „адресата“ поруке (лице за које налогодавац сматра да је прималац поруке). „Посредником“ се сматра лице, које за рачун другог лица, шаље, прима или чува поруку или обезбеђује другу услугу (*provider*).

Питање доказне снаге и допуштености електронских порука у правним поступцима је веома значајно за реализацију е-трговине. Модел закон је утврдио да се информацији не може одузети правно дејство, ваљаност или извршност искључиво на основу чињенице да је дата у облику поруке.

Једно од кључних питања закључивања уговора електронским путем је питање момента који се сматра временом закључења уговора. Пре него што се утврди тај моменат, треба, међутим, утврдити и шта се сматра временом слања односно пријема поруке. Временом слања е-поруке сматра се моменат када она напусти информациони систем који је под контролом налогодавца (или лица које је послало информацију у његово име). Моментом пријема е-поруке сматра се моменат када је електронска комуникација могла бити примљена на адреси дестинатара. Време пријема поруке, међутим, не мора обавезно бити и време закључења уговора. Уколико се електронска комуникација схвати као однос између одсутних лица (што изгледа у одређеним случајевима логички сасвим прихватљиво) за моменат закључења уговора биће одлучујуће који правни концепт се прихвата (да ли „теорија слања“ или „теорија пријема“).³⁰ Што се тиче места слања поруке Модел закон утврђује се-

29 Вид. М. Драшкић, М. Станивуковић, *нав. дело*, стр. 217–226; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 34–35.

30 Детаљно о разним варијантама у вези са временом слања поруке и закључења уговора видети код М. Станивуковић, *нав. дело*, стр. 353–358; исто код С. Жупљанин, *нав. дело*, стр. 583–584.

диште пошиљаоца („налогодавца“), односно примаоца („адресата“) као места слања, односно пријема поруке без обзира где се заправо (физички) налази информациони систем који врши „трансфер“.

Приликом процеса закључивања уговора електронским путем може доћи до грешке приликом слања електронске комуникације (грешка може бити како у слању понуде, тако и у њеном прихвату), па се поставља питање њихове пуноважности и релевантности, а у вези са тим и питање права на опозив учињене грешке. Када једно лице инволвирано у поступку електронске трговине учини грешку приликом слања електронске комуникације, оно има и право да опозове део електронске комуникације где се та грешка налази, наравно, под условом да обавести другу страну на најбржи могући начин. За опозив понуде са грешком (због брзине којом стижу информације) користе се бржа техничка средства, првенствено телефон, како би се опозив сматрао беговременим и имао правно дејство. Право на грешку мора бити гарантовано, у противном овакво пословање било би превише ризично и незадовољавајуће по интересе странака. Право на грешку предвиђено је међународним и националним правним прописима.

Што се тиче питања форме уговора³¹ могло би се рећи да се она, код електронског закључивања уговора (као уосталом и код већине осталих уговора), не поставља као услов пуноважности, ипак, из практичних разлога питање чувања „записа“ може бити актуелно. Код електронског пословања медији на којима се релевантни подаци шаљу, примају и чувају другачије су природе; уместо папира користе се дискови (*CD*), *USB*, траке, пластичне картице итд. За разлику од хартије која је „телесна ствар“, трајна, постојана и видљива ови нови медији то нису увек. Модел закон је утврдио да „порука са подацима“ испуњава захтеве писмене форме (када се она изричито тражи) када су информације које садржи „доступне за каснију употребу“. Колико ова „доступност“ треба да траје није одређено али је остављено националним законодавствима да ово питање „допуне“, прецизирају или наведу изузетке.

2. Сигурност закључивања послова електронским путем – криптографија

Као једно од најдискутабилнијих питања у вези са електронским начином пословања јавља се питање сигурности овако реализованих трансакција.

Измена података (садржаних у поруци) од тренутка слања поруке до момента пријема може бити ненамерна и намерна. Неопходно је

31 Форма код већине уговора је начелно слободна, ипак, због веће сигурности највећи број уговора се закључује у писаној форми (само што је форма у том случају само „доказна“ форма а не „услов важности“ уговора).

спровести мере сигурности како би се спречио неовлашћен приступ систему, уништење електронских података или њихова измена. Као основна мера сигурности користи се систем шифровања (криптографије).

Шифровање представља метод (процес) трансформисања информације из њеног изворног („разумљивог“) облика у шифровани („неразумљиви“) и повратно добијање оригиналне информације (из шифрованог у „нормални“ облик), кроз обрнути процес. Поступак или алгоритам за шифровање је унапред познат (задат), константан је природе и састоји се из две врсте „кључева“ – јавних и тајних. Јавни кључ је познат свима а тајни само пошиљаоцу и примаоцу поруке.

3. Електронски потпис, дигитални потпис, квалификовани е-потпис

Будући да је за „папирни“ начин комуникације приликом закључивања уговора карактеристичан и неопходан потпис уговорних страна (који даје сигурност и гарантује аутентичност операције) поставило се питање како то решити кад се ради о електронском закључивању и „потписивању“ изјављене воље. Потенцијално инволвиране уговорне стране и пословни кругови, али и националне и међународне асоцијације и организације биле су веома заинтересоване за повећање степена сигурности е-пословања генерално, односно за обезбеђивање аутентичности потписа и њихову аутентификацију, конкретно. Различите међународне организације донеле су правила којима је сврха повећање сигурности е-пословања, поменућемо активности *ICC* и *UNCITRAL*-а. Један од низа водича, које је донела Међународна трговачка комора (*ICC*), познат под називом „Опште узансе о међународно безбедној дигиталној трговини (*GUIDEC*)“, користио се „јавним кључем“ – шифровањем за дигиталне потписе и одредио улогу сертификатора (лица „од поверења“) која потврђују аутентичност потписа. Највећи број дигиталних потписа се ослања на „*smart cards*“ којима се поруке чувају у циљу претварања у алгоритам неопходан за добијање увида у потпис.

Електронски потпис служи за идентификацију потписника (аутентификацију). То је скуп података у електронском облику који су придружени или су логички повезани са електронским документом. Потписник је лице (особа) које поседује податке за генерисање потписа и поступа у свом интересу или у интересу лица које представља.

Што се тиче правног дејства, фалсификоване поруке (без дозволе издаваоца) не стварају никакве обавезе за издаваоца, оне су ништаве и без правног дејства. Нечитке, забрљане или нејасне поруке, такође, не производе правно дејство.

Од свих електронских потписа најавжнији је дигитални потпис³² који подразумева специјалну примену криптографске технологије, уз чију помоћ се утврђује тачност поруке и идентитет пошиљаоца.³³ Поред дигиталног потписа, иначе, постоје и други електронски потписи којима се, применом одређених поступака, утврђује идентитет пошиљаоца и поруке.³⁴ Дигитални потпис се разликује од својеручног потписа (коришћеног код „папирног“ закључивања уговора). Својеручни потпис мора увек бити истоветан, а дигитални не мора. Пошиљалац поруке може, за сваку поруку, користити друге криптографске знаке, чиме обезбеђује сигурност трансакције, а математички се може доказати да је реч о истом пошиљаоцу поруке. Својеручни потпис је често аморфан, па га је тешко идентификовати док дигитални може да се мери, што ствара одређени ниво сигурности.³⁵

Поред електронског потписа постоји и „квалификовани“ електронски потпис, то је такав е-потпис који поуздано гарантује идентитет потписника, интегритет електронских докумената и онемогућава накнадно порицање њиховог садржаја. Квалификовани електронски потпис мора испуњавати одређене услове (већина међународних и националних прописа, који уређују област електронских потписа, предвиђа исте или врло сличне услове). Потребно је да квалификовани електронски потпис буде, на јединствени начин, повезан са потписником, да је у стању да идентификује потписника, да је настао на начин који потписник у потпуности контролише и да је повезан са електронским порукама на које се односи тако да је свака каснија измена података јасно уочљива.³⁶

4. Цертификати, сертификациона тела

Електронски потписи који се базирају на „криптографији јавног кључа“ и „криптографији двостраних кључева“ познати су као дигитал-

32 Потписи могу бити дати у различитој веродостојној форми, поред својеручног потписа то може бити штампил (печат), факсимил или перфоорација или електронски потпис.

33 Опширније о дигиталним потписима, њиховом значењу, криптографским методама којима се утврђује њихова исправност, поступку примене „јавних“ и „тајних“ кључева видети код Ј. Вилус, *нав. дело*, стр. 76–80.

34 Лозинка, *password*, *PIN*, отисак прста, својеручни потпис, одређени кључ, одређени симбол имплементиран у *hardware*.

35 Patrick Brown, „Digital Signature: Are they Legal for Electronic Commerce?“, *IEEEC Communications Magazin*, September, 1994, стр. 781.

36 Ову дефиницију квалификованог е-потписа као и услове које потпис мора испуњавати да би се сматрао квалификованим садрже и Модел закон *UNCITRAL*-а као и Директива ЕУ о електронском потпису.

ни потписи. Они се служе алгоритмом који користи два математички различита кључа („приватни“ кључ, познат је само потписнику и држи се у тајности, док се „јавни“ кључ ставља на увид јавности). „Јавни“ и „приватни“ кључ су међусобно повезани. Без обзира на њихову везу није могуће открити „приватни“ кључ на основу познавања „јавног“. „Упареност“ кључева представља истоветност математичких бројева, али да би се повезало одређено лице или ентитет са „упареним кључевима“, потребан је поуздан механизам. Ово „повезивање“ се остварује коришћењем треће стране – сертификационог тела. Сертификациона тела играју значајну улогу у прихватању и правном признању дигиталних потписа. Правни основ за њихово дејствовање се налази најчешће у националном законодавству. Да би се „упарени“ (јавни и приватни) кључеви повезали са претпостављеним потписником, сертификационо тело издаје сертификат, који представља електронски запис са листом „јавних“ кључева. Ова е-исправа потврђује да је претпостављени потписник идентификован у сертификату као лице које одговара издаваоцу „приватног“ кључа. Сертификат потписује лице овлашћено у име сертификационог тела. Е-сертификат је, дакле, електронска потврда којом се потврђује веза између података за проверу електронског потписа и идентитета потписника. Постоји аналогно и квалификовани е-сертификат.³⁷

Сертификате издају овлашћена сертификациона тела. Сертификати садрже информације о идентитету потписника и сертификационом телу које га издаје, „јавни“ кључ потписника, датум истека сертификата, као и ограничење одговорности (сертификационог тела).

Национални прописи детаљније утврђују критеријуме за обављање делатности сертификационих тела преко издавања лиценци или државних одобрења. Сертификациона тела имају веома значајну улогу за развој и сигурност електронске трговине и пословања.

V Коришћење, развој и правно уређење е-пословања у Републици Србији

Када говоримо о перформансама е-пословања у Републици Србији највећи обим е-трговине обавља се на „отвореној мрежи“ односно посредством *Internet*-а.³⁸ Комуникација се обавља између физичких лица

37 Дубравка Стојановић, „Нормативно уређење области е-потписа“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2005, стр. 479–480.

38 Према извештају Статистичког завода преко милион грађана куповало је робу и плаћало услуге путем *Internet*-а у 2013. години. Број *on line* купаца у Србији био је већи него корисника е-трговине у Италији, Грчкој, Румунији и Бугарској (подаци објављени у дневном листу „Политика“, 25. IX 2013).

– наручиоца односно купаца, са једне стране, и продавца, обично привредног субјекта који има свој продајни портал и кога, у трговинском послу, „представља“ рачунарски систем („електронски агент“). Послови које обавља рачунар су типизирани и аутоматизовани. Електронским путем се, углавном, обавља наручивање различите робе и услуга.³⁹ Испорука електронским средствима се обавља нешто ређе (будући да то зависи и од природе робе односно услуге).

До увођења *PayPal* система,⁴⁰ плаћање се реализовало углавном „класичним“ начинима (поузећем, платним картицама, уплатом на рачун). Коришћење *PayPal* система за *on line* плаћања, који је од скоро уведен у Србији,⁴¹ омогућава потенцијалним српским купцима да купују у „*e-Bay*“-у, највећој светској виртуелној продавници (што не значи, аутоматски, и могућност да српски продавци (одмах) ту продају своје производе). У сваком случају уз *PayPal* систем плаћања е-трговина ће бити бржа, поузданија и безбеднија. *PayPal* представља посреднички *site* који омогућава кориснику отварање рачуна на *Internet*-у, на који се може пребацити новац и касније плаћати у *web-shop*-овима.⁴² „Посредник“ у плаћању (*PayPal*) „скида“ новац са картице корисника и прослеђује га продавцу, обезбеђујући тако већи степен заштите корисника, брзину и ефикасност у плаћању.

За прилично кратко време колико *PayPal* функционише у Србији уочени су извесни негативни аспекти дејства постојећих правних правила повезаних са оваквим начином пословања. Ради се, конкретно о царинским дажбинама и опорезивању које српски прописи предвиђају.⁴³ Због релативно високих износа царина и пореза, које одвраћају заинтересоване купце од електронског начина куповине, било би потребно да се постојећи прописи допуне за потребе електронског пословања, као и да извесне одредбе буду флексибилније и „толерантније“, како би се по-

39 Нуде се различите врсте роба од гардеробе, обуће, књига, намештаја, техничке робе до туристичких аранжмана, авио карата.

40 *PayPal* је сервис за плаћање на *Internet*-у који повезује купце и продавце. Он представља поуздан „центар“ за плаћање. Отварањем налога на *PayPal*-у може се куповати на свим *site*-овима који су повезани у *PayPal* сервис. Некада и трговци (продавци) имају рачун код *PayPal*-а (на који примају уплате), те тако систем пружа заштиту истовремено и купцима и продавцима.

41 После почетних недомумица, које су се односиле на девизно пословање и платни промет у нашој земљи, компанија *PayPal*, чији је власник „*e-Bay*“ започела је, априла месеца 2013. године, пословање у Србији.

42 Корисник, отварајући налог, уноси податке о својој платној картици, за потоње коришћење користе се подаци из налога (без даљег уношења података из картице).

43 У складу са нашим актуелним прописима на све пошиљке из иностранства, наручене од правних лица, плаћа се ПДВ, а на оне скупље од 50 евра и царина.

спешио даљи развој е-трговине. Поред церинских и пореских прописа и одредбе прописа о заштити потрошача треба прилагодити потребама е-трговине.

Када се говори о правним прописима који уређују основна и суштинска питања из области е-трговине у Србији, већ је поменуто да је Србија донела законе о е-трговини и е-потписима. Ови прописи су, у својим главним решењима, практично идентични основним одредбама UNCITRAL-ових модел закона и европских директива о е-трговини и е-потпису.

Ivanka SPASIĆ, PhD

Professor at Faculty of Law, University “Business Academy”, Novi Sad

LEGAL ASPECTS OF ELECTRONIC COMMERCE

Summary

Electronic commerce represents realization of commercial affairs by electronic means. Electronic media can be used both to conclude contracts and to execute them and also for payment. Use of electronic webs, in any of their existing forms (electronic data interchange – EDI, e-mails or on-line commercial activities on global web – Internet), is of big importance for commerce. Use of very sophisticated systems, like EDI or Internet, cannot function in practice without adequate legal frame, so it was necessary to regulate at least the basic questions of this way of making business. International organisations, such as UNCITRAL, ICC, CMI and EU, all made a big contribution to legal regulation of e-commerce and its institutes; they also made a strong influence to the national legal regulations as well.

This article analyses the basic concepts of e-business and e-commerce, the way of realizing commercial transactions by using the electronic webs and their specialties, the most important questions concerning stipulating contracts (meaning of “data message” and contracting parties, exact moment of sending and receiving the message, moment and place of electronically concluded contract) and the questions of safety of e-transactions (e-signature and qualified e-signature, and the questions of certification). Article also analyses existing rules and legal frames regulating e-commerce.

Key words: *e-commerce, “data message”, e-signature, UNCITRAL Model law on e-commerce, UNCITRAL Model Law on e-signature.*

Драган ВУЈИСИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

Борко МИХАЈЛОВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ГЕНЕТСКИ МОДИФИКОВАНА ХРАНА – ПРАВО ПОТРОШАЧА НА ИЗБОР И ОБАВЕШТЕНОСТ

Резиме

У праву Републике Србије ишћање означавања генетски модификоване хране регулисано је само једном одредбом Закона о безбедности хране, оставивши ипак ошвореним бројна ишћања, која су, пре свега, у праву ЕУ веома дејствено регулисана. Посебну важњу овом ишћању посвећује и право САД, усвајајући, ипак, ишћуно друшћачији режим означавања генетски модификоване хране од европској законодавца. Ауштори у раду размашћрају наведене разлике у ишћеду означавања генетски модификоване хране у праву ЕУ и праву САД, а указују и на ишћојећу иправну регулишћиву Републике Србије у ишћеду генетски модификоване хране, са ишћлоом усвајања нових решења, која би била у складу са насћојањима наше земље да ишћане члан ЕУ и Свешћке шћршовинске орћанизације.

Кључне речи: ишћрошач, генетски модификована храна, означавање, избор, обавешћеност.

І Увод

Производња, промет и означавање хране која садржи генетски модификоване организме (у даљем тексту: ГМО) тема је која се нала-

зи на раскршћу различитих наука, а у савременим условима постаје све актуелнија, с обзиром на све раширеније присуство хране која садржи ГМО. Развој генетски модификоване хране (у даљем тексту: ГМ храна) одувек је био праћен расправама између њених присталица и противника. Присталице истичу да генетски модификоване биљке доносе значајне користи, као што је смањена употреба пестицида, повећан садржај витамина и повећан принос, као и то да ГМ храна има потенцијал да ствара још веће приносе у будућности. Противници истичу да употреба такве технологије садржи значајне ризике, као што су генетски поремећаји, производња нових алергена и токсина, као и пренос генетски модификованих протеина у људске ћелије.¹

Наведене разлике у ставовима између присталица и противника ГМ хране довеле су и до значајних разлика у правном регулисању производње, промета и означавања ГМ хране у различитим деловима света. Такве разлике највише долазе до изражаја у дијаметрално супротном приступу овом проблему од стране законодаваца у САД и ЕУ. Став ЕУ по питању ГМ хране најбоље показује чињеница да је ЕУ, најпре, покушала да у потпуности забрани производњу, развој и увоз ГМ хране. Међутим, САД, Канада и Аргентина успешно су оспориле овај покушај пред Светском трговинском организацијом (у даљем тексту: СТО). СТО је донела одлуку којом је утврдила да забрана производње и увоза ГМ хране од стране ЕУ крши Споразум о примени санитарних и фитосанитарних мера.² Тако забрана производње и увоза овакве хране не представља изводљиво решење за било коју земљу која је чланица СТО, али и за земље које претендују да то постану, попут Србије. Међутим, то не значи да производња и увоз не могу бити ограничени различитим мерама и условима прописаним од стране сваке појединачне државе. Није дозвољено само прописивање потпуне забране производње и увоза ГМ хране. Такву могућност искористила је и ЕУ, која је развила поступак стриктног одобрења за производњу и промет ГМ хране, у комбинацији са режимом означавања, чинећи овај систем најкомпликованијим и најстрожим на свету. Оваква политика ЕУ проширила се и на друге земље, укључујући Аустралију, Нови Зеланд, Јапан, Индонезију и Јужну Кореју, које тренутно захтевају неки од облика означавања ГМ хране. То је, такође, довело до отпора према узгајању ГМ хране у Африци, с обзиром на бојазан да би то могло да угрози афрички извоз хране у ЕУ.³

1 Valery Federici, „Genetically Modified Food and Informed Consumer Choice: Comparing U.S. and E.U. Labeling Laws“, *Brooklyn Journal of International Law*, бр. 35/2010, стр. 515–516.

2 World Trade Organization, Dispute Settlement: Dispute DS291 European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, доступно на адреси: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds291_e.htm, 30.3.2014.

3 Peter Mitchell, „Europe Angers US with Strict GM Labeling“, *Nature Biotechnology*, бр. 21/2003, стр. 6.

Док се на глобалном нивоу води битка око тога треба ли забранити производњу и промет ГМ хране, правна теорија истиче да су лаици, потрошачи искључени из ове дебате, иако последице коришћења ГМ хране управо њих директно погађају.⁴ Поред тога, одлука потрошача о томе да ли желе да користе ГМ храну дубоко у себи садржи и религијска, морална и лична убеђења сваког појединца о томе шта жели да уноси у свој организам. Потрошачи очекују да информације које произвођачи користе на својим производима буду у складу са стварним садржајем хране коју продају, а јавност очекује да сваки састојак или поступак који је примењен у производњи хране, а који је од суштинског значаја за одлуку потрошача о куповини производа, буде истакнут на производу. Међутим, америчко и европско право дају потпуно различит одговор на питање да ли је генетска модификација хране од суштинског значаја за одлуку потрошача да купи и конзумира храну. Док је у праву ЕУ доминантан став да потрошач има право да зна да ли је храна коју конзумира генетски модификована или не, у америчком праву је заступљено схватање да такво право потрошача није довољан разлог за увођење обавезног означавања. Став америчке Управе за храну и лекове је да, с обзиром да генетски модификована технологија нема за резултат крајњи производ који је суштински другачији од сличних производа произведених уобичајеним пољопривредним методама, није неопходно означити храну као генетски модификовану, као ни чињеницу да је храна произведена коришћењем биотехнологије.⁵

II Правни режим означавања генетски модификоване хране у САД

Законодавство САД које уређује означавање ГМ хране доста је флексибилније од европског. У литератури се наводе три разлога која су довела до оваквог става америчког законодавца према обележавању ГМ хране: непостојање негативног става потрошача према ГМ храни, економски разлози и различит регулаторни приступ америчког законодавца у односу на европског приликом правног регулисања овог питања.⁶

Позивање на позитивнији став америчких потрошача према храни која садржи ГМО, у односу на европске потрошаче, као један од разлога за непостојање обавезе означавања ГМ хране у САД је, у најмању

4 V. Federici, *нав. чланак*, стр. 530.

5 U.S. Food and Drug Administration, *Guidance for Industry: Voluntary Labeling Indicating Whether Foods Have or Have Not Been Developed Using Bioengineering; Draft Guidance*, доступно на адреси: <http://www.fda.gov/food/guidanceregulation/guidancedocumentsregulatoryinformation/labelingnutrition/ucm059098.htm>, 2.4.2014.

6 V. Federici, *нав. чланак*, стр. 533–534.

руку, спорно. Са једне стране, истраживања показују да чак 68% америчких потрошача сматра да конзумира високо квалитетну храну.⁷ Иста истраживања показују да је већина америчких потрошача (53%) неутрална према производима биотехнологије, док 31% подржава ГМ храну, а 16% је против ње.⁸ Поред тога, став потрошача је генерално позитивнији када су информисани о потенцијалним користима од биотехнологије. Међутим, друга истраживања показују да само 25% америчких потрошача сматра да је икада конзумирало ГМ храну, иако је оправдано рећи да већина Американаца редовно конзумира ГМ храну. Додатно, чак 94% америчких потрошача жели да ГМ храна буде означена.⁹ Према томе, истраживања јавног мњења о ставу америчких потрошача према ГМ храни и њеном означавању су контрадикторна. Иако већина америчких потрошача сматра да конзумира високо квалитетну храну, чињеница је да већина потрошача није уопште информисана о томе да храна коју конзумирају веома често садржи ГМО.

Можда и најзначајнији разлог који је довео до флексибилног режима правног регулисања означавања ГМ хране је чињеница да су САД земља која производи највише генетски модификованих производа на свету. То је довело до постојања снажног фармерског лобија у САД који генерално подржава ГМ храну, као и до стварања развијене биотехнолошке индустрије, која је инвестирала велике суме новца у развој нових метода стварања хране. Такође, то је довело и до тога да групе које су против ГМ хране нису биле у могућности да развију кампању против ње, за разлику од Европе, у којој је кампања против ГМ хране веома снажна.

Када је реч о различитом регулаторном приступу америчког и европског законодавца, ово питање се може посматрати са два аспекта – са аспекта усвајања принципа процене ризика у САД, за разлику од принципа предострожности, којег се држи европски законодавац, као и са аспекта фокусирања на завршни производ у америчком праву, на супрот фокусирању не само на завршни производ, већ и на поступак у коме је он произведен у праву ЕУ.¹⁰

Европски законодавац се води принципом предострожности, док амерички законодавац користи анализу у којој се упоређују ризи-

7 International Food Information Council, 2008 Food Biotechnology: A Study of U.S. Consumer Attitudinal Trends, доступно на адреси: http://www.foodinsight.org/Resources/Detail.aspx?topic=Food_Biotechnology_A_Study_of_U_S_Consumer_Attitudinal_Trends_2008_REPORT, 25.3.2014.

8 *Ibid.*

9 Pew Initiative on Food and Biotechnology, Public Sentiment about Genetically Modified Food, November Update (2005), доступно на адреси: http://www.pewtrusts.org/news_room_detail.aspx?id=32804, 25.3.2014.

10 V. Federici, *нав. чланак*, стр. 534.

ци који постоје у вези са производом са користима које он доноси.¹¹ Постоје различити облици принципа предострожности, али у основи је идеја да законодавац увек мора бити на страни опреза, чак и када не постоји очигледан ризик. Законодавац би требало да се посвети искључиво смањивању ризика; потенцијалне користи су, према томе, потпуно искључене из анализе. На другој страни, амерички регулаторни приступ користи анализу у којој се упоређују ризици са користима, у којој се вагају потенцијалне погодности нове технологије са разумно предвидивим ризицима по људско здравље и животну средину.¹² У таквом мерењу различитих друштвених интереса у случају ГМ хране, према америчком становишту, потенцијалне користи ГМ хране су однеле превагу.

Друга суштинска разлика између регулаторног приступа америчког и европског законодавца је та да је законодавац у САД фокусиран на крајњи производ створен новом технологијом, док је европски законодавац фокусиран на производ, али и на поступак у коме је производ произведен. У САД преовладава схватање да по питању регулативе сигурности хране, предмет истраживања треба да буду карактеристике самог производа, уместо чињенице који методи су коришћени у његовој производњи. Другим речима, у САД важе иста правила за контролу сигурности хране и њено означавање без обзира да ли је храна произведена коришћењем биотехнолошких или традиционалних метода. Тако је америчка Управа за храну и лекове изнела став да „не постоји основа за закључак да се ГМ храна разликује од било које друге хране на значајан начин или да таква храна представља већу опасност од хране произведене на традиционалан начин“.¹³ Додатно, Управа за храну и лекове сматра да „означавање ГМ хране треба да буде обавезно само ако се покаже да се та храна значајно разликује по саставу од хране произведене уобичајеним методама, и то на начин који може довести до ризика по потрошаче, као нпр. кроз присуство алергена, промењен ниво главног састојка хране, повећан ниво токсина, или промене у начину чувања или припреме хране“.¹⁴

Због наведених разлога, у САД тренутно не постоји федерално законодавство које захтева обавезно означавање ГМ хране. Усвајање

11 European University Institute, *Ships Passing in the Night: Changing politics of Risk Regulation in Europe and the United States*, доступно на адреси: http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/01_16.pdf, 28.3.2014.

12 *Ibid.*

13 U.S. Food and Drug Administration, *Guidance for Industry: Voluntary Labeling Indicating Whether Foods Have or Have Not Been Developed Using Bioengineering; Draft Guidance*.

14 *Ibid.*

такве регулативе је више пута предлагано у америчком Конгресу, почев од 1999. године, али без успеха. Упркос непостојању федералног законодавства, постоје неки облици обавезног означавања у 9 америчких држава, док се у неким другим државама води дебата о овом питању. Примера ради, Аљаска захтева обавезно означавање генетски модификоване рибе.¹⁵

Као што је већ речено, у САД не постоји посебна регулатива о означавању ГМ хране, па се на означавање ове врсте хране примењују општи прописи о означавању хране, тј. Федерални Закон о храни и лековима.¹⁶ Овај закон садржи тзв. националну једнообразну клаузулу о означавању хране, којом се захтева да храна садржи ознаку која открива величину порције, присуство хемијских конзерванси и боја, податке о храни, као што су садржај калорија, холестерола, масти, шећера, протеина итд. (чл. 343–1). Према америчком Центру за сигурност хране, „основна сврха означавања хране је информисање и образовање потрошача, у циљу њиховог оспособљавања да изаберу храну која одговара њиховим потребама и тако побољшају своје здравље“.¹⁷

Центар за сигурност хране 2001. године објавио је водич, под насловом „Добровољно означавање које указује на то да ли је храна развијена коришћењем биоинжењеринга“. Водич детаљно објашњава шта мора бити означено на ГМ храни, као и које означавање је добровољно. Као што се види из наслова, водич подстиче добровољно означавање присуства ГМО у храни, али не захтева да произвођачи означавају храну као „генетски модификовану“. Такође, Управа за храну и лекове поновила је у водичу да су производи биотехнологије предмет обавезног означавања под истим условима као и храна произведена традиционалним методама, а у складу са Законом о храни, лековима и козметици. Управа за храну и лекове протумачила је одредбе овог закона на следећи начин: ако је ГМ храна суштински другачија од хране произведене на традиционални начин, и то у тој мери да назив хране више не описује на адекватан начин нову храну, назив мора бити промењен, како би наведена разлика могла бити уочена; ако постоји потенцијални проблем или ризик у вези са храном или неким од њених састојака у погледу њеног начина коришћења или последица употребе, обавештење о томе мора бити видљиво на амбалажи, како би се указало на наведени проблем или ризик; ако ГМ храна има значајно другачију хранљиву вредност, ознака мора показати ту разлику; ако нова храна садржи неки

15 V. Federici, *нав. чланак*, стр. 536.

16 United States Code Annotated, Title 21, Food and Drugs.

17 U.S. Food and Drug Administration, *Guidance for Industry: Voluntary Labeling Indicating Whether Foods Have or Have Not Been Developed Using Bioengineering; Draft Guidance*.

алерген који потрошачи не очекују с обзиром на храну о којој се ради, присуство алергена мора бити откривено на ознаци.¹⁸ Тако, на пример, док ознака не мора изричито да садржи исказ „овај парадајз је генетски модификован тако да садржи ген бразилског ораха“, она мора рећи нешто о његовом ефекту, на пример „овај парадајз садржи протеине који могу изазвати алергијску реакцију код људи алергичних на бразилски орах“.

Крајњи ефекат овакве регулативе је тај да амерички произвођачи нису обавезни да означавају своје производе као генетски модификоване, али су слободни да означавају своје производе као оне који нису генетски модификовани, под условом да такво означавање није обмањујуће. Додатно, потрошачи који желе да избегну ГМ храну могу ограничити своју куповину само на храну која носи ознаку „органска храна“. То је уједно и једини сигуран начин за избегавање ГМ хране у САД. Према томе, амерички потрошачи не уживају право на избор – они не могу претпоставити да храна која не носи ознаку није ГМ храна, нити могу у потпуности разумети значење ознака са којима се сусрећу.

III Правни режим означавања генетски модификоване хране у ЕУ

Правна регулатива означавања ГМ хране у ЕУ знатно је строжија од такве регулативе у САД. Два разлога се могу издвојити као кључна за усвајање такве регулативе у ЕУ. Истовремено, ти разлози представљају и већ поменуте највеће разлике између америчког и европског приступа ГМ храни уопште. Ти разлози су снажно неповерење потрошача у ЕУ према ГМ храни и усвајање принципа предострожности европског законодавца, уз фокусирање не само на завршни производ, већ и на поступак у коме је он произведен.

Снажно неповерење потрошача у Европи према ГМ храни последица је општег неповерења према правној регулативи сигурности хране у ЕУ. Томе су допринели бројни скандали у овој области, међу којима је свакако најупечатљивија тзв. „болест лудих крава“ (*Bovine Spongiform Encephalopathy: BSE*) у Великој Британији. Европски потрошачи су тада били веома незадовољни закаснелом реакцијом европског законодавца да препозна опасност од *BSE*. Као резултат ових скандала и регулаторних пропуста, европски потрошачи постали су неповерљиви према свим новинама када је храна у питању и они не верују да су њихови национални и наднационални законодавци способни да обезбеде сигурност хране. Ово опште неповерење се, такође, односи и на ГМ храну: већина

18 *Ibid.*

Европљана не подржава ГМ храну, а то противљење је најизраженије у Француској, Италији, Грчкој, Данској, Аустрији и Луксембургу.¹⁹

Када је реч о другом разлогу усвајања строжије регулативе у ЕУ, европски законодавац се није одувек водио принципом фокусирања не само на завршни производ, већ и на поступак у коме је он произведен. Према старој регулативи, која је била део регулативе хране ЕУ из 1997. године, „ГМ храна је морала бити означена само ако је њен генетски модификован садржај могао бити откривен у финалном производу“.²⁰ Септембра 2003. године ЕУ је заменила стари сет прописа, оријентисан ка финалном производу, новом регулативом означавања ГМ хране која је усвојила приступ оријентисан и ка поступку производње хране. Основне прописе ЕУ о ГМ храни чине две уредбе: Уредба бр. 1829/2003 Европског парламента и Савета од 22. септембра 2003. о генетски модификованој храни и храни за животиње²¹ (у даљем тексту: Уредба о ГМ храни) и Уредба бр. 1830/2003 о следљивости и означавању генетски модификованих организама, те следљивости хране и хране за животиње произведене од генетски модификованих организама²² (у даљем тексту: Уредба о следљивости).

Циљеви нове регулативе су „заштита људског живота и здравља, здравља животиња и њиховог благостања, животне средине и интереса потрошача“, „обезбеђивање ефективног функционисања унутрашњег тржишта“, „прописивање одредаба о означавању ГМ хране“ и „оспособљавање потрошача да направи информисан избор и успостављање правичности у трансакцијама између трговаца и потрошача“.²³ Циљеви нису дати хијерархијски, с обзиром да ниједан од наведених циљева нема приоритет.

Уредба о ГМ храни садржи две врсте одредаба: одредбе којима је регулисан поступак одобравања и надзора ГМ хране (чл. 3–11) и одредбе којима је регулисано означавање ГМ хране (чл. 12–14). Уредбом о ГМ храни тако је уведен систем одобрења, праћен режимом обавезног

19 Eurobarometer 58.0: A report to the EC Directorate General for Research from the Project „Life Sciences in European Society“ (2002), доступно на адреси: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_177_en.pdf, 22.3.2014.

20 Emilie H. Liebovitch, „Food Safety Regulation in the European Union: Toward an Unavoidable Centralization of Regulatory Powers“, *Texas International Law Journal*, бр. 43/2007, стр. 429–432.

21 Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on genetically modified food and feed.

22 Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 concerning the traceability and labeling of genetically modified organisms and the traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms and amending Directive 2001/18/EC.

23 Види Преамбулу Уредбе о ГМ храни.

означавања ГМО хране, успостављајући најшири и најстрожи режим правног регулисања ГМ хране на свету.

Одредбе о одобравању и надзору примењују се на: ГМО за употребу као храна; храну која садржи ГМО или се од њих састоји; храну произведену од ГМО или која садржи састојке произведене из ГМО (чл. 3 ст. 1). Овако широк опсег примене указује на већ поменуто усвајање принципа предострожности, уз фокусирање не само на завршни производ, већ и на поступак производње. Наведена храна (храна која спада у домен примене одредаба о одобравању и надзору) не сме: имати неповољне последице на здравље људи, здравље животиња или на животну средину; потрошача доводити у заблуду; разликовати се од хране чијој замени је намењена у таквој мери да би њена уобичајена потрошња била нутритивно неповољна за потрошача (чл. 4 ст. 1). Уредба о ГМ храни, такође, прописује забрану стављања на тржиште ГМО за употребу као храна или храну која спада у домен примене одредаба о одобравању и надзору, осим ако нису обухваћени одобрењем издатим у складу са Уредбом о ГМ храни и ако су испуњени одговарајући услови за одобрење. Уредба о ГМ храни потом веома детаљно уређује поступак одобрења стављања у промет ГМ хране.²⁴

Други део Уредбе о ГМ храни садржи одредбе о означавању ГМ хране. Овај део Уредбе о ГМ храни примењује се на храну која се као таква доставља крајњем потрошачу или добављачима на велико у ЕУ која: садржи ГМО или се од њих састоји, или је произведена од ГМО или садржи од њих произведене састојке (чл. 12 ст. 1). Уредбом о ГМ храни прописани су и изузеци од обавезе означавања који се односе на храну која садржи супстанце које садрже ГМО или се од њих састоје или су од њих произведене, у односу који не прелази 0,9% за састојке хране појединачно или за храну која се састоји од једног састојка, под условом да је присутност случајна или технички неизбежна (чл. 12 ст. 2). Уредба о ГМ храни дели храну у три врсте: запакована храна са пописом састојака, запакована храна без пописа састојака и незапакована храна или храна која је запакована у веома малом паковању. За сваку врсту Уредба о ГМ храни детаљно уређује облик, место и садржај ознаке. Запакована храна са пописом састојака мора на попису састојака садржати речи „генетски модификован“ или „произведен од генетски модификованог (назив састојка)“. Када не постоји попис састојака, речи „генетски модификован“ или „произведен од генетски модификованог (назив организма)“ морају бити јасно наведени на ознаци. Ако се храна нуди потрошачу као незапакована храна или као храна која је запакована у веома малом паковању, информације о ГМО морају бити трајно и

24 Види Уредбу о ГМ храни, чл. 5–11.

видљиво истакнуте или на храни или одмах уз њу или на паковању, словима која су довољно велика да се лако уоче и читају (чл. 13 ст. 1). Осим захтева за означавањем на ознаци, такође, морају бити наведене све карактеристике или својства, која су наведена у одобрењу, у следећим случајевима: ако се храна разликује од сличне конвекционалне хране у погледу састава, хранљиве вредности или нутритивних учинака, намене коришћења хране, последица по здравље одређених делова популације; ако храна може узроковати етичке или верске дилеме (чл. 13 ст. 2).

Уредбом о следљивости усвојен је тзв. принцип следљивости производа који се састоје од ГМО, а један од циљева увођења овог принципа је и олакшавање тачног означавања (чл. 1). Следљивост подразумева способност праћења ГМО и производа произведених од ГМО у свим фазама њиховог стављања на тржиште кроз производни и дистрибуцијски ланац (чл. 3 ст. 3). Следљивост омогућава да ГМО и њихови производи буду праћени током целог производног ланца. Овај систем је заснован на преносу информација у којем учествују сви учесници у производњи и промету. У првој фази стављања на тржиште производа који се састоје од ГМО или их садрже, укључујући производе у расутом стању, субјекти²⁵ осигуравају да се у писаном облику субјекту који прима производ доставе следеће информације: да производ садржи ГМО или се од њих састоји; јединствена идентификацијска ознака додељена тим ГМО, у складу са одредбама Уредбе о следљивости. У свим даљим фазама стављања на тржиште таквог производа субјекти морају да осигурају да информација о ГМО буде достављена у писаном облику субјектима који примају производе (чл. 4А ст. 1–2).

Поред обавезе обавештавања субјеката који примају производе, Уредбом о следљивости прописано је и обавезно означавање производа који се састоје од ГМО или их садрже, при чему је, по узору на Уредбу о ГМ храни, поново направљена разлика између запакованих и незапованих производа. Запаковани производи који се састоје од ГМО или их садрже морају бити означени речима „Овај производ садржи ГМО“ или „Овај производ садржи генетски модификовани (назив организма)“. Незаповани производи понуђени крајњем потрошачу морају садржати речи „Овај производ садржи ГМО“ или „Овај производ садржи генетски модификовани (назив организма)“, и то на самом производу или непосредно уз изложени производ (чл. 4Б ст. 6). На овај начин примена принципа следљивости осигурава да ће и ознака на производу који је

25 Субјект је физичко или правно лице које производ ставља на тржиште или које прима производ који је стављен на тржиште у ЕУ, било од државе чланице или треће земље, у било којој фази производног и дистрибуцијског ланца, али не укључује крајњег потрошача (Уредба о следљивости, чл. 3 ст. 5).

намењен крајњим потрошачима бити веродостојна и смањује могућност манипулација у вези са присуством ГМО у храни.

ЕУ није једина која захтева означавање; многе друге земље чине то исто у неком облику. Канада и Аргентина (велики произвођачи ГМ хране) дозвољавају добровољно означавање, као и САД. Аустралија и Нови Зеланд захтевају да генетски модификован садржај који чини више од 1% укупне тежине производа буде обележен, истовремено прописујући изузетке за биљна уља, додатке (адитиве) храни и помоћна средства (као што су ензими коришћени у производњи сира). Јапан, такође, захтева обележавање, али тек ако генетски модификовани састојци прелазе 5% од укупне тежине производа. Јужна Кореја и Индонезија прописују границу од 3%.²⁶

Сложеност и домен примене тренутног законодавства ЕУ о означавању ГМ хране чине га најстрожим на свету. У правној литератури постоје схватања да је последица оваквог режима означавања, у комбинацији са стриктним поступком одобрења за увођење ГМ хране на тржиште ЕУ одржавање *de facto* мораторијума на увоз и узгајање ГМО хране.²⁷ Сматра се да произвођачи и продавци не желе да ризикују бојкот потрошача или казне због неозначавања, тако да ГМ храна практично није доступна у ЕУ у већој мери.

IV Правно регулисање генетски модификоване хране у праву Републике Србије

Правни режим производње, стављања у промет и означавања ГМ хране у праву Републике Србије регулисан је Законом о безбедности хране²⁸ и Законом о генетички модификованим организмима.²⁹

ЗГМО су првенствено регулисани поступак за издавање одобрења за употребу у затвореним системима и за намерно увођење у животну средину ГМО и производа од ГМО, као и услови за употребу у затвореним системима и за намерно увођење у животну средину ГМО. Међутим, поред тога, овим законом је регулисано и питање стављања у промет

26 Agricultural Issues Center University of California and Department of Agricultural and Resource Economics University of California, Davis, International Approaches to Labeling Genetically Modified Foods, доступно на адреси: http://www.agmrc.org/media/cms/cartergruere_929BEB69BA4EE.pdf, 1.4.2014.

27 V. Federici, *нав. чланак*, стр. 545–546.

28 Закон о безбедности хране (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009; даље у фуснотама и у тексту: ЗБХ).

29 Закон о генетички модификованим организмима (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009; даље у фуснотама и у тексту: ЗГМО).

производа од ГМО. Тако је ЗГМО изричито прописано да ниједан модификован живи организам као ни производ од ГМО не може да се стави у промет, односно гаји у комерцијалне сврхе на територији Републике Србије (ЗГМО, чл. 2). При том, прописана су два изузетка. Генетички модификованим организмом не сматра се: пољопривредни производ биљног порекла који количински садржи до 0,9% примеса ГМО и примеса пореклом од ГМО, као ни семенски и репродуктивни материјал уколико количински садрже до 0,1% примеса ГМО и примеса пореклом од ГМО (ЗГМО, чл. 3).

Посебне одредбе којима је регулисана ГМ храна садржи и ЗБХ. Овим законом, најпре, је регулисан појам ГМ хране, и то на потпуно исти начин на који је тај појам дефинисан Уредбом о ГМ храни. ГМ храна је: ГМО који се користе као храна и храна за животиње; храна и храна за животиње која садржи или се састоји од ГМО; храна и храна за животиње произведена или која садржи састојке произведене од ГМО (ЗБХ, чл. 60 ст. 1). Потом је, имплементирајући у наше право релевантну одредбу Уредбе о ГМ храни, прописано да ГМ храна не сме да има штетан утицај на здравље људи, здравље животиња или животну средину; ствара заблуду код потрошача; се разликује од хране и хране за животиње, односно састојака хране и хране за животиње коју би по својој намени требало да замени, у мери која доводи у питање њену прехрамбену вредност (ЗБХ, чл. 60 ст. 2).

ЗБХ је, такође, регулисано и стављање у промет ГМ хране. Овим законом је одређено да министар надлежан за послове пољопривреде (у даљем тексту: министар) ближе прописује услове стављања у промет ГМ хране (ЗБХ чл. 60 ст. 3). Потом је предвиђено да је за прво стављање у промет ГМ хране потребна дозвола, коју издаје министар, а на основу претходно прибављеног мишљења Стручног савета за процену ризика у области безбедности хране, у складу са прописом који се односи на услове стављања у промет ГМ хране (ЗБХ чл. 61). ЗБХ је тако усвојен систем одобрења, по узору на Уредбу о ГМ храни (ЗГМО прописана је изричита забрана стављања у промет производа од ГМО).

ЗБХ је предвиђен и принцип следљивости, а по узору на Уредбу о следљивости. Тако је регулисано да је при стављању у промет ГМ хране, укључујући и количине у расутом стању, субјект у пословању таквом храном дужан да субјекту који прима ту храну, у писаном облику, достави податак да је храна коју прима ГМ храна, као и податке о јединственој идентификацијској ознаци, у складу са међународним стандардом (ЗБХ чл. 63 ст. 1).

Питање означавања ГМ хране у српском праву регулисано је само једном одредбом ЗБХ, оставивши тако отвореним бројна питања, која су, пре свега, у праву ЕУ веома детаљно регулисана. ЗБХ је тако прописано да ГМ храна која се ставља у промет мора на декларацији, поред општих захтева за означавање и декларисање, садржати и додатне податке о својим својствима, тј. о томе да је реч о ГМ храни (ЗБХ чл. 63 ст. 3). Додатно, прописано је да министар ближе прописује услове за означавање ГМ хране (ЗБХ чл. 63 ст. 4).

Према томе, постојећа позитивноправна регулатива ГМ хране не посвећује довољну пажњу питању означавања ГМ хране. Пре свега, законска регулатива би требало да буде допуњена одредбама које би детаљно регулисале питања облика, места и садржаја ознаке о постојању ГМО у храни, а по узору на решења усвојена у праву ЕУ. Поред тога, узимајући у обзир колико је за сваког потрошача значајно питање какву храну уноси у свој организам, у овој области би требало тежити правном режиму који би по потрошаче био најповољнији. Зато је пожељно усвајање режима свеобухватног означавања, тј. таквог режима који би од произвођача захтевао и тзв. позитивно и тзв. негативно означавање. Другим речима, сва храна би требало да садржи ознаку о томе да ли садржи ГМО или не. Такав режим свеобухватног означавања би у потпуности омогућио остваривање двају основних права потрошача – права на избор и право обавештеност.

Dragan VUJISIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac

Borko MIHAJLOVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law, University of Kragujevac

GENETICALLY MODIFIED FOOD – THE RIGHTS OF CONSUMERS TO CHOICE AND INFORMATION

Summary

To the problem of labeling of genetically modified food in Serbian law is dedicated just one provision of Law on Food Safety, leaving a gap with a plenty of unresolved issues, which are regulated, first of all, in EU Law in a very detailed manner. U.S. Law pays particular attention to this problem as

well, adopting, however, completely different approach of labeling of genetically modified food from the EU legislator. The authors in this paper consider said differences between EU Law and U.S. Law, and they speak as well about current legal regulation of genetically modified food in Serbia, and propose adopting of some new rules, that would be in accordance with striving of Serbia to become a member of EU and World Trade Organization.

Key words: *consumer, genetically modified food, labeling, choice, information.*

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

ШИРЕЊЕ ПОЈМА УГОВОРА О ОРГАНИЗОВАЊУ ПУТОВАЊА*

Резиме

Уговор о организовању путовања, као најзначајнији уговор у туризму, није једноставно дефинисати. Његове основне карактеристике нису универзално препознатљиве, јер међународни и национални извори не садрже униформна решења. Поређењем дефиниција овог уговора садржаних у Бриселској конвенцији, Директиви о пакет аранжманима и Предлогу нове директиве о пакет аранжманима, аутор уочава пројективан развој међународне регулативе, али и прилагођавање појма овог уговора новим околностима.

Уговор о организовању путовања је у српском праву паралелно уређен Законом о облиационим односима и Законом о заштити потрошача. Ова два закона садрже у основи различите дефиниције овог уговора, што је од великог практичног значаја, јер је питање да ли се Закон о облиационим односима уопште примењује на овај уговор након ступања на снагу Закона о заштити потрошача. У овом чланку, аутор анализира основне карактеристике уговора о организовању путовања, а након тога утврђује у којој мери српски пројекти индустрију такве теоријске концепције. На крају су дате препоруке за редефинисање појма овог уговора у позитивном правном пројектима.

* Рад је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспекти“ (2014).

Кључне речи: уговор о организовању путовања, пушовања, пушник, организовање пушовања, динамички пакети, пуришничка услуга, Директива о пакету аранжманима, Закон о заштити пушовача, Закон о облиационим односима.

I Увод

Уговор о организовању путовања је најзначајнији и најраспрострањенији туристички уговор. Појам овог уговора је првобитно био одређен Међународном конвенцијом о путничким уговорима (даље у тексту: Бриселска конвенција).¹ Двадесет година касније, Европска заједница је усвајањем Директиве о пакет путовањима, пакет одмора и пакет турама (даље у тексту: Директива о пакет аранжманима),² редефинисала овај појам. Између та два појма постоје бројне разлике у детаљима, али суштински посматрано, оне су засноване на истом концепту – комбинацији две или више туристичких услуга уз плаћање јединствене цене. Може се рећи да обе дефиниције имају у виду традиционалне пакет аранжмане, код којих путник одлази у туристичку агенцију и са њом закључује овај уговор, при чему је агенција унапред дефинисала комбинацију туристичких услуга коју нуди.

Развој нових технологија, а нарочито Интернета, је показао да постојеће традиционалне дефиниције уговора о организовању путовања не могу да покрију бројна туристичка путовања која су се у међувремену развила. То значи да путницима у све већем броју случајева није гарантована адекватна заштита. Због тога је Европска комисија недавно усвојила Предлог нове директиве о пакет аранжманима, а као једна од најзначајнијих новина је предвиђено проширење појма уговора о организовању путовања.³

1 International Convention on Travel Contracts (CCV) (даље у фуснотама: Бриселска конвенција), Brussels, 23.4.1970, чл. 1(2). Више о одредбама ове Конвенције види: Вјекослав Шмид, *Пушничка агенција и њени уовори с пушницима и даваоцима услуга*, Савремена администрација, Београд, 1977, стр. 167–171.

2 Council Directive of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours (даље у фуснотама: Директива о пакет аранжманима), *Official Journal of the EU*, L 158/59, 23.6.1990, чл. 2(1). Више о одредбама ове Директиве види: Момир Драгашевић, „Директива ЕЗ о организованом путовању, одмору и кружном путовању“, *Право и привреда*, бр. 5–8/1996, стр. 666–673; Момир Драгашевић, „Уговор о организовању путовања и заштита туристе као потрошача“, у: Миодраг Мишовић (приредио), *Og caveat emptor go caveat venditor*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009, стр. 211–227.

3 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004, Directive

За Србију, проучавање појма уговора о организовању путовања има посебан значај из најмање три разлога. Прво, имајући у виду да је уговор о организовању путовања паралелно уређен у два закона (Закону о облигационим односима⁴ и Закону о заштити потрошача⁵), правилно схватање појма овог уговора директно одређује домен примене Закона о заштити потрошача, а индиректно и Закона о облигационим односима.⁶ Друго, појам уговора о организовању путовања је у Закону о заштити потрошача писан под очигледним утицајем Директиве о пакет аранжманима. Међутим, упоређивањем ових појмова уочавају се значајне разлике, због којих се може констатовати да у овом домену српско право није у потпуности усклађено са правом Европске уније и да је у том погледу потребна даља хармонизација. Треће, потребно је установити у којој мери су решења Предлога нове директиве о пакет аранжманима примерена нашим околностима и да ли их у перспективи треба уважити и имплементирати у позитивноправне прописе.

2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC (даље у фуснотама: Предлог директиве), доступно на адреси: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/com_2013_512_en.pdf (13.2.2014), чл. 3(1–2).

- 4 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99 (даље у фуснотама: ЗОО), чл. 859–879.
- 5 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 73/2010 (даље у фуснотама: ЗЗП), чл. 93–110.
- 6 За коначну оцену домена примене ова два закона, релевантно је утврдити и појам путника, као и појам организатора путовања. Посматрано из угла путника (потрошача), Закон о облигационим односима нема самосталан домен примене, јер се у персоналном смислу односи на ужи круг лица. Више о појму путника код уговора о организовању путовања види: Вук Радовић, „Појам потрошача код уговора о организовању путовања“, у: Thierry Bourgoignie, Татјана Јованић (eds.), *Strengthening Consumer Protection in Serbia (Јачање заштите потрошача у Србији)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 124–139. Посматрано из угла друге уговорне стране (организатора путовања), Закон о облигационим односима има самосталан домен примене, јер се у персоналном смислу односи на шири круг лица. Он обухвата сваког организатора путовања, без обзира да ли је професионалац, док се Закон о заштити потрошача односи само на уговоре закључене између потрошача и организатора путовања који су трговци. Отуда се може рећи да се домен примене Закона о облигационим односима везује за уговоре о организовању путовања закључене са организаторима путовања који нису у исто време и трговци или јесу трговци, али тај посао не закључују у оквиру своје пословне делатности. Више о појму организатора путовања код уговора о организовању путовања види: Вук Радовић, „Разграничење организатора путовања и посредника код уговора о организовању путовања“, *Правни животи*, бр. 11/2013, стр. 159–169.

II Елементи појма уговора о организовању путовања

1. Комбинација две или више туристичких услуга

Уговор о организовању путовања представља комбинацију две или више врста туристичких услуга (тзв. скуп услуга) које организатор путовања пружа путнику. Правни извори уобичајено наводе три врсте туристичких услуга: превоз, смештај и друге туристичке услуге. Да би се скуп услуга квалификовао као пакет аранжман, као минимум је неопходно да се пруже две од три наведене врсте туристичких услуга (превоз и смештај; превоз и друга туристичка услуга; смештај и друга туристичка услуга).⁷ Пружање две туристичке услуге које спадају у исту врсту (на пример, две услуге превоза, две услуге смештаја или две друге туристичке услуге) не представља пакет аранжман.⁸

Према Закону о облигационим односима организатор путовања се обавезује да путнику прибави „скуп услуга које се састоје од превоза, боравка и других услуга које су са њима везане“.⁹ Строго језичко тумачење наводи на закључак да је за пакет аранжман неопходно да организатор пружа најмање три туристичке услуге, од којих се једна мора састојати од превоза, друга боравка, а трећу представља нека друга туристичка услуга.¹⁰ На овај начин би поље примене Закона о облигационим односима било значајно сужено.¹¹ Међутим, теорија не прихвата овакво тумачење, већ заговара да се у складу са упоредним правом и у српском праву скуп услуга тумачи као најмање две туристичке услуге.¹² Овај недостатак исправља Закон о заштити потрошача, према коме је

7 Упореди са: Момир Драгашевић, „Организовано путовање у праву Европске уније“, *Правни животи*, бр. 5–6/2000, стр. 163.

8 Према неким ранијим ауторима, за пакет аранжман је довољна комбинација две услуге, без обзира да ли су исте природе. Нав. према: Вјекослав Шмид, у: Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима – 2*, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 378.

9 ЗОО, чл. 859.

10 Слично: Момир Драгашевић у: Слободан Перовић (главни редактор), *Коментар Закона о облигационим односима – II књига*, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 1415.

11 В. Шмид, у: Б. Благојевић, В. Круљ (ред.), *нав. дело*, стр. 379.

12 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 13. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 203. Професор Шмид сматра да би се овај недостатак отклонио благом редакцијом ове одредбе закона, и то тако што би стајало „скуп услуга које се састоје од превоза, боравка или других услуга...“. В. Шмид, у: Б. Благојевић, В. Круљ (ред.), *нав. дело*, стр. 379. Супротно види: Јанко Веселиновић, Светлана Игњатовић, „Уговор о организовању путовања у српском праву“, *Право – теорија и пракса*, бр. 1–3/2013, стр. 87.

пакет аранжман „комбинација две или више туристичких услуга“.¹³ Мана овог закона је у томе што нигде није написано да пакет аранжман обухвата две или више *врста* туристичких услуга, већ је довољно да се пружи две туристичке услуге. Према томе, језички посматрано уговор о организовању путовања ће бити уговор који обухвата и две услуге превоза, две услуге смештаја или две друге туристичке услуге. Овакво тумачење не треба прихватити, без обзира што оно произлази из дефиниције пакет аранжмана. Уместо тога се треба заложити за циљно тумачење, према коме организовање путовања подразумева скуп најмање две врсте туристичких услуга.

Закон о заштити потрошача је увео и један значајан изузетак од приказаног правила. Наиме, пакет аранжман обухвата и „вишедневни боравак који укључује само услугу смештаја у одређеним терминима или одређеном трајању“.¹⁴ На овај начин је закон одступио од логике уговора о организовању путовања, као комбинације две или више врста туристичких услуга. Услуга смештаја је на овај начин добила примат у односу на друге туристичке услуге, јер је она сама довољна за постојање пакет аранжмана. Услов који мора да се испуни је да је она уговорена у одређеним терминима (на пример, 1.4.2014. и 3.4.2014. године) или у одређеном трајању (на пример, од 1.4.2014. до 3.4.2014. године). Приказано проширење домена примене уговора о организовању путовања је непримерено и *pro futuro* га треба избацити.

Све туристичке услуге се могу поделити у два категорије: основне и споредне.

- 1) Основне (именоване) туристичке услуге су оне туристичке услуге које су поименце набројане у правним изворима, и за које се не захтева испуњење никаквог додатног услова да би се сматрале туристичким услугама за сврхе постојања пакет аранжмана. Заправо, реч је о најзначајнијим услугама које се традиционално везују за уговор о организовању путовања.¹⁵ У основне туристичке услуге спадају: превоз и смештај.
- 2) Споредне (неименоване) туристичке услуге нису именоване у правним изворима, већ се подводе под општи појам других туристичких услуга. Оне представљају резидуалну категорију, јер

13 ЗЗП, чл. 5(1)(29).

14 Ова одредба је преузета из раније важећих Закона о туризму. Упореди са: Закон о туризму, *Службени гласник РС*, бр. 35/94, 38/94 – испр. и 48/99 (даље у фусногама: ЗОТ (1994)), чл. 6(3); Закон о туризму, *Службени гласник РС*, бр. 45/2005 и 36/2009 (даље у фусногама: ЗОТ (2005)), чл. 51(2).

15 Слично: М. Драгашевић, „Директива ЕЗ о организованом путовању, одмору и кружном путовању“, стр. 668.

обухватају све туристичке услуге које нису основне (на пример, излети, услуге водича, и сл.). За споредне туристичке услуге је карактеристично да морају да испуне и додатне услове да би се сматрале туристичким услугама за сврхе постојања пакет аранжмана.

Имајући у виду да важећи међународни и домаћи правни извори помињу три врсте туристичких услуга (превоз, смештај и друге туристичке услуге), у даљем тексту ће бити више речи о свакој од њих.

а) Превоз

Услуга превоза је једна од најзначајнијих услуга која се уобичајено везује за уговор о организовању путовања.¹⁶ Она спада у категорију основних туристичких услуга, јер се за њу не везују никакви додатни услови. Ако туристичка агенција у оквиру пакет аранжмана пружа услугу превоза путника од места А до места Б, испуњен је услов постојања једне туристичке услуге. Без значаја је вредност те услуге, њена улога у оквиру целог путовања, дужина пута, врста превозног средства, и сл.

У случају *Keppel-Palmer*,¹⁷ тужилац је изнајмио вилу на Барбадосу по цени од 140.000 америчких долара месечно, а уз то је добио и превоз лимузином од аеродрома до виле. Пред суд се поставило питање да ли је овде реч о уговору о организовању путовања који се састоји из две услуге – смештаја и превоза. Енглески суд је дао негативан одговор на постављено питање, а образложио га је следећим аргументима: прво, нема доказа да је лимузина коришћена; друго, чак и да је коришћена, она представља безначајан део уговора, те га по принципу *de minimis* треба занемарити; и треће, лимузина није наплаћена путнику, што значи да није „продата нити нуђена на продају“. Премда на први поглед логична, ова одлука је очигледно заснована на погрешним премисама. Прво, чињеница да нека услуга није коришћена нема никаквог значаја. Појам пакет аранжмана не зависи од тога да ли путник користи све услуге које су укључене у пакет. Друго, за услугу превоза се не захтева да представља значајан део пакета, што значи да *de minimis* аргумент не стоји. Треће, ако је превоз лимузином био део пакета у тренутку закључења уговора, без обзира да ли је бесплатан, он представља реле-

16 Раније су постојали аутори који су сматрали да је услуга превоза нужна за сваки уговор о организовању путовања. Нав. према: В. Шмид, у: Б. Благојевић, В. Круљ (ред.), *нав. дело*, стр. 378.

17 *Keppel-Palmer v Exsus Travel Limited and Royal Westmorland Villas Limited* [2003] All. E.R. (D) 183.

вантну компоненту пакет аранжмана.¹⁸ Овакав закључак јасно произлази из случаја *Rechberger*,¹⁹ у коме је Европски суд правде, између осталог, јасно ставио до знања да су бесплатна путовања покривена Директивом о пакет аранжманима.

Премда сам појам превоза није проблематичан, у пракси се поставило неколико спорних питања. Прво, да ли појам превоза обухвата само превоз путника? Премда је смисао уговора о организовању путовању у превозу путника, постојећи правни извори (Бриселска конвенција и Директива о пакет аранжманима) користе генерички термин превоза, што значи да би се туристичком услугом сматрао и превоз пртљага. Предлог нове директиве прецизира да је реч о превозу путника, што је исправан концепт.

Друго, шта се дешава у случају да туристичка агенција организује две услуге превоза? Примера ради, прво организује авионски превоз до одређеног места, где ће путника сачекати аутомобил, који ће га превести до коначног одредишта. Како је у овом случају реч о две исте туристичке услуге, овакав уговор се не може квалификовати као уговор о организовању путовања. Међутим, ситуација се значајно компликује ако у наведеном примеру туристичка агенција изнајми аутомобил, који ће путник даље сам користити. У пракси су оваква путовања позната под називом *fly drive* путовања, који омогућавају путнику да након слетања на одређени аеродром, уђе у изнајмљени аутомобил и да се вози у правцу у коме жели.²⁰ Овде се поставља питање да ли услугу изнајмљивања возила (*rent-a-car*) треба квалификовати као туристичку услугу превоза путника или као другу туристичку услугу. Европски суд правде је приликом тумачења сличног појма садржаног у Директиви о заштити потрошача код дистанционих уговора, заузео становиште према коме је изнајмљивање аутомобила обухваћено појмом услуга превоза.²¹ Суд је ову одлуку образложио на два начина: прво, језички посматрано, директива не користи појам „*contracts of carriage*“, који се односи на превоз путника, пртљага и робе, већ појам „*transport services*“, што је шири појам и обухвата све активности које омогућавају путнику да изврши превоз; и друго, у свакодневном животу се под појмом транспорта не подразумева само превоз путника, пртљага и робе из једног места у друго, већ и обезбеђивање превозног средства које ће се кори-

18 Више види: David Grant, Stephen Mason, *Holiday Law: The Law Relating to Travel and Tourism*, 4th ed., Sweet & Maxwell, London, 2007, стр. 43.

19 Walter Rechberger and Others vs. Republic of Austria, Case C-140/97.

20 Види: S. Medlik, *Dictionary of Travel, Tourism and Hospitality*, 3. ed., Butterworth-Heinemann, Oxford, 2003, стр. 71.

21 EasyCar (UK) Ltd v Office of Fair Trading, Case C-336/03.

стити за превоз. Премда се ова одлука односи на директиву која уређује дистанциону продају, њен резон се може истоветно применити и на Директиву о пакет аранжманима. Према томе, комбинацију превоза и изнајмљивања возила Европски суд правде би сматрао комбинацијом две услуге превоза, што значи да *fly drive* путовања нису покривена Директивом о пакет аранжманима. Овакво становиште није оправдано, те се треба заложити за тумачење према коме *rent-a-car* треба сврстати у категорију других туристичких услуга, што актуелизује питање у којој мери она представља значајан део пакета.²² Овакво тумачење би било применљиво и за важеће српско право. Имајући у виду уочене недоследности, Предлог нове директиве је изнајмљивање аутомобила изричито сврстао у категорију основних туристичких услуга, поред превоза путника и смештаја.

У неким земљама су веома популарни и тзв. бициклически одмори (енгл. *cycling holidays*), код којих туристичка агенција организује превоз путника до одређене дестинације, где путнике чекају бицикли, којима се они даље возе у жељеним правцима. Код ове врсте путовања се комбинује услуга превоза, као основна туристичка услуга, са услугом изнајмљивања бицикала, као споредном туристичком услугом.

б) Смештај

Услуга смештаја је уз услугу превоза традиционално најзначајнија услуга која се везује за уговор о организовању путовања. Истоветно као и код превоза, и услуга смештаја спада у категорију основних туристичких услуга, те је само њено постојање довољно да се каже да је испуњен услов постојања једне туристичке услуге.

Неспорно је да овај појам обухвата смештај у угоститељским објектима за смештај. Закон о туризму набраја најзначајније угоститељске објекте за смештај, а ту спадају хотели, мотели, туристичка насеља, кампови, пансиони, хостели, преноћишта, одмаралишта, куће, апартмани, собе и други објекти за пружање услуга смештаја.²³ Уобичајено се услуга смештаја везује за преноћиште, тј. смештај за спавање. Практичан проблем настаје у ситуацији када туристичка агенција организује

22 „Изнајмљивање аутомобила, када је претходно понуђено у комбинацији са превозом или смештајем, може да представља туристичку услугу и према томе да креира пакет.“ DTI, The Package Travel Regulations, Question and Answer Guidance for Organisers and Retailers, NOVEMBER 2006, URN 06/1640, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/49791/bis-06-1640-package-travel-regulations-question-and-answer-guidance-for-organisers-and-retailers.pdf (24.1.2014), одговор на питање бр. 12.

23 ЗОТ, чл. 67(2).

превоз путника у коме се може спавати (на пример, железнички превоз у спаваћим колима или превоз бродом у кабини за спавање). У оваквим и сличним случајевима се поставља питање да ли је овде реч о комбинацији две основне туристичке услуге (превоз и смештај), или је реч само о услузи превоза, при чему је смештај конзумиран превозом, или је пак реч о услузи превоза која је комбинована са другом туристичком услугом, што значи да се смештај третира споредном туристичком услугом. Одговор на наведено питање не може бити начелан, већ све зависи од околности конкретног случаја. У том погледу је посебно значајно утврдити да ли је сврха уговора превоз, при чему је смештај акцесоран тој услузи, као и да ли трећа лица комбинацију те две услуге виде као пакет аранжман.²⁴

Као први пример се може узети крстарење Медитераном, које се одвија у луксузном броду, а сваки путник је смештен у одређену, по правилу луксузну и добро опремљену кабину. Код овакве врсте путовања треба заузети став да је реч о пакет аранжману, јер су услуге превоза и смештаја готово подједнако значајне. Путник се одлучује на овакво путовање не само због превоза морем на одређеној релацији, већ и због услуге смештаја и пратећих садржаја. Према томе, иако су у овом случају превоз и смештај нераскидиво везани, у правном смислу њих треба раздвојити и одвојено посматрати.

Други пример се односи на превоз железницом у спаваћим колима. Ако се пође од чињенице да је основна сврха овог уговора превоз путника на одређеној превозној релацији, онда је јасно да се он не може квалификовати као уговор о организовању путовања. У крајњој линији, свако превозно средство обезбеђује путнику неку врсту смештаја, а зависно од тога о каквом смештају је реч, зависиће и висина коначне цене. Међутим, то не значи да услугу смештаја код сваког превоза треба посматрати као одвојену услугу, већ треба правити разлику између смештаја који је у односу на превоз узгредног карактера, што је случај код превоза железницом у спаваћим колима, од онога који то није, што је случај код крстарења Медитераном. Да би смештај био самостални елемент пакет аранжмана он мора да представља нешто више од места (објекта) које путник користи узгредно уз другу услугу која се уговором пружа.²⁵

За угоститељске објекте који пружају услуге смештаја је карактеристично да својим гостима пружају и друге услуге уобичајене у угоститељству. Питање се поставља у којој мери се ове услуге третирају

24 Види: D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 40–41.

25 ДТГ, *нав. смернице*, одговор на питање бр. 13.

одвојено од услуге смештаја, јер за случај да су ове услуге засебне, онда би се овај уговор могао под одређеним условима квалификовати као уговор о организовању путовања. Начелно треба заузети став према коме друге уобичајене услуге које пружају угоститељи нису посебне туристичке услуге. Критеријум треба да буде да ли су те услуге редовно повезане са услугом боравком.²⁶ Тако, примера ради, услуга бесплатног превоза од аеродрома, коју хотел организује за своје госте, се неће сматрати услугом независном од смештаја. Међутим, ако угоститељ пружи неку специфичну услугу неким својим гостима (на пример, посебан културни програм, излети, часови рођења, и сл.), онда се та услуга има сматрати одвојеном од услуге смештаја, што значи да ће се третирати другом туристичком услугом.²⁷

У иностраној пракси се поставило питање у којој мери бесплатан смештај студената у породици треба сматрати смештајем за сврхе пакет аранжмана. Ово питање се поставило пред Европским судом правде, а повод је био спор који се водио између надлежних финских органа и финске непрофитне организације која годинама промовише културне различитости и хармонију између народа, тако што шаље финске адолесценте у стране државе.²⁸ Суд је пошао од тезе да смештај студената у иностраној породици језички потпада под појам смештаја у смислу Директиве о пакет аранжманима. Чињеница да је реч о бесплатном смештају који траје дужи период не утиче на то да се овакав смештај изузме од примене Директиве. Међутим, Суд је на крају нагласио и да је циљ Директиве био да се примењује на туристичка путовања, а не на образовне и културне размене студената. Отуда је закључио да смештај студената у иностраној породици ипак не треба сматрати смештајем у контексту уговора о организовању путовања.

в) Друге туристичке услуге

Поред превоза и смештаја, а по Предлогу директиве и изнајмљивања возила, на основу уговора о организовању путовања се могу пружати и друге туристичке услуге. „Веома је тешко набројати шта све представља и шта може да представља туристичке услуге, јер се односи у овој области веома нагло и веома брзо мењају. Туристичке услуге се не појављују једино у области угоститељства, него и у областима саобраћаја, осигурања, трговине, банкарства, културе, забаве, домаће радности,

26 Ernst Führich, *Reiserecht – Handbuch des Reisevertrags-, Reisevermittlungs-, Reiseversicherungs- und Individualreiserechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2010, стр. 38.

27 Слично: DTI, *нав. смернице*, одговор на питање бр. 7.

28 AFS Intercultural Programs Finland ry v Kuluttajavirasto ECJ Case C-237/97 [1999].

итд.²⁹ Закони уобичајено не набрајају шта је обухваћено појмом других туристичких услуга. Изузетак у том погледу представљају законодавства Мађарске, Италије, Португала, Словачке и Словеније, која примера ради наводе неке најзначајније друге туристичке услуге (на пример, услуге везане за спортске, религијске и културне догађаје).³⁰

Према Директиви о пакет аранжману, друге туристичке услуге су све оне услуге које нису споредне у односу на превоз или смештај и које представљају значајан део пакета. Према томе, друге туристичке услуге морају испуњавати следећа четири услова.

Прво, оне морају спадати у категорију других услуга, што значи различитих од смештаја и превоза. Другим речима, ако се услуга састоји из смештаја или превоза она се не може сматрати другом услугом.³¹ Ово је посебно значајно код горе поменутих *fly drive* путовања и бициклистичких путовања, која се не могу третирати пакет аранжманима, јер се према становишту Европског суда правде састоје из две услуге превоза.

Друго, друге услуге морају да спадају у категорију туристичких услуга. Појам туристичких услуга не треба везивати само за услуге које се пружају лицима која путују из задовољства, већ и за услуге које се пружају лицима која иду на путовања у пословне, образовне, културне, спортске, религијске и сличне сврхе. Овакво шире схватање је последица ширег поимања туристе, који се више не посматра само као лице која одлази на одмор и разоноду, већ обухвата и лица која путују у пословне, професионалне и друге туристичке сврхе.³²

Према неким ауторима, коришћењем речи „туристичка“, Директива из свог домена примене искључује пословна путовања, јер се туристичком услугом не могу сматрати конференције, саветовања, и сл.³³ Као потпору за овакву тезу, наведен је и став Европског суда правде у случају *AFS Intercultural Programs Finland*, где суд избор школе за студенте није третирао другом туристичком услугом.³⁴ Међутим, овакво становиште

29 Славко Царић, у: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима – књига друга*, Правни факултет у Крагујевцу и Културни центар, Нови Сад, 1980, стр. 713.

30 Hans Schulte-Nlke, Leonie Meyer-Schwickerath у: Hans Schulte-Nlke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers (eds.), *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, 2007, стр. 235–237.

31 D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 44.

32 За дефиницију туристе види: S. Medlik, *нав. дело*, стр. 167.

33 Више види: E. Führich, *нав. дело*, стр. 37.

34 Немачка је, имајући у виду овакав став Европског суда правде у односу на школовања студената у иностранству, одлучила да прошири домен примене уговора о организовању путовања и у односу на оваква путовања (боравак гостујућих

не треба прихватити, јер Директива несумњиво штити и пословне пакет аранжмане.³⁵ Наслов Директиве на најбољи начин потврђује жељу Европске комисије да прошири њен персонални домен примене, тако да не обухвата само класична путовања ради одмора (енгл. *package holidays*), већ сва путовања код којих друга уговорна страна пружа комбинацију (пакет) туристичких услуга (енгл. *package travel*).³⁶

Треће, оне не смеју бити споредне (субординиране, подређене, зависне) у односу на услуге превоза или смештаја.³⁷ У случају да су споредне оне се неће посматрати одвојено од превоза, односно смештаја, већ ће бити конзумиране тим услугама. На овај начин се жели избећи да се пакет аранжманом сматрају услуге превоза или смештаја, код којих превозилац или угоститељ својим путницима, односно гостима пружа и неке друге туристичке услуге (на пример, услуживање хране и точење пића). У пракси се најчешћи проблеми јављају у вези са квалификацијама услуга које пружају хотели, о чему је већ било речи. Такође, и квалификација услуге осигурања се може показати као спорна, јер није јасно у којој мери она спада у друге туристичке услуге. У теорији се наглашава да услугу путничког осигурања или не треба сматрати туристичком услугом или је треба третирати услугом која је споредна у односу на друге компоненте пакета.³⁸ Сличан закључак треба извести и за превоз пртљага, услуживање хране и пића, као и услугу чишћења која је саставни део услуге смештаја.³⁹

Четврто, туристичке услуге треба да представљају значајан део пакета. Да ли је услуга била значајна може се посматрати из три угла: угла цене, угла времена трајања и угла значаја који има (ово само у случају да не изискује велике трошкове и да пружање услуге траје кратко).⁴⁰ Највећи број држава чланица је преузео дефиницију из Директиве, без даље разраде шта се сматра значајним делом пакета, друге

ученика). Види: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), § 651(I). Ово проширење је у складу са комунитарним правом, јер су правила Директиве минималног карактера. Види: Директива о пакет аранжманима, чл. 8; E. Führich, *нав. дело*, стр. 37–38.

35 Marc McDonald *et al.*, *European Community Tourism Law and Policy*, Blackhall Publishing, Dublin 2003, стр. 291; Драган Вујисић, „Имплементација Упутства ЕЕЗ о туристичком путовању у Закон о заштити потрошача Републике Србије“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012, стр. 422.

36 Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive on package travel, including package holidays and package tours, COM (88) final, 21.3.1988, 13, доступно на адреси: <http://aei.pitt.edu/12229/1/12229.pdf> (4.7.2013).

37 Предлог директиве додаје и изнајмљивање аутомобила.

38 D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 48.

39 Предлог директиве, Преамбула, рецитал (17).

40 D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 48.

су ближе одредиле шта се под овим појмом подразумева (на пример, у Чешкој друга туристичка услуга мора обухватати најмање 20% укупне цене аранжмана),⁴¹ док су се остале државе одредиле да изоставе услов „значајног дела пакета“, чиме је проширен појам пакет аранжмана (Пољска, Немачка, Мађарска и Литванија).⁴² У теорији се указује на то да овај услов може довести до нелогичног исхода. Примера ради, ако туристичка агенција за заљубљенике америчке кошаркашке лиге закључи уговор којим се обавезује да обезбеди услуге превоза до САД и карте за кошаркашку утакмицу, вероватно је да се овај уговор неће квалификовати као пакет аранжман, јер је цена карата безначајна у односу на укупну цену.

Европска комисија је констатовала да овај услов ствара проблеме у тумачењу.⁴³ Међутим, он није избрисан у Предлогу нове директиве о пакет аранжманима.⁴⁴

Српски прописи који уређују материју уговора о организовању путовања, нажалост, на другачији начин схватају појам других туристичких услуга. Закон о облигационим односима их одређује као друге услуге које су везане за превоз и боравак. На овај начин закон друге туристичке услуге схвата као акцесорне у односу на основне туристичке услуге, што је директно супротно решењу садржаном у Директиви о пакет аранжманима. У односу на четири горенаведене карактеристике других туристичких услуга, Закон о облигационим односима испуњава само први услов – да спадају у категорију других услуга. Везивањем других туристичких услуга за превоз или боравак, закон неоправдано сужава домен своје примене, јер се самосталне туристичке услуге не рачунају. Са друге стране, закон је неоправдано значајно проширио домен своје примене, јер би се пакет аранжманом сматрала комбинација једне основне туристичке услуге (на пример, боравак) и једне услуге која је везана за њу (на пример, коришћење базена или спа центра). Овакво проширење је неприхватљиво, јер се такве услуге обавезно искључују из

41 У Преамбули Предлога директиве стоји да ће се друга туристичка услуга сматрати значајном ако чини више од 20% од укупне цене или на други начин представља битан елемент путовања (рецитал (17)).

42 Нав. према: Н. Schulte-Nlke, L. Meyer-Schwickerath у: Н. Schulte-Nlke, С. Twigg-Flesner, М. Ebers (eds.), *нав. дело*, стр. 235–236.

43 Working Document on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours (даље у фуснотама: Working Document 2007), Brussels, 26.7.2007, стр. 6, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/consumers/rights/commission_working_document_final26-07-2007.pdf (3.7.2013).

44 Према Предлогу директиве о пакет аранжманима, ако се пружају две туристичке услуге, од којих је једна основна а друга споредна, споредна мора да представља значајан део пакета, како би се такав уговор сматрао уговором о организовању путовања (чл. 2(2)(d)).

појма других туристичких услуга. Према томе, Закон о облигационим односима је у оквиру појма других туристичких услуга обухватио услуге које не смеју бити обухваћене, а искључио услуге које морају бити обухваћене.

Закон о заштити потрошача туристичке услуге дефинише као „превоз, смештај и друге туристичке услуге“.⁴⁵ На овај начин је отклоњен недостатак из Закона о облигационим односима, према коме друге туристичке услуге морају обавезно бити везане за основне туристичке услуге. Међутим, Закон о заштити потрошача је отишао у другу крајност, јер је проширио појам других туристичких услуга. Наиме, закон их није ни у једном правцу ограничио, што значи да се оне не сматрају споредним туристичких услугама, које морају да испуњавају неке посебне услове, већ се свака туристичка услуга може третирати другом туристичком услугом за сврхе дефинисања пакет аранжмана. За разлику од Директиве о пакет аранжманима, друге туристичке услуге могу бити споредне у односу на превоз или смештај и не морају представљати значајан део пакета.

2. Услуге се морају односити на исто путовање

Пружање две или више врста туристичких услуга није довољно за постојање пакет аранжмана, јер он не обухвата „прост збир изолованих услуга“.⁴⁶ Услуге које се пружају морају на неки начин да буду повезане, због чега се уобичајено говори о тзв. скупу услуга.⁴⁷ Та веза може бити директна или индиректна. Директна веза се успоставља онда када услуге које се пружају чине једну недељиву целину. Ово су пакет аранжмани у ужем смислу, и код њих се туристичке услуге надовезују једна на другу (примера ради, прво се организује превоз путника до хотела, након тога смештај у хотелу, а на крају се путник превози до места полазишта). Индиректна веза између различитих врста туристичких услуга се успоставља онда када се све услуге везују за исто путовање (на пример, организован је превоз и излет, али не и смештај који их повезује). За постојање пакет аранжмана је довољно да су две врсте туристичких услуга индиректно повезане, тј. битно је само да се оне односе на исто путовање. Са изузетком Предлога директиве о пакет аранжманима, међународни и национални правни извори не помињу ову карактеристику пакет аранжмана.

45 Исто и: ЗОТ (1994), чл. 6(2); ЗОТ (2005), чл. 51(1).

46 Ј. Веселиновић, С. Игњатовић, *нав. чланак*, стр. 87.

47 „Скуп услуга’ није само прости збир изолованих услуга, већ резултат њиховог смишљеног распореда и синхронизованог узајамног односа који коначно доводи до нове суштине: организованог путовања.“ В. Шмид, у: Б. Благојевић, В. Круљ (ред.), *нав. дело*, стр. 379.

3. Припремљен скуп услуга од стране организатора самостално или на захтев путника

У Директиви о пакет аранжманима пакет је дефинисан као „унапред припремљена комбинација најмање две од следећих компоненти...“. У пракси се поставило питање тумачења израза „унапред припремљен“ (енгл. *pre-arranged*). Неспорно је да ова језичка конструкција покрива конвенционалне аранжмане, код којих туристичка агенција унапред припрема туристичко путовање и као такво нуди свим заинтересованим лицима.⁴⁸ У крајњој линији, Директива је и писана имајући у виду оваква организована путовања. То се најбоље види у решењу првобитног Предлога Директиве, у коме је стајало да се она односи на пакете који су понуђени „путем брошура, или других форми рекламирања, јавности генерално“.⁴⁹ Међутим, временом су се развили и другачији модалитети креирања пакет аранжмана, код којих путници све више утичу на туристичке услуге које ће се комбиновати. Туристичке агенције у жељи да привуку што већи број путника учестало удовољавају таквим захтевима.⁵⁰ Због тога је питање да ли овакви аранжмани потпадају под домен примене Директиве добило велики практичан значај. Неке државе чланице, попут Велике Британије, овакве аранжмане подводе под појам уговора о организовању путовања,⁵¹ док друге, попут Немачке⁵² и Чешке, комбинацију услуга састављену на захтев потрошача не сматрају пакетом.⁵³ Имајући у виду све проблеме, Европска комисија је закључила да је језичка конструкција унапред припремљеног пакета „вештачка, са нејасним значењем и последицама, и да би је требало елиминисати“,⁵⁴ што је и учињено Предлогом нове директиве.

48 D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 28.

49 Report on the Implementation of Directive 90/314/EEC on Package Travel and Holiday Tours in the Domestic Legislation of EC Member States (даље у фуснотама: Извештај о имплементацији Директиве), SEC(1999) 1800 final, стр. 8, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/pack_trav/pack_trav02_en.pdf (1.8.2013).

50 У теорији се прави разлика између индивидуалних путовања, код којих туристичка агенција поступа по захтевима и жељама путника, и групних путовања, код којих туристичка агенција на основу анализе тржишта саставља програм путовања, који се као такав нуди свим заинтересованим лицима. Види: М. Драгашевић у: С. Перовић (главни редактор), *нав. дело*, стр. 1414–1415; М. Драгашевић, у: М. Мићовић (приредио), *нав. дело*, стр. 212–213.

51 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992, чл. 2(1).

52 Више о немачком решењу у овом погледу види: Klaus Tonner, „Is German Travel Law Prepared for ‘Dynamic Packaging’? A Note on ABTA v CAA from a German Perspective“, *International Travel Law Journal*, 2006, стр. 112–113.

53 H. Schulte-Nilke, L. Meyer-Schwickerath у: H. Schulte-Nilke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers (eds.), *нав. дело*, стр. 235.

54 Извештај о имплементацији Директиве, стр. 8.

У случају *Club-Tour v Garrido*, Европски суд правде је закључио да су овакви уговори обухваћени Директивом о пакет аранжманима.⁵⁵ Суд је заузео становиште према коме Директива обухвата и аранжмане које организује туристичка агенција на захтев или у складу са налозима датим од стране потрошача или одређене групе потрошача. Овакав закључак суд је донео на основу дефиниције пакет аранжмана, која не искључује овакво тумачење, али и тачке (j) Анекса Директиве, у којој стоји да ће се у уговору навести „посебни захтеви о којима је потрошач обавестио организатора или посредника...“. Према томе, данас се недвосмислено може рећи да Директива о пакет аранжманима покрива и аранжмане „кројене по мери путника“, што је изричито унето у текст Предлога нове директиве. Уосталом, путници имају потребу за заштитом и код ових аранжмана.⁵⁶

Закон о облигационим односима није препознао овај проблем, што и не чуди, имајући у виду да су у време његовог доношења доминирали традиционални пакет аранжмани. Међутим, закон ниједном својом нормом није ограничио своју примену само на аранжмане које је унапред припремила туристичка агенција. За разлику од Закона о облигационим односима, Закон о заштити потрошача је под утицајем става Европског суда правде изнетог у случају *Club-Tour v Garrido*, навео да туристичке услуге трговац може да утврди „самостално или по захтеву потрошача“, чиме је откоњена свака евентуална дилема.⁵⁷

Приликом тумачења појма „унапред припремљен“ се поставило и питање када пакет мора бити припремљен. Да ли туристичке услуге морају бити написане пре него што путник уђе у туристичку агенцију или пре него што је уговор закључен или је довољно да то буде познато другој уговорној страни пре путовања? Европски суд правде се у случају *Club-Tour v Garrido* изјаснио и у погледу овог питања. Термин „унапред припремљен“ се мора тумачити тако да укључује комбинацију услуга састављених у тренутку закључења уговора између туристичке агенције и потрошача. Услуге које се накнадно понуде (на пример, посета музеју или излет) нису укључене у пакет аранжман.⁵⁸ У Предлогу нове директиве је у складу са изнетим становиштем Европског суда правде наведено да пакет обухвата све туристичке услуге које су обухваћене у моменту закључења уговора.

55 *Club-Tour, Viagens e Turismo SA v Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido, and Club Med Viagens Lda*, Case C-400/00, 30.4.2002.

56 Извештај о имплементацији Директиве, стр. 8.

57 Слично: Д. Вујисић, *нав. чланак*, стр. 420–421.

58 О разлозима због којих би накнадно уговорене туристичке услуге требало сматрати саставним делом пакет аранжмана више види: Vilim Gorenc, Andrea Pešutić, „Razgraničenje organizatora i posrednika putovanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 56, No. Posebni broj, 2006, стр. 30–31.

4. Јединствена цена

За више туристичких услуга које су саставни део пакет аранжмана путник плаћа јединствену (укупну, паушалну, енгл. *inclusive price*, нем. *Gesamtpreis*, фр. *a un prix tout compris*) цену. Другим речима, путник не плаћа одвојено сваку појединачну туристичку услугу, већ су све оне укључене у јединствену цену. У неким земљама су уговори о организованом путовању познати под називом паушално путовање, а назив су добили по паушалној цени коју путник плаћа.⁵⁹

Сам појам јединствене цене је непрецизан и омогућава различита тумачења. Нејасно је да ли мора постојати јединствена цена за све туристичке услуге, а какве су последице у случају да је нека индивидуална услуга изузета и посебно наплаћена. Због тога Директива о пакет аранжманима садржи одредбу према којој „одвојена наплата различитих компоненти истог пакета не утиче на обавезе организатора или посредника према овој Директиви“.⁶⁰ Сличну одредбу има и српски Закон о заштити потрошача, јер извојени обрачун и наплата појединачних услуга не утичу на постојање пакет аранжмана. На овај начин су организатори путовања онемогућени да разбију пакет на више туристичких услуга, и да путнику дају одвојене рачуне за сваку услугу, како би избегли примену правног режима за пакет аранжмане захваљујући непостојању јединствене цене.⁶¹

Значање појма јединствене цене је било предмет екстензивне анализе у енглеској судској пракси, и то у случају *АВТА в. САА*.⁶² Британски суд је овим поводом закључио да се истовремена и комбинована продаја туристичких услуга од стране туристичких агенција по цени која је једнака збиру цена сваке од компонената не може сматрати јединственом ценом, те се не уклапа у дефиницију пакет аранжмана. Судија је свој закључак објаснио на једноставном примеру: пакет аранжман се разликује од одласка у самопослугу, где на изласку плаћате цену која је једнака збиру цена сваког од купљених артикала. Другим речима, пакет аранжман је нешто више од збира вредности сваке од туристичких услуга.

59 За критику овакве терминологије види: В. Шмид, *нав. дело*, стр. 127–128.

60 Значајан број држава чланица није интегрисао ову одредбу у своје законодавство. Види: Н. Schulte-Nilke, L. Meyer-Schwickerath у: Н. Schulte-Nilke, С. Twigg-Flesner, М. Ebers (eds.), *нав. дело*, стр. 237.

61 D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 33.

62 The Association of British Travel Agents Ltd. („АВТА“) v The Civil Aviation Authority („САА“) and The Secretary of State for Trade and Industry [2006] EWHC 13 (Admin) (17 January 2006); The Association of British Travel Agents Ltd. v Civil Aviation Authority [2006] EWCA Civ 1356 (18 October 2006). Више види: Alan Saggerson, *Package Holiday Law: Cases and Materials*, XPL, UK, 2008, стр. 173–199.

У одговору на питање да ли је резон енглеског суда у случају АВТА v. САА био исправан, треба поћи од тога да су у пракси могуће три комбинације обрачуна јединствене цене:⁶³ прво, да је коначна цена већа од збира цена појединачних туристичких услуга; друго, да је коначна цена нижа од збира цена појединачних туристичких услуга; и треће, да је коначна цена једнака збиру цена појединачних туристичких услуга. Очигледно је да су прве две комбинације обухваћене појмом јединствене цене и да се уклапају у дефиницију пакет аранжмана. Трећа комбинација је, међутим, спорна. У одговору на питање да ли јединствена цена може бити једнака збиру цена појединачних туристичких услуга, треба поћи од језичког и циљног тумачења. Према језичком тумачењу релевантне одредбе Директиве, нема препрека да се закључи да појам јединствене цене обухвата и цену која је једнака збиру вредности појединачних услуга. Уосталом, Директива није дефинисала јединствену цену, те би сужавање појма у наведеном смислу било тешко брањиво. Ако се пође од циљног тумачења, према коме је смисао регулативе пакет аранжмана заштита путника, не постоји довољно оправдан разлог за прављење разлике између ситуације када је путнику наплаћена цена која је једнака, односно која је већа или мања од вредности појединих туристичких услуга. У обе ситуације путницима је потребна подједнака заштита.⁶⁴ Из наведеног треба закључити да чињеница да је цена аранжмана једнака збиру вредности укључених туристичких услуга не значи да се тај уговор не може сматрати уговором о организовању путовања.

За постојање пакет аранжмана су релевантни одговори на следећа три питања:⁶⁵

- 1) Да ли путник зна цену сваке услуге? Ако је одговор на ово питање негативан, онда је реч о пакет аранжману, а ако је позитиван онда се прелази на следеће питање.
- 2) Да ли путник може да купи било коју појединачну туристичку услугу без осталих? Ако је одговор на ово питање негативан, онда је реч о пакет аранжману, а ако је позитиван онда се прелази на последње питање.
- 3) Да ли је цена индивидуалне туристичке услуге зависи од тога да ли клијент купује више од једне услуге? Ако је одговор на ово питање негативан, онда нема пакет аранжмана, а ако је позитиван онда је реч о пакет аранжману.

63 Marc Mc Donald, „A Community Law Perspective on the Decision in Abta v CAA“, *International Travel Law Journal*, 2006, стр. 120.

64 M. Mc Donald, *нав. чланак*, стр. 124.

65 Simon Bunce, „What is a Package“, *International Travel Law Journal*, 2007, стр. 138.

У сваком случају, чини се да је концепт јединствене цене као услова за постојање пакета аранжмана сувишан. У овом погледу је упутно погледати решење немачког права, које не садржи појам јединствене цене, већ користи термин „укупност туристичких услуга“ (нем. *Gesamtheit von Reiseleistungen*) и уговорену цену.⁶⁶ Према томе, акценат у немачком праву је на скупу туристичких услуга, тј. комбинацији две или више услуга повезаних у једну целину,⁶⁷ а не на цени. Отуда појам јединствене цене не игра значајну улогу, а према ставу правне теорије, јединствена цена је индиција за постојање пакет аранжмана, али не и нужан елемент, јер уговор о организовању путовања може постојати и у случају непостојања јединствене цене.⁶⁸

Закон о облигационим односима познаје концепт јединствене цене, јер се законом путник „обавезује да организатору плати једну укупну (паушалну) цену“.⁶⁹ Супротно решење садржи Закон о заштити потрошача, који у дефиницији пакет аранжмана не помиње цену.

5. Дужина трајања

Основно правило везано за дужину трајања уговора о организовању путовања је садржано у Директиви о пакет аранжманима и гласи: овај уговор мора трајати дуже од 24 часа или укључивати једно ноћење. Из наведеног се закључује да Директива пакет аранжман првенствено везује за вишедневна путовања. Међутим, схватајући да и нека путовања која трају краће од 24 часа могу и треба да буду обухваћена појмом организованог путовања, Директива је увела и један изузетак од основног правила, према коме пакет аранжман може представљати и путовање које је краће од 24 часа, али само под условом да обухвата ноћење. Између основног правила и изузетка постоји једна значајна разлика. Ако путовање траје дуже од 24 часа онда је битно само да су комбиноване две врсте туристичких услуга, а неважно је које (на пример, услуга превоза и нека друга туристичка услуга). Супротно томе, ако путовање траје краће од 24 часа, онда ће се сматрати пакет аранжманом само ако као једну од туристичких услуга укључује услугу смештаја са ноћењем (на пример, путник одлази из Београда у 19 часова авионом за Лондон, где бива смештан у хотелу, а након јутарњег пословног састанка се враћа авионом за Београд у 15 часова).

66 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), § 651a(1).

67 М. Драгашевић, у: М. Мићовић (приредио), *нав. дело*, стр. 212.

68 К. Топнер, *нав. чланак*, стр. 112.

69 Исто и: ЗОТ (1994), чл. 6(2); ЗОТ (2005), чл. 51(1).

У теорији је овај услов за постојање уговора о организовању путовања подвргнут оштрој критици.⁷⁰ Основни разлог за критику је чињеница да Директива о пакет аранжманима не покрива организовање једнодневних излета, који су у пракси веома чести. Код њих организатор пружа више различитих туристичких услуга повезаних у једну целину, при чему не укључују ноћење, трају краће од 24 часа и за њих путник плаћа јединствену (паушалну) цену. Ако се схвати да је основна идеја релулативе уговора о организовању путовања заштита путника, онда постаје нејасно зашто су овакви туристички аранжмани изузети. Неки примери оваквих уговора, попут одлазака на велике културне или спортске догађаје (на пример, Светско првенство у фудбалу), могу бити далеко скупљи од многих вишедневних пакет аранжмана.⁷¹ У тим ситуацијама је имовина путника угроњенија у поређењу са корисницима пакет аранжмана, те је и потреба за њиховом заштитом израженија.⁷² Слично је и са неким све раширенијим врстама излета, који укључују одређене пустоловне активности (на пример, рафтинг, параглајдинг, планинарење, и сл.), код којих је сигурност живота и здравља угроњенија у односу на класичне пакет аранжмане.⁷³ Према томе, у перспективи се треба заложити за укидање везе између пакет аранжмана и вишедневних путовања.⁷⁴ Неке државе чланице Европске уније нису увеле ово ограничење (на пример, Немачка, Финска, Аустрија⁷⁵ и Пољска⁷⁶),⁷⁷ чиме су путницима пружиле виши ниво заштите од оног који је предвиђен комунитарним правом.

70 О потреби промене Директиве о пакет аранжманима у овом правцу види: Philip Bushill-Matthews, „Report on general aspects of consumer protection policy and, in particular, consumer information and education with regard to the application of Directive 90/314/EEC“, (2001/2136(INI)), стр. 7, доступно на: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0463+0+DOC+PDF+V0//EN> (10.2.2014). Види и: V. Gorenc, A. Pešutić, *нав. чланак*, стр. 31–32.

71 V. Gorenc, A. Pešutić, *нав. чланак*, стр. 31–32.

72 Више види: Marko Varetić *et al.*, *нав. дело*, стр. 126–127; V. Gorenc, A. Pešutić, *нав. чланак*, стр. 32.

73 Marko Varetić *et al.*, *нав. дело*, стр. 127; V. Gorenc, A. Pešutić, *нав. чланак*, стр. 32.

74 Предлог директиве је и поред критика задржао постојеће решење (чл. 2(2)(а)), а званично оправдање је да путници краткотрајних путовања имају мању потребу за заштитом, као и да нема потребе наметати трговцима велике трошкове (Преамбула, рецитал (19)).

75 Аустрија у неколико закона уређује материју уговора о организовању путовања, а само у једном (Закону о заштити потрошача) ово ограничење је избачено.

76 Пољско право препишује релевантну одредбу Директиве, али уводи још један изузетак, према коме пакет аранжман обухвата и путовања краћа од 24 часа ако укључује промену места. На тај начин су обухваћени и излети.

77 H. Schulte-Nlke, L. Meyer-Schwickerath у: H. Schulte-Nlke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers (eds.), *нав. дело*, стр. 234–236.

Закон о облигационим односима, по узору на Бриселску конвенцију, не садржи временско ограничење уговора о организованом путовању, што значи да је из тог угла посматрано значајно проширено појмовно одређење овог уговора у односу на право Европске уније. Супротно томе, Закон о заштити потрошача, по узору на Директиву, у дефиницији пакет аранжмана наглашава да уговор мора да траје дуже од 24 часа или, ако траје краће, да укључује једно ноћење.⁷⁸

III Укључивање динамичких пакета у појам уговора о организовању путовања

Од усвајања Директиве о пакет аранжманима 1990. године тржиште туристичких услуга је доживело значајне промене. Поред класичних (традиционалних) дистрибутивних ланаца, Интернет је постао све значајнији медијум преко кога се нуде туристичке услуге. Туристичке услуге се више не комбинују искључиво на традиционалан начин, у оквиру тзв. унапред припремљених пакет аранжмана, већ све већу улогу у њиховом комбиновању и повезивању имају путници. Велики број тих аранжмана или очигледно нису покривени одредбама Директиве о пакет аранжманима, или се налазе у сивој зови, што значи да је нејасно да ли потпадају под њену регулативу.⁷⁹ Случај *Club-Tour v Garrido* је отворио врата примене Директиве неким од оваквих аранжмана, при чему је недовољно јасно какве су контуре судски проширеног новог појма пакет аранжмана.

Пакет аранжмани код којих путници самостално комбинују туристичке услуге различитих пружалаца, најчешће преко Интернета, су у пракси и теорији постали познати под називом „динамички путнички пакети“ (енгл. *dynamic travel packages* или само *dynamic packages*). Динамички пакет мора да испуњава два услова: прво, да је реч о пакету (комбинација више врста туристичких услуга; пружаоци услуга су различити, али пословно повезани; и услуге се купују у исто време), и друго, да има динамички карактер, што значи да путник одлучује које ће елементе укључити, а које избацити.⁸⁰

Суштина динамичких пакета је да код њих долази до поделе уговора, јер се туристичке услуге путницима продају појединачно.⁸¹ Према

78 ЗЗП, чл. 5(1)(29); ЗОТ (2005), чл. 51(1).

79 Предлог директиве, Преамбула, рецитал (2).

80 О појму динамичких пакета више види: London Economics, „Study on Consumer Detriment in the area of Dynamic Packages – Final report to the European Commission – Health and Consumers DG“ (даље у фуснотама: Студија о динамичким пакетима), November 2009, стр. 4–5, доступно на: http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/study_consumer_detriment_dyna_packages_en.pdf (13.2.2014).

81 D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 31.

томе, не закључује се један уговор о организовању путовања, већ више уговора о пружању конкретних туристичких услуга. Некада се ови уговори закључују са различитим трговцима, а некада са истим трговцем. Закључују се превасходно посредством Интернета, и то преко посебних сајтова који пружају путницима могућност да самостално комбинују више различитих туристичких услуга.⁸² Након што путник све жељене туристичке услуге убаца у, популарно названу, „корпу“, врши се плаћање. Овакви уговори изгледају као пакет аранжмани, али они то нису, јер је реч о одвојеним уговорима, које по правилу прате и посебна задужења по дебитној или кредитној картици.⁸³ У пракси је често и упућивање једног сајта на други (тзв. међусобно повезани сајтови), где се смањује број „кликера“ које потрошач треба да учини. Циљеви формирања оваквих и сличних сајтова су вишеструки. Они су мотивисани првенствено комерцијалним разлозима, јер се потрошачима даје већи избор и омогућава се тзв. „one stop shopping“.⁸⁴ Међутим, не треба занемарити ни чињеницу да се на овај начин умањује потенцијална одговорност трговаца, јер ови уговори по правилу неће бити квалификовани као уговори о организовању путовања.⁸⁵

Учесталост динамичких пакета у туристичкој пракси је указао на то да све већи број путника нема одговарајућу заштиту, која је присутна код конвенционалних, тј. унапред припремљених пакет аранжмана. Управо са том идејом, Предлог нове директиве проширује дефиницију пакет аранжмана, тако што овај појам више није резервисан само за ситуације када један организатор путовања или посредник комбинује туристичке услуге, самостално или на захтев путника, пре закључења уговора. Према Предлогу, пакет обухвата и комбинацију најмање две врсте туристичких услуга у циљу истог путовања, без обзира да ли су закључени одвојени уговори са појединим пружаоцима услуга, под условом да су те туристичке услуге:⁸⁶

- (1) купљене на једном продајном месту у оквиру истог поступка резервације,
- (2) понуђене или наплаћене са јединственом или укупном ценом,
- (3) рекламиране или продате под називом „пакет“ или другим сличним термином,

82 За примере види: <http://www.expedia.com/>, <http://www.lastminute.com/>, <https://www.ryanair.com/>, <http://travel.yahoo.com/>, <http://www.travelocity.com/>, <http://www.orbitz.com/>, <http://www.trip.com/>, <http://www.ebookers.com/>, и сл.

83 D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 31–32.

84 D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 32.

85 О негативним последицама динамичких пакета по потрошаче више види: Студија о динамичким пакетима, стр. 11–20 и 27–130.

86 Предлог директиве, чл. 3(2)(b).

- (4) комбиноване након закључења уговора, којим трговац омогућава путнику да сам изабере између различитих врста туристичких услуга, или
- (5) купљене од различитих трговаца који су повезани у *online* поступку резервације, у коме се име путника или подаци неопходни да закључење посла резервације преносе између трговца најкасније у тренутку потврде резервације прве услуге.⁸⁷

IV Закључак

Паралелно уређење уговора о организовању путовања у два важећа закона представља велики проблем за Републику Србију. Неспорно је да Закон о заштити потрошача, као касније донет закон, има примат у примени. Међутим, проблем је у томе што је дефиниција уговора о организовању путовања садржана у Закону о облигационим односима у одређеним сегментима шира од концепта усвојеног Законом о заштити потрошача. Ово је посебно видљиво у чињеници да Закон о заштити потрошача везује пакет аранжман само за уговоре који трају дуже од 24 часа, што значи да се Закон о облигационим односима, који не садржи ово ограничење, примењује на краткотрајна путовања (на пример, излете).

Рад је указао на бројне пропусте Закона о облигационим односима и Закона о заштити потрошача у материји дефинисања појма уговора о организовању путовања. Док су недостаци у Закону о облигационим односима били очекивани, имајући у виду када је закон писан и промене које су се у међувремену десиле, изненађују бројне непрецизности у Закону о заштити потрошача, који је требало да интегрише основне идеје Директиве о пакет аранжманима, као и да поведе рачуна о неким новим тенденцијама у овој области. Позитивноправној регулативи дефинисања појма уговора о организовању путовања у Закону о заштити потрошача се могу упутити следеће замерке:

- 1) у закону не стоји да пакет аранжман подразумева комбинацију две или више врста туристичких услуга, већ је довољно да се пружи две туристичке услуге, што језичким тумачењем води погрешним закључцима;
- 2) изузетак који познаје Закон о заштити потрошача, а који се односи на вишедневни боравак који укључује само услугу

⁸⁷ Подаци који се преносе између трговаца се по правилу односе на податке који су неопходни за плаћање (на пример, подаци који се налазе на кредитној картици путника), док други подаци, попут дестинације или времена путовања, нису релевантни. Види: Предлог директиве, Преамбула, рецитал (18).

- смештаја у одређеним терминима или одређеном трајању, у потпуности одудара од логике уговора о организовању путовања;
- 3) Закон о заштити потрошача је проширио појам других туристичких услуга, јер не предвиђа никакво посебно ограничење за њих; супротно томе, Директива о пакет аранжманима наглашава да друге туристичке услуге не смеју бити споредне у односу на превоз или смештај и да морају представљати значајан део пакета;
 - 4) у закону је потребно додати да комбинација туристичких услуга треба да се односи на исто путовање;
 - 5) потребно је преиспитати одредбу према којој уговор о организовању путовања мора да траје дуже од 24 часа или, ако траје краће, да укључује једно ноћење;
 - 6) појам уговора о организовању путовања треба проширити тако да се укључе и тзв. динамички пакети, који су из године у годину све учесталији.

Vuk RADOVIĆ, PhD, M.A., LL.M.

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

BROADENING THE CONCEPT OF ORGANIZED TRAVEL CONTRACT

Summary

The organized travel contract, as the most important contract in the area of tourism, is not easy to define. Major features of this contract are not universally recognizable, because international and national sources of law do not share uniform ideas. By comparing the definitions of organized travel contract in Brussels convention (CCV), Directive on package travel, package holidays and package tours and Proposal for new directive on package travel, the author determines the progressive development of international regulation, as well as the adaptation of this contract to new circumstances.

In Serbian law the organized travel contract is regulated by the Law on obligations and Law on consumer protection. These two laws contain basically different definitions of this contract, which is of great practical significance, because by delineating the definitions we are answering the question whether the

Law on obligations is applicable after entering into force of the Law on consumer protection. In this article, the author analyzes the basic characteristics of organized travel contract, and afterwards explores whether the Serbian regulation implements these ideas. At the end, the author concludes that the Serbian current regulation of this topic has to be improved and suggests the ways of future development.

Key words: *organized travel contract, traveller, organiser, dynamic packages, tourist services, Directive on package travel, package holidays and package tours, Law on consumer protection, Law on obligations.*

др *Владимир* ВУЛЕТИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

„ИЗ ГРМЕНА ВЕЛИКОГА ЛАФУ ИЗАЂ ТРУДНО НИЈЕ“: РИМСКИ ТЕМЕЉИ ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА У ПОГЛЕДУ НЕПРАВИЧНИХ УГОВОРНИХ ОДРЕДБИ И ЗАБРАНЕ НАСРТЉИВОГ ПОСЛОВАЊА*

Резиме

Закон о заштити потрошача из 2010. године посебно пажњу посвећује механизмима заштите потрошача у случају насртљивој пословања и остваривању права из уговора који садрже нејравичне одредбе.

У том контексту, инсистира се на ништавостима свих нејравичних уговорних одреби, у првом реду оних које за последицу имају значајну несразмеру у обавезама уговорних страна на штету потрошача, околност да се извршење уговора значајно разликује од онога што је потрошач основано очекивао, или извршење уговорне обавезе оштерећује потрошача без оправданог разлога.

Са групе страна, Закон потрошача штети и од изв. насртљивој пословања, односно сваке ситуације у којој првовац узнемиравањем и принудом, укључујући физичку принуду или недозвољени утицај, нарушава или врећи да наруши слободу избора просечној потрошача.

* Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти) – античка правна историја и њен значај за модерно право“.

Аутор настоји да у овом раду, анализирајући актуелна законска решења, укаже на њихов темељ у доменима римској класичној права. У том погледу, истичу се домаћа римске класичне јуриспруденције у погледу исцрпљивања уговора о продаји у вези са предметом и ценом, као битним елементима овог уговора. Истовремено, аутор указује на јасну везу између римској класичној и Јустинијановој права у погледу реулисања заштитне услед принуде, са модерним инстинктивним насрљивој пословања и аналојних права пошрошача.

Закључује се, при том, да нашем законодавцу није било превише тешко да ова питања квалификовано уреди, имајући у виду класични узор, иако, цитирајући Хејоша, „из њих великога лафу изаћ тврдно није“.

Кључне речи: Закон о заштити пошрошача, насрљиво пословање, принуда, неправичне уговорне одредбе, римско право.

I Увод

У актуелним настојањима да се потрошачима обезбеде функционални механизми заштите њихових права, Република Србија је, у протеклој декади, у два наврата доносила законе из ове области. Након првог, сада већ десет година старог, покушаја, који је откривао низ мањкавости, првенствено у погледу догматског имплементирања одговарајућих директива Европске уније, уследио је нови замах, окончан доношењем Закона о заштити потрошача (ЗЗП) из 2010. године.¹ Законодавац је, овога пута, стао на становиште неопходне равнотеже између домета и норми које је Европска унија прописала и традиције наше легислативе оличене, у првом реду, у Закону о облигационим односима из 1978. године. Штавише, чак је и *prima facie* утврђена предност овог закона над неким актуелним европским решењима, посебно у домену одговорности произвођача ствари са недостатком.²

Потреба да се потрошачима, као слабијој уговорној, економској, слабије информисаној и, опште узев, правно рањивијој страни, пружи адекватна заштита условила је да наш законодавац нека решења црпи и из Закона о облигационим односима (ЗОО), чиме је потврђена

1 Закон о заштити потрошача (Службени гласник Републике Србије, бр. 73/10; у даљим фуснотама: ЗЗП).

2 О овоме детаљније у Владимир Вулетић, „Одговорност произвођача ствари са недостатком: утицај и допринос римског права на савремена решења“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012, стр. 478–504.

жеља да се у законска решења уврсте све оне традиционалне вредности које су баштињене од римског права. У том контексту, постоји велики број одредби и решења у актуелном Закону о заштити потрошача које директно или посредно, непрекинутом линијом од модерних европских грађанских законика и нашег Закона о облигационим односима, кореспондирају са решењима римског класичног и Јустинијановог права. Изгледа да је утицај римских решења видљив и у погледу заштите потрошача у случају неправичних уговорних одредби и забране насртљивог пословања.

II Неправичне уговорне одредбе

Наш Закон о заштити потрошача у петом одељку регулише положај и заштиту потрошача у остваривању права из уговора који садрже неправичне одредбе. Неправичним одредбама, које су, *ex lege*, ништаве, сматрају се и одредбе уговора које за последицу имају значајну несразмеру у обавезама уговорних страна на штету потрошача,³ за последицу имају околност да извршење уговорне обавезе оптерећује потрошача без оправданог разлога⁴ или за последицу има околност да се извршење уговора значајно разликује од онога што је потрошач основано очекивао.⁵

Тумачећи вољу законодавца, делује да је повреда битних елемената потрошачког уговора, а најчешће уговора о продаји, основ који би условио очигледну несразмеру престација на штету потрошача, односно га извршење таквог уговора неоправдано оптеретило или се значајно разликовало у односу на оно што је потрошач основано очекивао. Као критеријум на основу којег се утврђује да ли је нека уговорна одредбе неправична, узима се природа робе (односно предмета) или услуга на које се уговор односи, околности под којима је уговор закључен и начин на који је постигнута сагласност о садржини уговора.⁶ Корен овако постављене заштите потрошача лежи у плодном тлу римског права и решењима римске класичне јуриспруденције у погледу заштите права купца.

Битни елементи уговора о продаји (*essentialia negotii*), чијим уговарањем контракт настаје, су предмет (*merx*) и цена (*pretium*).

3 ЗЗП, чл. 46, ст. 1.

4 ЗЗП, чл. 46, ст. 2.

5 ЗЗП, чл. 46, ст. 3.

6 ЗЗП, чл. 46.

1. Предмет

Предмет *emptio venditio* може бити свака ствар која је у правном промету (*res in commercio*), телесне и бестелесне ствари (*corporales, incorporales*). Може се продавати и вршење права плододживања или могућност коришћења провинцијског земљишта које је ван промета. Када је реч о бестелесним стварима, најразличитије врсте могу бити предмет продаје: наследство после делације, потраживање, службеност која ће тек бити установљена.⁷ Интересантна појава, поготову са становишта модерног права, је продаја ствари одређених по роду (*emptio generis*), које се одређују *que numero, pondere, mensurave constant*.⁸

Оне могу бити предмет уговора ипак само ако су на одређени начин индивидуализоване (или... две амфоре сеоског вина, или обухватањем читаве робе која се продаје... сво вино из мог подрума).⁹ Римљани чак познају и продају ствари одређених по роду из одређене масе и робне залихе (две амфоре вина из мог подрума).¹⁰ Међутим, чиста продаја ствари одређених по роду, сматрају Цицерман, Казер, Хаусманингер и Зелб била би у овој форми: продаја десет амфора белог вина.¹¹ Опште узев, природу заменивих и незамењивих ствари ипак коначно утврђује воља страна уговорница.

7 *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelegeti. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.* – D. 18.1.8. (Pomponius libro nono ad Sabinum).

8 Разликовање ових ствари није засновано на неким објективним особинама ствари, него на циљевима учесника у правном промету. Тако Милошевић истиче је смисао индивидуализације у томе да се истакне незамењивост ствари. Правна последица индивидуализације је гашење обавезе у случају да ствар пропадне без дужникове кривице, односно настанак његове обавезе да надокнади штету ако је крив за пропуст ствари. Будући да је некада немогуће утврдити вољу странака, као основног критеријума за поделу ствари на замениве и незамењиве, у римском праву је примењивана једна блиска подела ствари – на оне које се одређују бројем, тежином или мером и оне које се тако не одређују. Тако странке могу уговорити продају три индивидуално одређене амфоре вина, али ако то не учине на недвосмислен начин, сматраће се да је уговорена продаја било које три амфоре, Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд, 2011, стр. 237.

9 D. 18.1.35.7. (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*).

10 *Ibid.*

11 Max Kaser, *Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt (das altrömische, das vorklassische und klassische Recht)*, München, 1954, стр. 246; Herbert Hausmaninger, Walter Selb, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1987, стр. 323; док Цицерман додаје да таква потпуна продаја *genera* ствари у основи и није била позната римском класичном праву, тврдећи да се нигде не може поуздано пронаћи у изворима, Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations on Civilian Traditions*, Oxford University Press, 1995, стр. 237.

Има ставова да је чиста продаја за готов новац у ствари једино могућа на индивидуално одређеним стварима (*species*).¹² Тако се склапају уговори о продаји неодређених ствари из одређених залиха, што донекле подржава Цимерманову и Хаусманингерову идеју о куповини вина из одређеног подрума.

Ева Јакоб заузима интересантан став о продаји вина као ствари одређене по роду. Анализирајући један типичан уговор о испоруци вина, наглашава важност разликовања ових уговора по критеријуму да ли су они са или без гаранције о квалитету вина.

У једном случају та гаранција траје од испоруке вина купцу и у наредних пет месеци. Ако у том временском интервалу вино изгуби првобитни квалитет, замениће се за исту количину новог, одговарајућег квалитета.¹³ Јасно је да је квантитет својствен свим физичким појавама, па је продаја ствари одређених по роду и индивидуално одређених ствари, у основи, релативна, јер ни подела ових ствари није потпуно објективна.

Њу, у највећој мери, одређују практичне животне ситуације. Странке могу да уговоре продају три индивидуално одређене амфоре вина, али ако то не учине на јасан и недвосмислен начин, сматраће се да је уговорена продаја било које три амфоре.¹⁴

12 Тако Казер сматра да се куповина ствари одређених по роду у класичном праву налазила тек на свом почетку, док се испорука за новац робе одређене по роду, поготову у трговини на велико са житарицама и вином, врши кроз узајамне стипулације, М. Kaser, *нав. дело*, стр. 249.

Од значаја је и напомена да и Српски грађански законик познаје продају ствари по роду, односно ствари које се „мере или броје“: оне се могу продавати одсеком (ђутуре) или по мери или броју. Продаја одсеком би била у ситуацији када продавац продаје гомилу кожа које се налазе пред његовом радњом за 500 динара, или сво жито које се налази у његовом магацину за 10.000 динара. Продаја ту има за предмет *rem certam* и она је свршена, чим је цена углављена. Продаја по мери или броју била би, према СГЗ, када продавац из свог подрума, у којем држи 1.000 литара вина, продаје 200 литара за 1 динар по литру, или од свог кукуруза, који је у његовом кошу, 100 килограма по цени од 10 динара – СГЗ, § 644.

Перић, позивајући се на овај члан СГЗ, критикује његово решење и тврди да је неодржива одредба да „продаја још није свршена док се ствари не изброје и не премере“. Купац има право, вели Перић, да од продавца тражи да му овај уговорену количину преда, а ово значи да је уговор о продаји и куповини свршен, јер иначе како би купац имао *право* захтевати од продавца да му ствар преда?, Живојин Перић, *О уговору о продаји и куйовини*, Београд, 1920, стр. 41.

13 У овом случају је заштита права купца сведена на одговарајућу меру. Продавац није одговоран за вишу силу, али само ако се она догоди услед периода ферментације, Eva Jakob, „Wo gärt der verkaufte Wein“, *Symposion, 1997, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln – Weimar – Wien, 2001, стр. 304.

14 Напротив, тврди Милошевић, ако странке уговоре продају Тицијевог земљишта од десет југера, у случају евентуалног спора, судија ће претпоставити да је реч о

Ипак, упркос томе што се, у основи, иста правила примењују на ствари одређене по роду и индивидуално одређене ствари, уговор о куповини настаје када се странке споразумеју око цене, али се уговор о продаји не сматра коначним све док ствари не буду измерене, извагане и избројане.¹⁵ Међутим, ако се вино продаје по једној амфори, поставља се питање када је уговор о продаји перфектуиран. Исто питање може да се постави и онда када се купује на број ако се цена одређује по броју поједних предмета.

Ослањајући се на мишљење сабинијанаца из Гајевог фрагмента из Дигеста, Бехман и Јуберт тврде да је уговор о продаји и у овом случају коначан тек када су све ствари измерене, извагане и избројане.¹⁶ У свим овим случајевима, решења кореспондирају са нормама нашег ЗЗП, имајући у виду одредбу о значајној несразмери у обавезама уговорних страна на штету потрошача.¹⁷

Посебан облик заштите права купца везан је за значајно ограничење његове одговорности за пропаст индивидуално одређене ствари (*species*) услед више силе. Познато начело *periculum est emptoris*,¹⁸ примењује се од момента када је уговор о продаји већ закључен. У случају продаје под условом, односно постојања суспензивног услова, тај се моменат не поклапа с моментом закључења уговора и постигнутог споразума о битним елементима уговора, већ се поклапа са моментом испуњења услова.

Тако је значајно одступање од општег правила одговорности купца овде присутно кроз решење да купац у периоду „*condicione pendente*“ не може сносити одговорност ризика случајне пропасти ствари, него, напротив, омогућава му да заштити своја права и одржи уговор на снази сразмерним смањењем цене, уколико ствар и даље може бити коришћена и дефекат није такав да јој онемогућава правни промет.¹⁹

Слична решење примењује се у случају погоршања или делимичног уништења ствари. Пениц наводи да ће купац бити ослобођен одговор-

тачно одређеном имању, ако Тиције има такво, јер је у Риму то био редовни начин продаје земљишта, М. Милошевић, *нав. дело*, стр. 197.

15 *D. 18.1.35.5. (Gaius libro decimo ad edictum provinciale).*

16 Овакав уговор је, у неку руку, закључен под одложним условом да ствари буду измерене, извагане и избројане, Artur Bachman, *Der Kauf nach gemeinem Romische Recht*, Koln, 1876, стр. 68; тако и David. J. Joubert, „General principles of the Law of Contract“, *Cambidge Law Review*, 1987, стр. 144.

17 ЗЗП, чл. 46, ст. 1.

18 *D. 18.6.7. (Paulus libro quinto ad Sabinum).*

19 Martin Pennitz, „Ueber das Periculum beim Kaufe, Orbis Iuris Romani“, *Journal of Ancient Law Studies*, Brno – Bratislava, 1998, стр. 84.

ности исплате цене уколико ствар у периоду „*condicione pendente*“ буде видно погоршана у квалитету или делимично буде уништена.²⁰ Чини се да ово решење одговара критеријуму који успостаља наш ЗЗП, штитећи потрошача од несразмере у обавезама уговорних страна на његову штету, односно неоправдано га додатно оптерећујући при извршењу уговорне обавезе.²¹

Према Помпонију, идентично решење се примењује и у случају „*dies incertus*“:

„...*Quod autem sub incerta die debetur, die existente non repetitur.*“²²

Низвесност овако постављеног рока, приближива га, чини се, у великој мери ефекту услова, па се може закључити да је оправдано исто решење о одступању од одговорности купца. Следствено напред изреченом, закључак је да испуњење услова положај купца чини другачијим у односу на општа правила, само уколико је у времену ишчекивања испуњења услова дошло до потпуног или делимичног уништења ствари.

Купац тада стиче право да заштити свој положај користећи корпус тужби *in personam*, и тиме у прилици да поврати исплаћено, да му трошкови буду надокнађени, или да му сразмерно буде смањена цена ствари коју је купио.²³

Наш Закон о облигационим односима, делује, готово идентично римском класичном праву, решава ове случајеве. Тако се предвиђа да, уколико ствар, у тренутку закључења уговора делимично пропадне, купац има право раскида уговора, али, може га и задржати уколико дође до сразмерног снижења цене.²⁴ Међутим, уговор може остати на

20 Погоршано или делимично уништено стање ствари у тренутку „*condicio existit*“ не пада на терет купца, он је своју обавезу извршио „*pendente condicione*“ и може тражити повраћај исплаћеног до тренутка испуњења услова, М. Pennitz, *нав. чланак*, стр. 85.

21 ЗЗП, чл. 46, ст. 1–2.

22 *D. 12.6.16.1. (Pomponius libro 15 ad Sabinum).*

23 Међутим, купац, ако се одлучи да раскине уговор, ће бити и у обавези да продавцу врати такву ствар, заједно са евентуалним њеним плодовима, М. Pennitz, *нав. чланак*, стр. 85.

Ово је посебан случај одступања одговорности купца, у односу на опште начело *periculum emptoris*, с обзиром на околност условљене продаје. Купац је у специфичном положају, који му омогућава не само искључење одговорности, него и коришћење процесних средстава (тужбе *in personam*) заштите својих права, што је недвосмислено производ делатности учених правника и решења која су понудиле школе сабинијанаца и прокулеанаца, чији се представници, као око ретко којег питања, у овом случају, слажу, R. Zimmermann, *The Law of Obligations – character and influence of the civilian tradition*, Stellenbosch, 1992, стр. 144.

24 ЗОО, чл. 459, ст. 2.

снази и купчево право на снижење цене постоји само ако делимична пропаст ствари не смета постизању сврхе уговора.²⁵ На линији са овим решењима, баштинећи идеје римског права, а поштујући традиционале вредности ЗОО, домаћи Закон о заштити потрошача, инсистира да се извршење уговора не сме значајно разликовати од основаних очекивања потрошача нити га додатно оптерећивати без оправданог разлога.²⁶

2. Цена и прекомерно оштећење

„Item pretium in numerata pecunia consistere debet.“²⁷

Ово правило да се цена мора састојати од (готовог) новца од почетка је рађало бројне контроверзе, а њиме се су се посебно бавиле школе сабинијанаца и прокулеанаца.

Гај, следећи своје учитеље, предлаже да се продаја може обављати и помоћу размене ствари, а не само новца, имплицирајући тиме јединствену природу продаје и трампе.²⁸

Сабинијански поглед базира се, у ствари, на историјском аргументу из којег они формулишу начело да и трампа може потпасти под продају, односно да продаја не мора обавезно захтевати и новац.²⁹

Прокуленаски поглед је дијаметрално супротан. Они нису одушевљени сабинијанским аргументима и истичу своје, којим подвлаче јасну разлику између ове две трансакције. Нерва и Прокул истичу да се код продаје јасно види ко је продавац а ко купац, шта је предмет продаје а шта није. Код трампе, међутим, немогуће је направити исту разлику.³⁰ Прокул и Офилије, како Гај сведочи, одричу било какву могућност да се продаја обавља без новца и инсистирају на раздвојености трампе и

25 ЗОО, чл. 459, ст. 3.

26 ЗЗП, чл. 46, ст. 1–3.

27 *D. 18.1.1. (Paulus libro 33 ad edictum).*

28 *Gai Inst. 3.141.*

29 *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit, dim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus in utilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri supereset alteri desit sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum haberes quod ego desiderarem, invicem heberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret eaque material forma public percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur – D. 18.1.1. (Paulus libro 33 ad edictum).*

30 *...nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit. – D. 18.1.1.1. (Paulus libro 33 ad edictum); D. 19.4.1. (Paulus libro 32 ad edictum).*

продаје.³¹ Крајем класичног периода овај, чини се, утемељенији правни став прокулеанаца односи превагу, што ће и Јустинијан потврдити.

У томе Милошевић, између осталог, види и разлоге што је трампа у класичном праву остала без правног уређења и развијала се независно од правила о продаји.³²

Оно у чему се обе школе начелно слажу је да је трампа старији облик од продаје. Такав став је шире прихваћен и у романистици.³³

Класично римско право поставља услов да цена мора бити одређена или бар одредива: *pretium certum esse debet*.³⁴

Одређеност цене претпоставља фиксно одређивање износа, али не и само то. У вези са овим је и питање ко може одредити цену у уговору о продаји. Јасно је да то могу бити стране уговорнице, али контроверза настаје око питања да ли цену може одредити и неко треће лице?

Ово је био довољан разлог за нови правни сукоб сабинијанске и прокулеанске школе, о чему сведочи Гај. Тако, ако купцу и продавцу цену одреди неко треће лице, Лабееон и Касије одричу да ту постоји било какав посао, док Офилије и Прокул сматрају да се и у том случају може говорити о продаји.³⁵

И у овом случају прокулеански став односи превагу, јер га је Јустинијан усвојио.³⁶

Наиме, одређивање цене може бити поверено трећем лицу које се у посткласичном праву назива *arbitrum bonus vir*. У литератури се може наћи и мишљење да је уз то неопходан један услов. Њега наводи Трејтел: да то лице буде спремно да прихвати одређивање цене.³⁷ Делује да је ово решење ембрион једног од критеријума које домаћи ЗЗП дефинише у вези са неправичним одредбама а који се односи на околности у којима се постиже сагласност о садржини уговора.³⁸ Сагласност странака о цени, чини се, представља суштину консензуса уговора о продаји и модерног потрошачког уговора.

31 *Gai Inst.* 3. 141.

32 М. Милошевић, *нав. дело*, стр. 337.

33 R. Zimmermann, *The Law of Obligations – character and influence of the civilian tradition*, стр. 250; Alastair James Kerr, *The principles of the Law of Contract*, Oxford, 1980, стр. 203 Giuseppe Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Napoli, 1963, стр. 77.

34 *Iust. Inst.* 3.23.1.

35 *Gai Inst.* 3.140.

36 *Iust. Inst.* 3.23.1.

37 Guenter H. Treitel, *The Law of Contract*, Cambridge, 1987, стр. 111.

38 ЗЗП, чл. 46.

Слична корелација постоји и у вези са захтевом да цена мора бити истинита,³⁹ јер, у основи, полази од идеје забране фиктивних и симулованих уговора у којима странке привидном продајом уговарају и обављају недозвољене трансакције.

Уговор мора бити закључен са намером да се уговорена цена заиста и исплати:

„*Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere.*“⁴⁰

„Када неко, продајући ствар, стави цену за коју не очекује да ће бити исплаћена, јер намерава да њу ствар поклони, неће се сматрати да је ствар продао.“

Ово ипак не значи да је исплата цене *condicio sine qua non* уговора: оно што јесте неопходно је сама обавеза да цена буде исплаћена.⁴¹

Вотсон наводи да валидност уговора није испуњена уколико обавеза исплате цене потом ослобађа уговорне странке одговорности у случају да цена заиста и не буде исплаћена.⁴²

Суштина је, дакле, да цена треба да буде озбиљно схваћена без обзира на њен износ. И Цулуета и Цимерман се до детаља слажу да цена може бити и веома ниска, па да уговор о продаји опстане, уколико странке имају озбиљну намеру да и таква цена буде исплаћена.⁴³

Једино ако је цена „подругљива“ (видно неозбиљна – „*nitto iusto*“),⁴⁴ могло би се претпоставити да странке немају на уму закључење уговора о продаји већ неки други циљ, а то би и наш Закон о заштити потрошача могао да подведе под неправичну уговорну одредбу.⁴⁵

У време Јустинијана *pretium iustum* је важан захтев и то у интересу продавца: ако није примио више од половине стварне цене, он је имао право да тражи раскид уговора због тзв. прекомерног оштећења

39 D. 18.1.35.1. (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*).

40 D. 18.1.36. (*Ulpianus libro 43 ad edictum*).

41 D. 18.1.2.1. (*Ulpianus libro primo ad Sabinum*).

42 Alan Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford Clarendon Press, стр. 43

43 Francis de Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Oxford Clarendon Press, 1945, стр. 19; R. Zimmermann, *The Law of Obligations – character and influence of the civilian tradition*, стр. 252.

44 D. 19.2.46. (*Ulpianus libro 69 ad edictum*).

45 „...*hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est*“ – D. 4. 4. 16. 4. Тако се продаја између мужа и жене може на исти начин окарактерисати услед неозбиљне цене, јер је, видимо, реч о покушају симулованог поклона, а поклон је међу супружницима забрањен.

(*laesio enormis*).⁴⁶ Купац је, међутим, могао да одржи валидност уговора уколико прихвати да доплати до правичне цене.

О овоме говоре два Диоклецијанова рескрипта⁴⁷ и, премда се о оригиналности ових решења у науци живо расправља,⁴⁸ из цитираних фрагмената може се извући неколико закључака: *laesio enormis* се односи на случај да је несразмера преко половине (*ultra dimidium iusti pretii*). Ово начело се односи само на случај промета непокретностима (*fundus*) а право да захтева поништај уговора припада само продавцу.⁴⁹ Међутим, купац своја права може заштити уколико пристане да доплати до правичне цене, и тиме одржи уговор на снази,⁵⁰ што недвосмислено потврђују наведени извори (осим уколико није реч о *dolus*-у).

Може се, следствено овоме, закључити да је положај купца и његова заштита права у случају нестрасмерно дате цене, у великој мери, ограничена вољом продавца. Продавац је тај који може захтевати раскид уговора у случају да није примио ни половину вредности ствари. Делује како је продавац у нешто бољем положају и да је оваква заштита купца ипак само ограничена. Међутим, купац може својом вољом уговор сачувати валидним и заштити своја права давањем новца до оног износа

46 Михајло Константиновић, „Оштећење преко половине и зеленашки уговори“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/1954, стр. 135.

47 С. 4.44.2, С. 4.44.8.

48 Мекинтош ова решења приписује Диоклецијану и његовом Едикту о максимизирању цена, James Mackintosh, *The Roman Law of Sale*, Edinburg, 1907, стр. 133. Исти став заузима и Перниће, наводећи конституције Аркадија и Хонорија из 398. године о цени остијског хлеба, као и Хоноријеву и Теодосијеву конституцију из 413. године о цени рибе, за које тврди да се базирају, у основи, на Диоклецијановим конституцијама у којима је регулисано прекомерно оштећење, Alfred Pernice, *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Weimar, 1873, стр. 142.

Бројнији су романисти који тврде супротно. Цуљета и Цимерман верују да има основа да се верује да је Јустинијан аутор поменутог решења, R. Zimmermann, *The Law of Obligations – character and influence of the civilian tradition*, стр. 261. Цуљета сматра да су Диоклецијанови рескрипти интерполирани, F. de Zulueta, *nav. дело*, стр. 19. Да је Јустинијан оригинални аутор тврди и Диожди, који наводи да су ова решења у контрадикцији са фрагментима из Диоклецијановог времена, па се не може закључити да су његово дело, Gyorgy Diosdi, *Contract in Roman Law from the Twelve Tables to the Glossators*, Cambridge, 1921, стр. 100. Албертарио рашчлањујући конституцију С. 4.44.2, говори о тексту „*rem maioris pretii*“ као интерполираном, закључујући да се *laesio enormis* може приписати једино Јустинијану, Emilio Albertario, *Studi di diritto romano, vol. III– Obligationi*, Milano, 1936, стр. 166. Сличан став заузимају и Шулц и Фреца, који не остављају никакву дилему – *laesio enormis* приписују искључиво Јустинијану без помињања Диоклецијана, Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, стр. 89; Paolo Frezza, *La garanzie delle obbligazioni I*, Napoli, 1962, стр. 133.

49 Hannu Tapani Klami, „*Laesio enormis* in Roman Law“, *Labeo*, 33, 1987, стр. 268.

50 Obrad Stanojević, „*Laesio enormis* e contadini tardoromani“, *Atti*, 1978, стр. 122.

који се сматра правичним (*facultas alternativa*). У одређеним ситуацијама, ова могућност купца није безвредна. У време смираја римске државе социјалне разлике биле су израженије него у класичном периоду. Цене прехрамбених производа вишеструко су порасле, упркос настојањима да се максимизирају. Ни земља у Италији више не пружа изобилне плодове као раније. Државне финансије су у све већим потешкоћама а новчана привреда у сталном опадању.⁵¹ Могућност купаца да ипак одрже уговор на снази одговарајућом доплатом цене, понекад је за њих значила више него раскид уговора. Ово је, вероватно, последица покушаја да се спречи широко сиромашење сељака и њихово претварање у колоне. Можда се у овом разлогу може тражити основ даљег развоја правила *laesio enormis*. У средњем веку, његов развој иде ка томе да се продавац и купац поставе у исти положај. Проширење овог правила и на купца, не само за продају, него и за неке друге теретне уговоре, указује да је римско право намеравало да и у овом погледу садржајније заштити права купца. Отуда и не чуди што наш Закон о заштити потрошача омогућава потрошачу, као слабијој уговорној страни, идентичну могућност избора, забрањујући очигледну и значајну несразмеру у испуњењу уговорних обавеза на штету потрошача.⁵²

III Забрана насртљивог пословања

Насртљиво пословање, према слову Закона, постоји ако узимајући у обзир све околности конкретног случаја, трговац узнемиравањем, *йринудом, укључујући и физичку йринуду* (подвукао В. Вулетић) или недозвољеним утицајем, нарушава или прети да наруши слободу избора или понашање просечног потрошача у вези са одређеним производом и на тај начин наводи или прети да неведе просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.⁵³

Из овако постављене законске дефиниције делује да су неке одредбе о забрани насртљивог пословања у тесној вези са институтом принуде која означава правну ситуацију у којој једна страна присили другу да закључи неки штетан правни посао, који, иначе, не би закључила да принуде и силе није било.⁵⁴ Принуда је, под одређеним условима, један од облика мане воље, које се могу отклонити конвалидацијом уговора а у на-

51 *Ibid.*

52 ЗЗП, чл. 46, ст. 1.

53 ЗЗП, чл. 24.

54 Има аутора који опрезно гледају на могућност да претња и принуда буду основ заштите потрошача, будући да су отворене претње ретке и да се продавци служе далеко софтицираним средствима, Марко Ђурђевић, „Заштита потрошача пре-

шем савременом праву је хибридни, приватноправни⁵⁵ и јавноправни⁵⁶ институт. Међутим, свој двоструки правни карактер, услове под којима постоји и степеновање заштите лица које је под принудом деловало, овај институт дугује римском класичном и Јустинијановом праву.

Римско право је, у почетку, принуду дефинисало као *vis ac metus* (сила и страх). Пандектисти су, током средњег века, направили дистинкцију која се и данас користи у литератури, разликујући тзв. *vis compulsiva* – претњу, стављање у изглед неке опасности или озбиљне непријатности по странку уколико не поступи по вољи онога који је претњу извршио, и тзв. *vis absoluta*, чисту присилу, физичку принуду, код које странка није ни била у могућности да изјави било какву вољу.⁵⁷ Дакле, у овом случају, није ни реч о недостатку воље, него о потпуном одсуству воље, будући да је физичка сила управљена на nanoшење физичког бола (увртање руке у намери потписивања уговора, насилно уношење опојних дрога у организам не би ли се изнудио пристанак).⁵⁸ У римском праву, оваква ситуација и није потпадала под *metus*, па је оштећена страна користила тужбу из инјурије. Делује да ЗЗП, за разлику од решења римског права, на исти начин третира оба ова појавна облика, имајући у виду да, под насртљивим пословањем, укључује и физичку принуду.

Римски класични правници посвећују значајну пажњу овом институту, па се тако у Улпијановом фрагменту из Дигеста,⁵⁹ окрива недвосмислени став да ништа није у таквој мери супротно сагласности странака, као присуство силе и страха. Штавише, тврди Улпијан, ове околности се морају узимати у обзир приликом суђења послова *bona fidei*, јер би супротно било противно моралу.

ма општим правилима о закључењу уговора“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2009, стр. 275.

55 Закон о облигационим односима (*Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003; даље у фуснотама: ЗОО), чл. 60.

56 Кривични Законик Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005; даље у фуснотама: КЗ), чл. 135.

57 Истине за вољу, ова дистинкција није доследно спроведена у свим модерним грађанским законима (чл. 28, 537, 937 Српског грађанског законика – СГЗ, чл. 870 и 874 Аустријског грађанског законика – АГЗ, чл. 29 Швајцарског законика о облигацијама). Насупрот овоме, у Општем имовинском законнику за Црну Гору – ОИЗ недвосмислено се разликују термини „насиље“ и „озбиљно плашење“ као два посебна облика принуде (чл. 518, 908 ОИЗ). Међутим, у савременом домаћем праву термин „принуда“ изгледа да обухвата оба случаја: и чисту физичку принуду и стављање у изглед опасности (тако и наш Кривични законик, чл. 149).

58 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, стр. 305; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2012, стр. 336.

59 *D. 50.17.116 (Ulpianus libro undecimo ad edictum)*.

Тако је 79. године п. Х. претор Октавије први пут формулисао механизам заштите у ситуацији „*per vim aut metum auferre*“, тужбом која је по њему добила име *formula Octaviana (actio quod metus causa)*.⁶⁰ Улпијан нам саопштава преторову намеру да не дозволи ни један правни посао који је склопљен услед принуде – *quod metus causa gestum erit, ratum non habebit*.⁶¹ Претор је, изгледа, полазио од тога да, у случају принуде, није само реч о мани воље, односно о свесном нескладу између мишљене и исказане воље, већ о правно потпуно недопуштеном формирању воље.⁶² Наш законодавац је на линији са овим римским ставом, будући да инсистира да је недозвољени утицај на потрошача сваки онај који битно ограничава његову способност да разумно одлучује, било да је физичка сила употребљена или је само стављена у изглед.⁶³

Битни критеријуми, на основу којих се одређује постојање насртљивог пословања, су, између осталог, и употреба претећег или увредљивог језика и понашања и претња трговца да ће према потрошачу предузети одређену радњу која није у складу са законом.⁶⁴ У оба случаја потрошач се суочава са ситуацијом која у њему побуђује оправдани страх и наводи га на доношење економске одлуке коју, иначе, не би донео. Ембрион ове идеје зачет је у римском праву: услов постојања страха садржан је у Гајевом фрагменту из Дигеста:

„*Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.*“⁶⁵

Види се да право на заштиту има она странка која је претрпела озбиљан страх. То не може бити страх који би иначе плашљивог човека принудио на закључивање правног посла, већ онај који би оправдано обузео и најхрабријег човека (*vir constantissimus*).

Услов противправности такође је дефинисан у решењима римске јуриспруденције: претња је морала бити противправна, озбиљно

60 М. Милошевић, *нав. дело*, стр. 398; Иво Пухан, *Римско право*, Београд, 1977, стр. 285; Меријан Хорват, *Римско право*, 1958, стр. 357; Драгимир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1973, стр. 290; R. Zimmermann, *The Law of Obligations – character and influence of the civilian tradition*, стр. 653. Ово је, тврди Купиш била историјски почетна тачка од које је започето стварање система заштите услед бруталне принуде, која се, још јасније и интензивније, може сагледати у Хадријаново време, Berthold Kupisch, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin – New York, 1974, стр. 158.

61 *D. 4.2.1. (Ulpianus libro undecimo ad edictum)*.

62 Тако и I. Puhán, стр. 285.

63 33П, чл. 24.

64 *Ibid.*

65 *D. 4.2.6. (Gaius libro quarto ad edictum provinciale)*. У истом смислу и Улпијан, *D. 4.2.7. (Ulpianus libro 11 ad edictum)* „...si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur, quoniam neque metus causa factum est.“

мишљена, непосредна и упућена сауговарачу лично или члановима његове најближе породице.⁶⁶ Следствено овоме, правни послови, предузети *propter trepidationem mentis causa instantis vel futuri periculi*,⁶⁷ због страха и узнемирености услед садашње или будуће опасности, нису правно ваљани.

Утицај ових решења је јасно видљив у одребама Закона о облигационим односима, који је, подсетимо, у значајној мери послужио као узор редакторима Закона о заштити потрошача. Тако је у ЗОО принуда дефинисана као мана воље:

*„Ако је уговорна сйрана или неко йрећи недойушйеном радњом изазвао ойравдани сйрах код друје сйране йако да је ова збой йоја закључила уйовор, друја сйрана може йражийи да се уйовор йонишйи.“*⁶⁸

Јасно је да је овде реч психичкој, посредној принуди, будући да је већ констатовано да физичка принуда није мана воље, него одуство било какве воље.⁶⁹ Имајући у виду принуду као ману воље, она се мора посматрати у контексту оправданог страха (а изазвао га је сауговарач или неко други) који је уговорну страну определио на закључење правног посла:

*„Сйрах се смайра ойравданим ако се из околностйи види да је озбиљном ойасношйу уйрожен живој, йело или друйо значајно добро уйоворне сйране или йрећеј лица.“*⁷⁰

Паралеле са резултатима до којих је дошла римска јуриспруденција изгледа да се могу лако повући. Изгледа да и наш законодавац, попут Улпијана,⁷¹ инсистира на томе да страх мора бити оправдан. Такав је уколико је уперен против живота, тела или другог значајног добра⁷² уговорне стране или трећег лица. Потпуно идентично, анализирано је, тврди и римско право. Претња која изазива оправдани страх може бити и морална претња (када једна страна прети другој да ће у јавности открити неку њену посебно поверљиву тајну) или таква претња која злоупотребљава нужду сауговарача (једна страна инсистира на томе да

66 D. 2.1-9.

67 Ibid.

68 ЗОО, чл. 60, ст. 1.

69 О. Антић, *нав. дело*, стр. 336.

70 ЗОО, чл. 60, ст. 2.

71 D. 4.2.3. (*Ulpianus libro 11 ad edictum*).

72 „Друго значајно добро“ се, пише Антић, цени према субјективном критеријуму (нпр. у циљу утицаја на вољу сауговарача лице запрети да ће бацити у камин једну фотографију његових предака.), О. Антић, *нав. дело*, стр. 336.

сауговарач купи од њега какву ствар која му није потребна, јер му, у супротном, он неће продати неопходни лек, који сауговарач не може да набави у кратком временском интервалу, а хитно му је потребан).⁷³ У истом контексту наш ЗЗП омогућава заштиту потрошача у случају да је трговац принудом (укључујући и физичку) недозвољено утицао на доношење економске одлуке, коју потрошач, да принуде није било, не би донео.⁷⁴ Чини се да и домаћи законодавац, попут римских класичних јуриспрудената, инсистира на идентичним условима заштите потрошача од насртљивог понашања трговца, узимајући као меродавне критеријуме противправност и оправдан страх.

IV Закључак

Претходна анализа је показала да да делује да је наш законодавац имао ваљан узор, ненадмашан правни извор у решењима римске класичне јуриспруденције и Јустинијанових доприноса. Имајући у виду пре свега интерес потрошача, као слабије уговорне и слабије информисане стране, наш Закон о заштити потрошача покушао је да свеобухватно предвиди правне ситуације у којима потрошач може бити оштећен услед неправичних уговорних одредби. Притом, норме и критеријуми које Закон промовише, у значајној мери кореспондирају са идејама које је поставило римско право.

Баштинећи богатство мисли и традиционалну вредност решења римских класичних правника, домаћи законодавац је, угледајући се и на домашаје Грађанског законика за књажевство Србију из 1844. године и посебно Закон о облигационим односима из 1978. године, настојао да ово важно питање уреди што квалитетније и универзалније. „Из грмена великога, лафу изаћ трудно није“, вели Његош. Изузетна правничка решења су нам већ доступна, векови су их потврдили, потребно је само послушнути потребе савременог човека и на провереном и постојаном римском темељу изградити стабилне институције.

73 Борислав Благојевић, Врлета Круљ (уредници), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1983, стр. 221.

74 ЗЗП, чл. 24.

Vladimir VULETIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

CONSUMER PROTECTION BASED ON ROMAN FOUNDATIONS REGARDING UNFAIR CONTRACT TERMS AND INTRUSIVE BUSINESS

Summary

Consumer Protection Act of 2010 pays special attention to the mechanisms of consumer protection in the event of aggressive operations and enforcing contracts containing unfair terms.

In this context, it is insisted on the nullity of unfair contract provisions extensively, primarily those that result in significant discrepancies in the obligations of parties to the detriment of consumers, the fact that the performance of the contract is materially different from what the customer legitimately expected, or execution of contractual obligation burdens the consumer without a valid reason.

On the other hand, Consumer Protection Act also protects from the so-called aggressive operations or any situation in which a trader by harassment and coercion, including physical coercion or undue influence, distorts or threatens to violate the freedom of choice of the average consumer.

The author attempts in this paper, by analyzing the current legal provisions, to indicate their basis in the achievements of classical Roman law. In this regard, highlighted are the achievements of classical Roman jurisprudence with regard to the fulfillment of the contract of sale in relation to the subject matter and price, as well as relevant elements of the contract. At the same time, the author points to a clear link between the classical and Justinian law regarding the regulation of protection under duress, with the modern institute of aggressive operations and analog consumer rights.

It is concluded that, at the same time, it was not too difficult for our legislator to regulate these issues well, considering the classical model, and so, quoting Petar Petrović Njegoš: "Good role model makes a success."

Key words: Consumer Protection Act, aggressive operations, coercion, unfair contract terms, Roman law.

мр Валенти́на ЦВЕТКОВИЋ-ЂОРЂЕВИЋ
асистент на Правном факултету Универзитета у Београду

О ПОТРЕБИ ПОСТОЈАЊА ВЕРЗИОНЕ ТУЖБЕ У СРПСКОМ ПРАВУ*

Резиме

Верзиона тужба (*actio de in rem verso*) настала је у римском праву као једна од преџорских адјекџиџионих тужби (*actiones adiecticiae qualitatis*) на основу којих је џаџерфамилијас одјоварао за конџракџне обавезе које су џреузела џему џоџчињена лица. Верзиона тужба џримењивала се и у вековима који су уследили након џроџасџи римске државе али у измењеном облику. У средњовековном оџиџем праву (*ius commune*) усџалила се као тужба која се заснива на уџоџреби сџвари у џуђу корисџ. Међуџим, XIX век донео је нејединсџвеносџ у џеном ређулисању. Наиме, у Пруском и Аусџријском џрађанском законику џроџисана је у облику који је добила у оџиџем праву – као тужба из корисне уџоџребе. С друје сџране, Француски и Немачки џрађански законик уоџиџе нису ређулисали верзиону тужбу. Немачки џрађански законик у чл. 812 ређулисао је оџиџу тужбу из неоснованоџ обоџађења која је џримењива на све случајеве џравно неоснованоџ обоџађења збоџ чеџа је џосебно уређивање верзионих случајева џосџало неџоџребно. У Француској је оџиџу тужбу из неоснованоџ обоџађења џод називом *actio de in rem verso* увела судска џракса. Закон о облиџационим односима РС џроџисује јединсџвен инсџиџиуџи џравно неоснованоџ обоџађења у чл. 210–219. Уколико се џрихваџи да је чланом 210 сџ. 1 ређулисана оџиџа тужба из неоснованоџ обоџађења, џосебно ређулисање уџоџребе сџвари у џуђу ко-

* Рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

рисиј из чл. 217 постојаје сувишно стоја што се верзиони случајеви могу решити применом ошћине правила.

Кључне речи: *actio de in rem verso*, ошћина тужба из неоснованог обогаћења.

Посебан институт правно неоснованог обогаћења настао је у XIX веку као последица историјског развоја неколико древних установа римског права – кондикције, верзионе тужбе и тужбе из пословодства без налога.¹ Свим овим установама заједничко је то што се непосредно или посредно заснивају на начелу забране неоснованог обогаћења које је изразио Помпоније: „По природи, правично је да се нико не обогати на штету другог.“² Међутим, много векова требало је да прође да би ово начело постало директан повод стварања посебног правног института којим се настојало обезбедити санкционисање свих случајева правно неоснованог обогаћења који нису могли бити решени применом већ постојећих установа. Па ипак, погрешно би било закључити да правно неосновано обогаћење представља еклектичку установу која је само интегрисала поједине елементе већ постојећих правних института. Дајући Помпонијевом начелу о забрани неоснованог обогаћења карактер правне норме, приступило се формулисању услова под којима она може бити примењена и који су одредили обим примене ове установе. Ти услови и данас се профилишу кроз законодавство и судску праксу која покушава да одговори на изазове времена и нових околности у којима се примена института правно неоснованог обогаћења показује целисходна. Управо због своје актуелности која вековима не јењава, овај институт доживљава преображаје који су условљени променом и настанком нових друштвених околности које захтевају стално преиспитивање постојеће правне регулативе у тежњи за стварањем не само ефикасног већ и праведног правног поретка. Имајући у виду значај овог института у упоредном праву који је нарочито у Немачкој и англо-саксонским државама показао велики потенцијал за целисходно решавање многих

1 У грађанским кодификацијама јединствени институт правно неоснованог обогаћења први пут је регулисан у Швајцарском законнику о облигацијама из 1883. и Немачком грађанском законнику из 1900. године. Међутим, пре њих донет је низ законика појединих швајцарских кантона и немачких покрајина који наговештавају другачији приступ у материји правно неоснованог обогаћења. Владимир Капор, *Обогаћење без основа* (необјављена докт. дис.), Београд, 1951, стр. 25–26.

2 D. 12,6,14: *Natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem*. Исто начело у нешто другачијој формулацији које се такође приписује Помпонију налази се у D. 50,17,206: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem*.

спорних ситуација, чини се да би домаћа литература требало да покаже веће интересовање у овој материји које би засигурно довело до шире примене правно неоснованог обогаћења у судској пракси.³

Специфичност правних поредака који познају јединствени институт правно неоснованог обогаћења јесте постојање опште тужбе која је усмерена на санкционисање неоснованог обогаћења.⁴ У средњем веку у недостатку опште тужбе из обогаћења многи случајеви неоснованог обогаћења решавали су се применом верзионе тужбе. У даљем раду најпре се даје преглед развоја верзионе тужбе од римског права до водећих европских грађанских кодификација, а потом се разматра регулисање ове тужбе у Закону о облигационим односима РС.⁵

I Историјски развој верзионе тужбе

1. Римско право

Верзиона тужба у римском праву настала је услед специфичности римског робовласничког система и устројства римске породице у којој је само патерфамилијас имао правну способност, те је у начелу једини могао да поседује имовину. Отуда је важило правило да све што потчињено лице стекне припада његовом патерфамилијасу.⁶ У околностима квалитативних и квантитативних промена римске државе које су

3 До сада једину студију на тему неоснованог обогаћења код нас написао је Владимир Капор под називом *Обогаћење без основа* из 1951. год. Посебно треба истаћи два чланка од којих је први написао Драгољуб Аранђеловић „О неправедном обогаћењу“, *Архив за правне и друшћивене науке*, књ. XI, бр. 5–6/1925, стр. 399–424. а други Јелена Даниловић „Неосновано обогаћење“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–4/2001, стр. 492–510. Поред тога види Валентина Цветковић-Ђорђевић, „Општа тужба из неоснованог обогаћења“, *Правни животи*, том II бр. 10/2013, стр. 421–435.

4 У упоредном праву међу правним порецима који познају општу тужбу из неоснованог обогаћења разликују се два њена основна модела: француско-италијански и немачко-англо-саксонски. У Италији као и у Француској захтева се пет услова за примену опште тужбе из обогаћења: 1) обогаћење, 2) штета, 3) узрочно-последична веза између обогаћења и штете, 4) непостојање правног основа обогаћења, 5) супсидијерност тужбе из обогаћења. За разлику од Италије и Француске у Немачкој и англо-саксонским државама не поставља се услов супсидијерности тужбе из обогаћења као ни услов да је тужени претрпео имовинску штету. Услови који се у немачком праву захтевају су: 1) обогаћење једне стране (туженог) на рачун друге (тужиоца), 2) непосредност обогаћења тј. да се једна страна непосредно обогатила на рачун друге, 3) неоснованост обогаћења. Paolo Gallo, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, стр. 13–18.

5 Закон о облигационим односима (*Сл. лист ЦФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Сл. лист ЦРЈ* бр. 31/93; даље у тексту: ЗОО).

6 Max Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 2. Auflage, München, 1971, стр. 286.

нарочито дошле до изражаја након другог Пунског рата, постаје немогуће да патерфамилијас обавља сâм све послове разгранатог правног промета већ у ту сврху овлашћује своја потчињена лица (синове и робове) која делају као нека врста његове „продужене“ руке. Потчињено лице у правном смислу није поседовало сопствену имовину из које би испунило преузету обавезу. Уколико патерфамилијас није хтео добровољно да изврши обавезу коју је преузело његово потчињено лице, није могао бити правно принуђен на њено испуњење. У циљу несметаног одвијања правног промета, било је неопходно да се патерфамилијас учини одговорним за испуњење контрактних обавеза својих потчињених лица. У ту сврху претор је установио адјектиционе тужбе (*actiones adiecticiae qualitatis*)⁷ које су омогућавале да у случају склапања контракта са потчињеним лицем на испуњење обавезе коју је оно преузело буде осуђен његов патерфамилијас. Једна од преторских адјектиционих тужби била је *actio de in rem verso*. Поверилац лица *alieni iuris* или роба који своје потраживање није могао да наплати из пекулијума⁸ свог дужника, помоћу ове тужбе наплату је вршио из имовине дужниковог патерфамилијаса, под условом да је патерфамилијас имао корист (*versum*) од закљученог уговора која се огледала у вредности која је ушла у његову имовину. Шеф породице одговарао је ограничено – до висине те вредности, при чему није било потребно да она постоји и у време подизања тужбе.⁹

Проширење примене верзионе тужбе у римском праву настало је услед једне Диоклецијанове конституције (С. 4,26,7,3).¹⁰ Према њој, *actio de in rem verso* може се употребити и ако је уговор из кога је тужени имао користи, тужилац закључио са слободним лицем које је делало као пословођа без налога (*negotiorum gestor*) туженог.

7 Од адјектиционих тужби треба разликовати ноксалне тужбе на основу којих је патерфамилијас одувек одговарао за деликте својих потчињених лица. Жика Бујуклић, *Forum Romanum. Римска држава, право, религија и митови*, 6. издање, Београд, 2012, одредница *actiones noxales*, стр. 116; Милена Полојац, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrade, 2003, стр. 113–129.

8 *Peculium* (од *pecus* – стока, стадо) представља део имовине који је патерфамилијас уступао на коришћење својим синовима и робовима. Њен назив указује да је првобитно додељиван део породичног стада, док је касније потчињеним лицима повераван део земљишта или свота новца. Над тим делом добара ова лица нису стицала својинска овлашћења, већ је пекулијум и даље остајао формално у власништву патерфамилијаса. Међутим, потчињена лица имала су широку могућност фактичког располагања повереним добрима на основу чега је остварено широко укључивање у пословни живот лица која су се налазила под влашћу патерфамилијаса. Ж. Бујуклић, *нав. дело*, одредница *peculium*, стр. 569–571.

9 D. 15,3,3,7; D. 15,3,3,8.

10 Felix Mendelson, *Die actio de in rem verso utilis im römischen Rechte*, Breslau, 1904, стр. 21–26.

2. Опште право (*ius commune*)

У области примене верзионе тужбе глосатори и коментатори нису остварили значајнији помак. Запажен развој верзионе тужбе јавља се тек у XVII и XVIII веку. Имајући ослонац у наведеној конституцији, почетком XVII века *actio de in rem verso* примењивала се без обзира да ли је лице са којим је тужилац закључио уговор у зависном положају према туженом или је слободно лице које води његове послове. Тужба која се темељила на уговору слободних лица називала се *actio de in rem verso utilis*.¹¹ Како је *versio in rem* настајала услед вођења послова за туженог, елемент који је условљавао примену верзионе тужбе био *contrahere in utilitatem alterius* тј. склапање уговора у корист другог.¹² Када је усвојен принцип директног заступања, примена верзионе тужбе сужена је на ситуације у којима је заступник прекорачио своју пуномоћ или је није имао, или када из других разлога није могао да обавезе лице коме је припала корист из закљученог уговора. Дешавало се да се у овим случајевима није могло доказати да је лице са којим је тужилац закључио уговор водило послове туженог, па се одустајало од захтева да је то лице делало као заступник или пословођа без налога туженог (*negotiorum gestor*).¹³ Тако се дошло до тога да је за примену верзионе тужбе довољно да постоји *alienus contractus* тј. уговор тужиоца са трећим лицем и *versio in rem* тј. да је тужени из тог уговора стекао корист.¹⁴ Временом су се у општем праву (*ius commune*) јавили случајеви тзв. нетехничке верзије (*untechnische versio in rem*) који су са типичним, тространим случајевима верзије имали заједничко то што је тужилац морао да докаже постојање користи код туженог.¹⁵ Као пример нетехничке верзије наводи се уговор са пословно неспособним лицем.¹⁶

11 Природноправним оживљавањем Помпонијевог начела да се нико не може обогатити на штету другог, правници су почели истицати да је оно циљ тужбе *de in rem verso*. Тај исти циљ дозвољавао је примену тужбе и на случајеве у којима је особа која је закључила уговор са тужиоцем својевласна особа (*sui iuris*). *Quintque ratio huius edicti in ipsa aequitate fundamentum reperiat: merito utilis actio de in rem verso datur, quando ex contractu negotiorum gestor, qui sui iuris est, aliquid in rem domini versum est.* Heineccius §191, нав. према Berthold Kupisch, *Die Versionsklage*, Heidelberg, 1965, стр. 17.

12 В. Kupisch, нав. дело, стр. 20.

13 В. Kupisch, нав. дело, стр. 21.

14 Јелена Даниловић, „Actio de in rem verso од римског права до аустријског ОГЗ“, *Анали Правној факултету у Београду*, април–јун 1968, стр. 252.

15 В. Kupisch, нав. дело, стр. 38.

16 Писац из тог периода S. Stryck каже да је уговор закључен са малолетником ништав све дотле док поверилац не докаже верзију односно обogaћење дужника – *Contractus itaque cum pupillo initus tam diu erit nullus, usque dum creditor versionem in*

Разлика између типичних верзионих и случајева нетехничке верзије огледа се у томе што је код првих уговор склопио тужилац са трећим лицем, док је код других уговор закључен између тужиоца и туженог. У другој половини XVIII века долази до изједначавања нетехничких и типичних верзионих случајева тиме што се и код првих, уместо тужбе из закљученог уговора на вредност верзије, додељивала тужба *de in rem verso*. Дотадашња формулација верзионе тужбе која је претпостављала корист насталу из туђег уговора (*versio in rem ex contractu alterius*) није више била одржива. Отуда је, услед укључивања случајева нетехничке верзије у поље примене верзионе тужбе, као једини постављен захтев да постоји корист прибављена на рачун тужиоца.¹⁷ Верзиона тужба показала се као веома флексибилна јер се могла применити у свим случајевима у којима је тужени остварио корист због чега је постала примарно средство за спречавање правно неоснованог обогаћења у немачким земљама у XVIII веку. Остварена корист представља битан елемент савременог института правно неоснованог обогаћења, због чега се *actio de in rem verso* сматра његовом претечом.

Формулација коју је *versio in rem* на прелазу из XVIII у XIX век у општем праву добила, могла је бити искоришћена за стварање опште тужбе из обогаћења. Међутим, доношење великих грађанских кодификација карактерише нејединственост у погледу регулисања верзионе тужбе. Наиме, она је у облику у коме се развила у општем праву (*ius commune*) наставила да постоји у Пруском грађанском законнику из 1794. год. (*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*) и Аустријском грађанском законнику из 1811. год. (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), док је Француски грађански законик из 1804. год. (*Code Civil*) уопште није регулисао већ је она уведена одлуком Касационог суда у чувеном спору *Boudier* из 1892. год. Немачки грађански законик из 1900. год. (*Bürgerliches Gesetzbuch*) такође није регулисао верзиону тужбу. Новина коју је он увео била је посебно регулисан институт правно неоснованог обогаћења у оквиру кога је чланом 812. предвиђена општа тужба из неоснованог обогаћења. Она је формулисана тако да у свом првом делу регулише исплату недугованог, а у другом делу остале случајеве правно неоснованог обогаћења у које се сврставају и верзионих случајеви.

rem, sive hunc exinde factum esse locupletioem, probaverit, Continuatio – usus modernus pandectarum, D. 12. 1. § 17, нав. према В. Kupisch, стр. 38. Притом се на исти начин третирају и случајеви у којима лицу из других разлога а не због малолетности недостаје пословна способност.

17 В. Kupisch, нав. дело, стр. 40.

3. Пруски грађански законик и Аустријски грађански законик

Опште право (*ius commune*) представљало је основу Пруског законика из 1794. године (*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*, скраћено ALR) и Аустријског грађанског законика из 1811. године (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* – скраћено ABGB). Оба кодекса прописују верзиону тужбу (тзв. тужбу из корисне употребе – *Klage aus nützlicher Verwendung*) која садржи карактеристике које је током развоја стекла у општем праву.

Пруска верзиона тужба самостално¹⁸ је регулисана у I делу 13. наслова – *Von Erwerbung des Eigentums der Sachen und Rechte durch einen Dritten* – „О стицању својине на стварима и правима путем трећег“, у последњем одељку – *Von nützlichen Verwendungen* – „О корисној употреби“, у члановима 262–280. Основно правило о верзионој тужби предвиђено је чл. 262: *Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines anderen verwendet worden, ist dasselbe entweder in Natur oder für den Wert die Vergütung zu fordern berechtigt* – „Онај из чије имовине је нешто употребљено у корист другог има право да захтева повраћај ствари или накнаду вредности.“ Ако је употребљена ствар још увек у имовини туженог, тужилац може само да захтева повраћај ствари.¹⁹ Међутим, уколико се ствар више не налази у имовини туженог он је обавезан да надокнади вредност ствари под условом да је од ње заиста имао користи.²⁰ Када је тужени имао пуну пословну способност, претпостављало се да је остварио корист употребом примљене ствари, међутим, могао је да докаже да је ствар случајно пропала пре него што је остварио корист од ње. Једино тако је могао да буде ослобођен обавезе накнаде вредности ствари.²¹ Да би постојала обавеза накнаде, није било неопходно да корист постоји у време подизања тужбе.²² Другим речима, пословно способна лица одговарала су и онда када је постигнута корист доцније настала. Тужба је обухватала како случајеве у којима је корист непосредно настала за туженог тако и случајеве у којима је она настала посредно (путем трећег лица).²³ Као и у општем праву, пруска верзиона тужба могла је бити подигнута против лица која су била ограничено пословно способна.²⁴ У том случају, ако ствар није могуће у природи вратити, тужилац може добити накнаду вредности само уколико докаже

18 Иза уговора о пуномоћју и пословодства без налога.

19 Чл. 263 ALR.

20 Чл. 264 ALR.

21 Чл. 266 ALR.

22 Чл. 273 ALR.

23 Чл. 267 ALR.

24 Чл. 267 ALR.

да је њеном употребом тужени остварио корист. За разлику од потпуно пословно способних лица за која се претпоставља да су употребом ствари остварила корист, у случају да се као тужени појављује лице која није имало пуну пословну способност тужилац је морао да докаже да је оно заиста корисно употребило ствар. Исто тако, за разлику од потпуно пословно способних, тужени који није имао пуну пословну способност морао је да поседује корист у време подизања тужбе.²⁵ Пруска верзиона тужба примењивала се супсидијерно – само онда када тужени није могао бити уговорно одговоран према тужиоцу.²⁶

ABGB верзиону тужбу регулише у чл. 1041:²⁷ *Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines andern verwendet worden ist; kann der Eigentümer sie in Natur, oder, wenn dies nicht mehr geschehen kann, den Wert verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist* – „Ако је без деловодства каква ствар на туђу корист, употребљена, онда је власник може у природи натраг захтевати или, ако се ово не може више учинити, тражити вредност, коју је она имала у време кад је била употребљена, ма да је корист од те употребе доцније осујећена.“²⁸

У односу на римску *actio de in rem verso*, пруска и аустријска се квалитативно разликују. Римска *actio de in rem verso* тицала се тространог односа (патерфамилиас – тужени, његово потчињено лице (средња особа) и лице које је са потчињеним лицем закључило уговор – тужилац). Верзиона тужба како пруског тако и аустријског права, поред тространог односа, примењивала се и на случајеве тзв. нетехничке верзије која је подразумевала непосредно стицање користи од стране туженог без посредовања трећег лица. Предмет римске тужбе чинила је дугована чинида потчињеног лица предвиђена уговором између потчињеног лица и тужиоца, ограничена на износ користи патерфамилијаса. Предмет пруске и аустријске тужбе чинио је повраћај ствари чијом употребом је остварена корист за туженог, односно њена новчана вредност.

Actio de in rem verso аустријског права тумачена је у аустријској доктрини различито што је проузроковано формулацијом чл. 1041 на основу које је она изричито доведена у везу са пословодством. Према старијој литератури *actio de in rem verso* представља допуну института *negotiorum gestio*, због чега је учињено много напора у циљу

25 Чл. 274 ALR.

26 Чл. 277 ALR.

27 Аустријска верзиона тужба регулисана је у оквиру 22. главе која носи назив *Von der Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung* – „О опуномоћавању и другим врстама пословодства“.

28 *Аустријски грађански законик* (прев. Драгољуб Аранђеловић), Београд, 1906, стр. 136.

разграничења верзионе и одговорности из пословодства без налога.²⁹ У прилог старијем схватању истиче се систематика ABGB-а на основу које је верзиона тужба регулисана у оквиру 22. главе ABGB-а која носи назив „О опуномоћавању и другим врстама деловодства“. Новија доктрина верзиону тужбу строго раздваја од пословодства без налога и заснива је на обогаћењу без основа.³⁰ Лице у чију корист је употребљена туђа ствар дужно је да врати ту ствар или надокнади њену вредност, без обзира на начин на који је дошло до верзије (употребом обогаћеног, осиромашеног или трећег лица). Притом, обавеза обогаћеног постојаће без обзира да ли корист постоји и у тренутку подизања тужбе.³¹

4. Немачки грађански законик

Почетком XIX века под утицајем Савињијевог (*Savigny*) учења долази до продора једног другачијег погледа на развој и суштину права којим је утемељена немачка историјскоправна школа. Под утицајем њених идеја долази до стварања тзв. пандектне правне науке а круну њеног рада представља Немачки грађански законик из 1900. год. (*Bürgerliches Gesetzbuch* – скраћено *BGB*). Заокрет који се десио у поимању права имао је за последицу враћање изворима римског права, што је значило обеснажење дотадашњег приступа римском праву који је започео још са радом коментатора у XIII веку и чија је карактеристика пре свега била удаљавање од обраде изворних римских текстова. Започевши догматску обраду извора, пандектисти су примену тужбе *de in rem verso* признавали само у тространом односу као што су то чинили и стари Римљани. Па ипак, творци *BGB* нису регулисали верзиону тужбу.³² Они су били склони да, у случајевима у којима је лице које није имало (важеће) пуномоћје, а које је у туђе име склопило посао са

29 Израз *ohne Geschäftsführung* – „без деловодства (пословодства)“ из чл. 1041 ABGB тумачи се тако да је законодавац према верзионој тужби имао повољнији став него према институту *negotiorum gestio*. Ово стога што се код верзије не сматра да је дошло до задирања у туђу слободу делања на начин на који је то случај код пословодства без налога. Овакво схватање старије литературе потиче од чињенице да ABGB суштински има неодобравајући став према пословодству без налога јер је суштина овог института задирање у слободу воље и слободу делања господара посла што је са становишта Кантовог учења на које се *Zeiller* ослањао било неприхватљиво. В. Kupisch, *нав. дело*, стр. 103–104.

30 Michael Schwimann, *ABGB Praxiskommentar Band 4 §§ 859–1089 ABGB WucherG, UN-Kaufrecht*, 3. Auflage, Wien, 2006, стр. 1057–1058.

31 Чл. 1041 ABGB.

32 В. Kupisch, *нав. дело*, стр. 116; Т. Chiusi, *Die Actio de in rem verso im römischen Recht*, München, 2001, стр. 208. Постоји мишљење по коме *BGB* у чл. 816 ст. 1 и чл. 822 ипак садржи верзиону тужбу. Francesco Giglio, *Condictio proprietaria und europäisches Bereicherungsrecht*, Berlin, 2000, стр. 139–140.

трећим лицем услед чега је дошло до повећања имовине оног у чије име је склопљен посао, доделе кондикцију *sine causa*.³³ Оваквим решењем творци *BGB* удаљили су се како од римске тужбе *de in rem verso* која је пандектистима била узор, тако и од верзионе тужбе општег права.

5. Француско право

Француски аутори у средњем веку нису се занимали за верзиону тужбу.³⁴ Наиме, иако је у општем праву (*ius commune*) била развијена *actio de in rem verso utilis*, Faber и Сујас одбили су њену примену.³⁵ Pothier није показао интересовање за формулисање опште теорије обogaћења, већ је као једини случај обogaћења признао кондикцију *indebiti*.³⁶ Ослањајући се на његово учење Француски грађански законик из 1804. год. (*Code Civil*) није регулисао верзиону тужбу, док је од кондикција прописао само кондикцију *indebiti* (чл. 1376–1381). Након доношења Француског грађанског законика завладало је учење школе егзегезе која је случајеве правно неоснованог обogaћења настојала да реши применом правила или о пословодству без налога (чл. 1375) или о одговорности за штету (чл. 1382) због тога што се задржавање неосновано стечене имовинске вредности сматрало правно недозвољеном радњом.³⁷ Општа тужба из обogaћења у француско право уведена је одлуком Касационог суда у спору *Boudier* из 1892. год.³⁸ Образлажући своју одлуку у овом спору, Касациони суд се позвао на општи принцип по коме онај ко се обогати на штету другог, дужан је да изврши реституцију неправедно одузетог.³⁹ На основу ове одлуке било је довољно да се докаже да је настала штета, да постоји обogaћење туженог и да постоји веза између

33 В. Kupisch, *нав. дело*, стр. 116.

34 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, стр. 883.

35 Сујас је био склон да уместо тужбе *de in rem verso utilis* додели тужбу сличну тужби из пословодства без налога (*actio negotiorum gestorum contraria utilis*). Т. Chiusi, *нав. дело*, стр. 194.

36 Т. Chiusi, *нав. дело*, стр. 194.

37 Т. Chiusi, *нав. дело*, стр. 194.

38 У овом спору закупац земљишта склопио је купопродајни уговор са продавцем ђубрива на основу кога се обавезао да му за одређену количину ђубрива плати одређену цену. Продавац је своју обавезу извршио, те је купац ђубриво потрошио пођубривши изнајмљено земљиште. Како је у међувремену уговор о закупу престао да важи, а купац још увек није платио уговорену цену продавцу стога што је постао инсолвентан, продавац је подигао тужбу против власника земљишта заснивајући свој захтев на чињеници да је тужени имао користи од употребе ђубрива те је захтевао исплату у вредности његовог обogaћења. Тужилац је успео у спору.

39 Р. Gallo, *нав. дело*, стр. 126.

штете и обогаћења.⁴⁰ Након четврт века, Касациони суд употпунио је услове за примену тужбе из обогаћења додајући још два: непостојање правног основа и супсидијерност тужбе.⁴¹ Тужба из обогаћења могла се применити само уколико је пренос имовине био правно неоснован и ако не постоје друга правна средства која би се могла применити у датом случају. Интересантно је да су сви наведени услови већ били формулисани од стране Обрија и Роа (*Aubry et Rau*), који су тек потврђивањем од стране Касационог суда постали примењиви у пракси.⁴²

II Закон о облигационим односима РС

Српски грађански законик (СГЗ) из 1844. год. донесен је по угледу на Аустријски грађански законик (ABGB). Међутим, за разлику од свог узора, СГЗ није предвидео верзиону тужбу већ је материју правно неоснованог обогаћења уредио путем три одредбе: једном се регулише кондикција *indebiti* (чл. 902), другом кондикција *ob turpem vel iniustam causam* (чл. 722) а трећом један случај кондикције *causa data causa non secuta* (чл. 778).

Доношењем Закона о облигационим односима из 1978. год. у домаће право уведен је јединствен институт правно неоснованог обогаћења под називом „СТИЦАЊЕ БЕЗ ОСНОВА“ (чл. 210–219). У чл. 210 ст. 1, према владајућем мишљењу, предвиђена је општа тужба из неоснованог обогаћења: „Кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан да га врати, а кад то није могуће – да накнади вредност постигнутих користи.“⁴³ У при-

40 Р. Gallo, *нав. дело*, стр. 127.

41 Р. Gallo, *нав. дело*, стр. 128.

42 Први значајан корак ка стварању опште теорије обогаћења у Француској представљало је учење *Karl Salomo Zachariä* које је изнео у приручнику француског грађанског права. У првом издању свога приручника из 1808. године *Zachariä* је анализирао неколико чланова Француског грађанског законика (чл. 548, 554, 566) и закључио да се у њима ради о обавези која проистиче „из употребе наше имовине у корист другог (*ex versione in rem*)“. Сам аутор истакао је да, упркос томе што Наполеонов кодекс нигде уопштено не разматра верзиону тужбу, на основу појединих чланова из њега може се закључити да је *actio de in rem verso* римског односно општег права прилагођена духу француског права. Види: Т. Chiusi, *нав. дело*, стр. 195. *Aubry et Rau* под утицајем схватања *Karl Salomo Zachariä* створили су теорију о тужби *de in rem verso* као општој тужби из обогаћења без основа. Види: В. Kupisch, *нав. дело*, стр. 121; Т. Chiusi, *нав. дело*, стр. 195–196.

43 Према владајућем мишљењу чл 210 ст. 1 прописује општу тужбу из неоснованог обогаћења која је примењива како на случајеве кондикције тако и на случајеве тужбе *de in rem verso*. Остали чланови (211–219) представљају само разраду овог

лог ставу да у наведеном члану треба видети општу тужбу из неоснованог обogaћења истиче се то што се као релевантно узима неосновано стицање до кога је дошло „на било који начин“. Управо је функција опште тужбе из неоснованог обogaћења да начелно регулише све случајеве правно неоснованог обogaћења, а да само они који се одликују извесним специфичностима буду посебно регулисани. Стога су, поред опште тужбе, посебно регулисани неки кондикциони случајеви,⁴⁴ док је у чл. 217 предвиђена верзиона тужба: „Ако је неко своју или туђу ствар употребио на корист трећег, а нема услова за примену правила о пословодству без налога, трећи је дужан вратити ствар, односно, ако то није могућно, накнадити њену вредност.“ Верзиона тужба српског права слична је оној из Пруског и Аустријског грађанског законика. Притом, формулација чл. 217 ЗОО нарочито подсећа на ону из чл. 1041 ABGB, будући да се примена верзионе тужбе у оба члана изричито искључује уколико су испуњени услови за примену пословодства без налога.

Из историјског прегледа предочено је да пруска⁴⁵ и аустријска верзиона тужба воде порекло из општег права у коме није постојала општа тужба из обogaћења, те су се многи случајеви неоснованог обogaћења на које се није могла применити кондикција решавали применом верзионе тужбе. Управо стога она је морала претрпети преображаје који су је значајно удаљили од римске верзионе тужбе. ABGB, за разлику од ЗОО не познаје јединствени институт правно неоснованог обogaћења већ је његова материја парцијално регулисана путем кондикција,⁴⁶ пословодства без налога и верзионе тужбе. Верзиона тужба из чл. 1041 ABGB има за циљ санкционисање неоснованог обogaћења насталог неовлашћеном употребе туђе ствари, при чему се ствар широко ту-

основног правила. Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима I*, Београд 1995, стр. 483. Постоји и другачије мишљење по коме су чланом 210 регулисани само случајеви који се односе на кондикције, док су случајеви који се тичу тужбе *de in rem verso* регулисани посебно у чл. 217 и 218 ЗОО. Види: Ј. Даниловић, „Неосновано обogaћење“, стр. 507.

44 У чл. 210 ст. 2 предвиђене су две кондикције – *causa data causa non secuta* и *ob causam finitam*: „Обавеза враћања, односно накнаде вредности, настаје и када се нешто прими с обзиром на основ који се није остварио или који је касније отпао.“ Чл. 218 представља случај кондикције *indebiti* с обзиром да регулише ситуацију у којој је једно лице извршило исплату коју је по закону требало да изврши друго лице: „Ко за друго учини какав издатак или нешто друго што је овај по закону био дужан учинити, има право захтевати накнаду од њега.“

45 Будући да Пруски грађански законик није више на снази, даља анализа домаће верзионе тужбе вршиће се у односу на ону из још увек важећег Аустријског грађанског законика.

46 *Condictio indebiti* (чл. 1431), *condictio ob causam finitam* (чл. 1435), повраћај датог на основу ништавог уговора (чл. 877), *condictio ob turpem vel iniustam causam* (чл. 1174) и др.

мачи те не обухвата само телесну ствар већ и стварна права на туђим стварима, потраживања, извршени рад, права интелектуалне својине и др.⁴⁷ У немачком праву случајеви неовлашћене употребе туђе ствари представљају обogaћење „на други начин“ (*in sonstiger Weise*) из чл. 812 BGB.⁴⁸ Немачки законодавац је у једном члану (812) регулисао све начине настанка правно неоснованог обogaћења: како оно које настаје чинидбом осиромашеног лица (кондикциони случајеви) тако и све остале начине у које спада и обogaћење настало радњом обogaћеног лица тј. неовлашћена употреба туђе ствари.⁴⁹

Уколико се прихвати став по коме је ЗОО у чл. 210 ст. 1 регулисао општу тужбу из неоснованог обogaћења, онда би њоме требало да буду обухваћени и случајеви употребе ствари у корист другог тј. случајеви из чл. 217 ЗОО.

Потреба за посебним уређивањем кондикционих случајева оправдана је стога што кондикциона одговорност садржи специфичности које се огледају, пре свега, у правилима реституције.⁵⁰ Наиме, кондикциони дужник одговара без обзира на обogaћење тј. чак и уколико није стекао имовинску корист. С друге стране, за примену тужбе из обogaћења неопходно је постојање имовинске користи (обogaћења) на страни туженог. На то указује и чл. 210 ст. 1 ЗОО по коме у случају да натурална реституција није могућа, надокнада се врши једино уколико је остварена корист. Кондикциона одговорност настала је у римском праву када се имовина није апстрактно одмеравала, те је кондикција била усмерена на конкретан предмет стицања.⁵¹ Уколико није постојао правни основ стицања морао се извршити повраћај предмета, без обзи-

47 Peter Apathy, Andreas Riedler, *Bürgerliches Recht Band III Schuldrecht Besonderer Teil*, 4. Auflage, Wien, 2010, стр. 236.

48 Michael Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, стр. 1057.

49 Специфичност немачког решења по коме се кондикциона и одговорност из обogaћења регулишу по истим принципима условљена је историјским околностима, пре свега Савињијевом ставу који је карактер општег правног средства за спречавање неоснованог обogaћења приписао управо кондикцији. Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1847, стр. 503–642.

50 У италијанском праву кондикциона одговорност одвојена је од одговорности из обogaћења. Тако је исплата недугованог која представља најважнији кондикциони случај регулисана у чл. 2033–2040 Италијанског грађанског законика из 1942. год. (*Il Codice Civile Italiano*), док је општа тужба из неоснованог обogaћења прописана у чл. 2041–2042. Француски грађански законик регулише исплату недугованог у чл. 1376–1381 док је одговорност из обogaћења уведена судским одлукама. Аустријски грађански законик на различитим местима регулише различите врсте кондикција док се сматра да је општа тужба из обogaћења регулисана чл. 1041.

51 Werner Flume, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Tübingen, 2003, стр. 3.

ра да ли је његово стицање имало за последицу остваривање имовинске користи. Чак и да јесте, није се одмеравала висина користи већ се враћала конкретна ствар. Уколико није било могуће у природи вратити ствар, плаћала се њена вредност а не износ евентуалне користи која је остварена употребом ствари.⁵² С друге стране, општа тужба из неоснованог обогаћења настала је релативно скоро и одликује се огромним капацитетом регулисања разноврсних случајева неоснованог обогаћења који се усложњавају развојем друштва и савремених технологија који омогућавају остваривање имовинске користи без стицања ствари. Код опште тужбе нагласак је на неоснованом увећању целокупне имовине обогаћеног лица односно неоснованом изостајању њеног смањења. За утврђивање основаности кондикције релевантан је тренутак неоснованог стицања, а не тренутак подизања тужбе. Обратно, код опште тужбе из обогаћења у обзир се узима обогаћење (имовинска корист) која постоји у тренутку подизања тужбе.⁵³

Ако је оправдано посебно регулисање кондикционих случајева, сматрамо да такво оправдање не важи за верзионе случајеве с обзиром да не садрже никакву специфичност у односу на остале случајеве обогаћења. Остварена имовинска корист битан је елемент како верзионих случајева тако и свих осталих случајева правно неоснованог обогаћења. Осим тога, чл. 217 ЗОО прописује као примарну натуралну реституцију. Тек уколико она није могућа прибегава се новчаној реституцији. Исто прописује и чл. 210 ст. 1 ЗОО. С друге стране, мишљења смо да општу тужбу из неоснованог обогаћења треба другачије формулисати него што је учињено у чл. 210 ст. 1, а што је непромењено преузето и у чл. 235 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.⁵⁴ Наиме, прелаз дела имовине једног лица у имовину другог лица који се у овим члановима санкционише више одговара кондикционој одговорности код које по правилу до стицања обогаћеног лица долази чинидбом осиромашеног лица које свесно преноси одређену вредност из своје имовине у имовину обогаћеног лица. С обзиром да прималац нема правног основа да задржи стечену корист дужан је да је врати (*condictio indebiti, condictio*

52 Штавише, кондикција се додељивала и када је било очигледно да тужени није остварио никакву имовинску корист. Тако нпр. код поклона за случај смрти (*donatio mortis causa*) ако поклонопримац ослободи роба који је предмет поклона, поклонодавац који је још увек у животу може подићи кондикцију против њега и захтевати накнаду у висини вредности роба (D.39.6.39.).

53 Отуда нпр. Немачки грађански законик у чл. 818 ст. 3 прописује да се под одређеним условима тужени ослобађа одговорности уколико је у време подизања тужбе обогаћење нестало (тзв. *Wegfall der Bereicherung*).

54 Вид. Влада Републике Србије Комисија за израду Грађанског законика, Преднацрт – Грађански законик Републике Србије – друга књига Облигациони односи, Београд, 2009, стр. 85.

causa data causa non secuta, conductio ob turpem vel iniustam causam и др.) Општа тужба из неоснованог обогаћења треба да буде формулисана тако да обухвата све начине настанка правно неоснованог обогаћења (радњом осиромашеног, обогаћеног, трећег лица, природним догађајем) при чему не сме да оставља недоумице о својој правној природи. Верзиона тужба из чл. 217 ЗОО формулисана је по угледу на ону из општег права у коме није постојала општа тужба из неоснованог обогаћења и која је стога преузела функцију регулисања многих случајева неоснованог обогаћења који се данас решавају применом опште тужбе. Стога сматрамо да је у порецима који познају општу тужбу из неоснованог обогаћења посебно формулисање верзионе тужбе непотребно.

Valentina CVETKOVIĆ-ĐORĐEVIĆ, M.A.

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

ACTIO DE IN REM VERSO IN SERBIAN LAW

Summary

Actio de in rem verso originated in Roman law. It was one of the so called actiones adiecticiae qualitatis which provided contract responsibility of paterfamilias under contracts concluded by his subordinates. Over the centuries the action has undergone many changes compared to its original concept. In ius commune, its concept was based on the use of objects for other person's benefit. The 19th century brought a different regulation of the action de in rem verso. Namely, the concept developed in ius commune continued to exist in Prussian and Austrian Civil Code. On the other hand, French Civil Code does not regulate this action but it was introduced by judicial practice at the end of 19th century. German Civil Code in Art. 812 regulates general enrichment action which is applicable to all cases of unjust enrichment including also de in rem verso cases. Serbian Law of Contract and Torts uniformly regulates unjust enrichment in Articles 210–219. However, pursuant to Art. 217 actio de in rem verso has the same concept it had in ius commune which was not familiar with the general enrichment action. Bearing in mind that Serbian Law of Contracts and Torts regulates general enrichment action in Art. 210(1), there is no need to separately address the use of objects to others' benefit.

Key words: *actio de in rem verso, general enrichment action.*

**Свешислав ЈАНКОВИЋ, мастер
асистент на Правном факултету Универзитета у Београду**

ОПШТЕ ОГРАНИЧЕЊЕ ОДГОВОРНОСТИ У УНУТРАШЊОЈ ПЛОВИДБИ

Резиме

Опште ограничење одговорности је институт прузет из поморској права. На почету рада се обрађују општа питања насипанка и оправданости овој института. У раду се нарочито пажња посвећује Спразбуричкој конвенцији о ограничењу одговорности у унутрашњој пловидби из 2012. године, коју је до сада само Република Србија ратификовала. Аутор критички разматра институте опште ограничења одговорности из поменутој конвенције, те их на појединим местима пореди са српским правом у овој области, истичући разлике између правних режима. Долази се до закључка да је Република Србија учинила важан корак напред ратификујући ову конвенцију, посебно имајући у виду чињеницу насипанка јединствене „Дунавској коридору“ стварањем канала Дунав-Рајна-Мајна (Европски канал). На овај начин се испуњавају правни и фактички предуслови за оживљавање и даљи развој речној бродарства у Србији.

Кључне речи: *опште ограничење одговорности, овлашћена лица на ограничење, општи и посебни износи ограничења, фонд ограничене одговорности.*

I Уопштено о ограниченој одговорности превозиоца

Најједноставније и уопштено речено, ограничена одговорност превозиоца значи да он одговара оштећеној страни до унапред утврђеног износа штете. То у својој последици може да доведе до тога да оштећена страна не буде у потпуности обештећена уколико износ штете прелази износ ограничене одговорности превозиоца. Ограничена одговорност превозиоца је, у ствари, принцип у целокупном саобраћајном праву што, посматрано из перспективе општег грађанског, имовинског права представља изузетак, с обзиром да је у грађанском праву принцип накнада целокупне (интегралне) проузроковане штете.¹

Ограничавање одговорности превозиоца у саобраћајном праву се може постићи на два начина: на конкретан и на апстрактан начин. Конкретно ограничавање одговорности превозиоца представља појаву када превозиоца изјавом воље за конкретан правни однос (уговор о превозу) ограничи своју одговорност на одређени износ. Он то чини уношењем у уговор одредбе о ограничењу одговорности било до одређеног новчаног износа, било за одређене врсте штета, или, пак, за одређено време у превозном процесу.

Апстрактно ограничавање одговорности превозиоца представља појаву када сам општи акт (међународна конвенција, закон, уредба) у себи садржи правило по коме превозиоца не одговара за проузроковану штету преко одређеног новчаног износа. Само апстрактно ограничење одговорности може бити изражено тако да се ограничење односи само на конкретан уговор о превозу (тј. на штете које настају неизвршењем конкретног уговора о превозу), а може се изразити и тако што ће се ограничење односити на све штете које превозиоца, обављајући своју делатност, може да проузрокује (обухватајући, дакле, и уговорну и вануговорну одговорност). Први вид апстрактног ограничења одговорности је опште познат и примењив у свим гранама саобраћаја, док је други вид познат само у поморској и унутрашњој пловидби. Предмет овога рада је само други вид ограничења одговорности, познат још и као „глобално“, „опште“ и „законско“ ограничење одговорности. При том, глобално ограничење ће се разматрати само у унутрашњој пловидби.

Глобално ограничење одговорности представља могућност за одговорно лице у пловидбеном подухвату да своју одговорност у погледу свих штета (како уговорних, тако и вануговорних) ограничи на унапред предвиђен износ. Тачан износ ограничења одговорности се израчунава према критеријумима који су донекле различити у поморској и унутрашњој пловидби. Док је у поморској пловидби критеријум спрам

1 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2007, стр. 484; Славко Царић, Ивица Јанковец, Предраг Шулејић, Миодраг Трајковић, *Саобраћајно право*, Нови Сад, 2000, стр. 30.

кога се израчунава износ највише (ограничене) одговорности тежина брода (тонажа), дотле су у унутрашњој пловидби критеријуми мноштва струки, попут истиснине воде од стране брода у питању, снаге погонских машина брода, тежине и вредности брода.²

II Историјат глобалног ограничења одговорности бродара

1. Системи

Већ у Римском праву постојало је правило (*noxae deditio*) путем кога је штетник могао да, предавши ствар којом је проузроковао штету оштећеном, онемогући оштећеног да тражи намирење из неке друге имовине штетника у случају да предата ствар није довољна за потпуно намирење.³ То је нарочито био случај са животињама, али и бродовима, који би били препуштани оштећенима у случајевима када би штетник проценио да је то повољније решење у односу на надокнаду (потпуне) штете у новцу.⁴

У средњем веку (XII век) се појављује форма улагања (*contrat de commande*) у привредни (пловидбени) подухват налик на данашње командитно друштво. У тој форми једно лице одговара ограничено само до износа уложене имовине, што се, у конкретном случају, практично сводило на брод, док друго лице, које управља бродом, одговара целокупном својом имовином.⁵

2 Стразбуршка конвенција о ограничењу одговорности у унутрашњој пловидби (енгл. Strasbourg Convention of 2012 on the Limitation of Liability in Inland Navigation – CLNI, у даљем тексту: Стразбуршка конвенција 2012), чл. 6.

3 Поређењем глобалног ограничења одговорности (у својој изворној форми у виду абандона) са ноксалном одговорношћу, отвара питање да ли је у овим ситуацијама у питању алтернативна облигација. Алтернативност би се састојала у томе што би бродовласник могао да бира између две могућности: 1) да сам буде одговоран целокупном својом имовином, или 2) да преда брод оштећеним повериоцима како би се из његове вредности намирили. Да није реч о алтернативној облигацији указује чињеница да се пропашћу брода (његовим потонућем, оштећењем), те тиме губитком једне од две алтернативе, бродовласник ипак ослобађао одговорности (и није приморан на другу алтернативну облигацију), јер се позивао на правило ноксалне одговорности које је указивало на његову личну неодговорност и стварноправну одговорност, тј. одговорност ствари – штетника (правило *noxae caput sequitur*). Дакле, пошто је одговорна ствар престала да постоји, није било разлога да власник те ствари буде одговоран за ту штету, јер је иницијално одговорна ствар. Више о томе вид. Milena Polojac, *Actio de Pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrade, 2003, стр. 67.

4 James J. Donovan, „The Origins and Development of Limitation of Shipowners’ Liability“, *Tulane Law Review*, Vol. 53, Numer 4/1979, стр. 1000.

5 *Ibid.*, стр. 1001. О појму командитног друштва вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, 7. издање, Београд, 2012, стр. 168–180.

Ови системи ограничене одговорности за штету били су универзално примењиви, односно нису се односили само на пловидбени подухват, иако је у то време синоним за бављење трговином управо био брод. Тек у XVII веку долази до појаве правила о ограниченој одговорности која је искључиво примењива на пловидбени подухват, односно чије је ограничење мерено самим бродом.⁶ Први у низу општих аката који регулишу ову материју био је Хамбуршки статут из 1603. године. У себи је садржао правило по коме, када би бродовласник предао брод својим повериоцима из пловидбеног подухвата, тада они не би могли да се за ненамирена потраживања намирују из остале имовине бродовласника. Дакле, брод је био мера и граница бродовласникове одговорности. Слично правило садржала је и Ордонанса Луја XIV из 1681. године (фр. *Ordonnance de la Marine*), по коме је бродовласник одговарао за дела заповедника свог брода, али се ослобађао одговорности ако би препустио брод повериоцима да се намире из његове вредности и зарађене возарине. Ово је представљао систем абандона, који је претпостављао, у ствари, неограничену одговорност бродовласника, које се могао ослободити изјавом о препуштању брода и возарине повериоцима. Систем абандона је био прихваћен у великом броју правних система, а, између осталог, и у нашој земљи где је важио до 1977. године и доношења прве кодификације пловидбеног права.⁷

Недостатак система абандона се састојао у томе што уколико је брод био безвредан услед оштећења у пловидби, утолико је било обесмишљено намирење поверилаца његовим препуштањем њима. Овај недостатак је отклонио систем *вредносне одговорности*, по коме се одговарало целокупном бродовласниковом имовином, али само до висине вредности поморске (бродске) имовине. Уведен је у Енглеској 1733. године.⁸ Међутим, тиме није у потпуности отклоњена бојазан за повериоце да се неће намирити, зато што је постојала могућност да вредност брода буде мала, упркос његовој комплетности и функционалности. Решење се нашло у систему одговорности према унапред утврђеној суми, која се израчунавала не спрам вредности брода, него спрам његове носивости. Заправо, на овај начин је ограничавана одго-

6 У XVII веку институт глобалног ограничења одговорности је био широко прихваћен из разлога непостојања форме привредног субјективитета, у којој би улагачи могли да ограниче пословни ризик и одговорност на уложено. Овај институт је тада имао улогу својерсне компаније чија је одговорност ограничена на уложено (брод), што је са своје стране подстицало бављење овом делатношћу, као и промет робе између држава. Вид. Nebojša Jovanović, *Transport Law of Serbia and Montenegro*, Hague, 2005, стр. 119.

7 Душанка Јеремић, *Уговор о превозу ствари у унутрашњој пловидби*, магистарски рад, Нови сад, 1980, стр. 195.

8 Christopher Hill, *Maritime Law*, London, 1998, стр. 375.

ворност спрам критеријума привредивости брода, тј. колико је у стању „брод да заради“ превозећи робу, што је сводило вредност брода на његову употребљивост у привреди, а не на вредност као такву. Овај систем је уведен у Енглеској 1862. године и у својој основи је преузет у свим важећим међународним конвенцијама које регулишу ову област.⁹

Половином XIX века у САД је важио систем опције, који је у себи садржао елементе система ограничене одговорности спрам вредности поморске имовине и систем абандона. Док је систем ограничене одговорности уведен 1819. године, систем абандона и бродарево право избора између ова два система уведени су 1851. године.¹⁰

Последњи систем ограничене одговорности који је имао ширу примену био је систем извршења на поморској имовини. Познат је још као систем егзекуције, реалне одговорности или, пак, германски систем. У себи је садржао правило по коме се одговарало само оном имовином која је постојала у тренутку настанка потраживања (без обзира на основ). При томе, није била неопходна изјава да се ограничава одговорност (као у систему абандона), јер се већ иницијално одговарало ограничено, само употребљеним стварима у подухвату. Уведен је законодавством Финске 1873. године, а одатле је преузет у немачко право.¹¹

2. Унификација

Имајући у виду да правни партикуларизам штети трговини, међународна заједница је већ почетком XX века започела унификаторски рад у овој области. Први међународни инструмент је била Међународна конвенција о уједначавању извесних правила везаних за ограничење одговорности поморских бродова из 1924. године. Ову конвенцију је прихватио мали број држава (потписало ју је само 15, при чему не и Краљевина СХС), те се приступило изради нове међународне конвенције са истим називом која је усвојена 1957. године. Ову конвенцију је прихватило више држава, него претходну.¹² Након тога, у 1976. години долази до усвајања Међународне конвенције о ограничењу одговорности за поморска потраживања која је, заједно са својим Протоколом (1996.

9 *Ibid.*, стр. 376.

10 Joseph C. Sweeney, „Limitation of Shipowner Liability: Its American Roots and Some Problems Particular to Collision“, *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol. 32, No. 2/2001, стр. 242.

11 Heinz Prüssman, *Seehandelsrecht*, München, 1968, стр. 121.

12 СФРЈ није приступила ни овој конвенцији, али је имала увид у њена решења када је доносила ЗПУП 1977, вид. Борислав Ивошевић, *Поморско право*, материјал за спремање испита на последипломском студију, Тиват, 2011, стр. 130. Детаљнији подаци везани за ове Конвенције из 1924. године и 1957. године могу се наћи на адреси: <http://www.comitemaritime.org/Uploads/pdf/CMI-SRMC.pdf>, стр. 10 и 37.

година) и његовим изменама (усвојене 2012. године, а ступају на снагу у јуну 2015. године), тренутно на снази.¹³

Унификација у области ограничења одговорности у унутрашњој пловидби, знатно касније је отпочела. При том, неопходно је истаћи да су решења конвенција из поморске пловидбе знатно утицала на решења конвенција из унутрашње пловидбе. Тај утицај је ишао дотле да су, практично, сва правила изједначена у свим конвенцијама (само су гранични износи одговорности различити, као и критеријуми спрам којих се израчунава ограничење). Прва конвенција везана за ову област у унутрашњој пловидби је била Женевска конвенција о ограничењу одговорности власника пловила унутрашње пловидбе. Она је усвојена 1973. године, а по угледу на истоврсну поморску конвенцију из 1957. године, у потпуности подражавајући њена решења. Није никада ступила на снагу због тога што је имала занемарљиво мали прихват од стране држава.¹⁴ Након тога, 1988. године у организацији Централне комисије за пловидбу Рајном, усвојена је Стразбуршка конвенција о ограничењу одговорности у унутрашњој пловидби. Она је за свој модел имала истоврсну поморску конвенцију из 1976. године, али за разлику широке прихваћености поморске конвенције, њу су прихватиле само четири, Рајни и Мозели, прибрежне државе.¹⁵ Међутим, све већим повезивањем европских држава путем унутрашњих пловидбених путева, схватила се неопходност постојања једног међународног инструмента који би регулисао опште ограничење одговорности. Важност овог питања је нарочито актуелизована након 1992. године када је коначно завршен канал Рајна-Мајна-Дунав, а који је указивао на неопходност једнообразног регулисања превоза на овом простору.¹⁶ Због тога је Централна комисија за навигацију Рајном организовала конференцију у Стразбуру у септембру 2012. године, чији је примарни циљ био осавремењавање постојеће конвенције из 1988. године, а још више постизање шире прихватљивости, а нарочито од држава кроз чије територије протичу реке Дунав, Сава, Одра и Елба. Као завршни документ је усвојена Стразбуршка конвенција о ограничењу одговорности у унутрашњој

13 Детаљније податке видети на адреси: [http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Convention-on-Limitation-of-Liability-for-Maritime-Claims-\(LLMC\).aspx](http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Convention-on-Limitation-of-Liability-for-Maritime-Claims-(LLMC).aspx). Иначе, Република Србија је ову конвенцију, као и њен протокол, потврдила (ратификовала) почетком 2013. године, вид. *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/13.

14 Само ју је Русија прихватила, док су је три државе потписале. Детаљнији подаци су доступни на адреси: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-1&chapter=11&lang=en.

15 Детаљнији подаци су доступни на адреси: <http://www.ccr-zkr.org/12050400-en.html>.

16 Детаљнији подаци су доступни на адреси: <http://de.wikipedia.org/wiki/Main-Donau-Kanal>.

пловидби која, у ствари, представља ревизију истоимене конвенције из 1988. године. Конвенција из 2012. године има 11 држава потписница, а ступиће на снагу када је четири државе ратификују. До сада ју је ратификовала само Република Србија.¹⁷

III Оправдање института ограничене одговорности

Разлози који оправдавају настанак института ограничене одговорности могу се разврстати у две групе, економску и правну. Ови разлози су једнако примењиви и на поморски превоз и на превоз унутрашњим пловидбеним путевима.

1. Економски разлог

Основни економски разлог за настајање овог института се састојао у пружању подстицаја пловидбеној индустрији (пре свега поморској). У време његовог увођења пловидбени предузетници (бродовласници) су били економски слаби, а постојала је потреба за што учесталијим пловидбеним подухватима, услед схватања висине добити која се могла остварити трговином са прекоморским земљама, као и са земљама повезаним рекама. Иначе, опште је познато да превоз представља претпоставку за обављање „трговине“, што се у том периоду сводило на пловидбу (поморску и унутрашњу).¹⁸ Зато је одлучено да се пловидбена индустрија финансијски мотивише на начин да се одговорност из пловидбеног подухвата сведе на унапред утврђену висину. У супротном, неограничена одговорност би обесхрабрила бављење пловидбеном (превозном) делатношћу, јер би се бродовласник приликом сваког појединачног пловидбеног подухвата излагао (неограниченом!) ризику финансијске пропасти (а услед неограничене одговорности целокупном, дакле не само пловидбеном, имовином).¹⁹

Овако изворно изражен економски разлог више не постоји, с обзиром да су се превозничке компаније (нарочито пловидбени пре-

17 Видети *Службени гласник РС – међународни ујевори*, бр. 6/2013. Детаљнији подаци су доступни на адреси: <http://www.ccr-zkr.org/12050400-en.html>.

18 Борислав Т. Благојевић, *Ујевори по ирисџанку*, Београд, 2013, стр. 139.

19 Небојша Јовановић, *Ујеворна одговорност речној превозиоца робе*, магистарски рад, Београд, 1991, стр. 114; Д. Јеремић, *нав. дело*, стр. 193; Иванка Спасић, *Одговорност бродара код ујевора о превозу морем*, Београд, 1987, стр. 88; Борислав Ивошевић, *Одговорност њоморској бродара*, докторска дисертација, Београд, 1973, стр. 242; John F Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, London, 2001, стр. 271; Keith S. Brias, Richard D. Rusak, „The Shipowner’s Limitation of Liability Act: Pitfalls fo the Unwary“, *Southerneastern Admiralty Law Institute, Annual Seminar*, June 2006, стр. 2.

возиоци) у међувремену финансијски развиле и ојачале, те тиме отпада аргумент да би у случају неограничене одговорности оне биле склоне финансијској пропасти. Међутим, економски разлог као такав није престао да постоји. Он се само преобразио у другачији појавни облик у коме претежни елемент представља осигурање од одговорности. У XX веку осигурање од одговорности је постало неодвојиво везано за привредну делатност. Примењено на пловидбену делатност, то значи да се бродар, плаћајући премију осигурања, практично ослобађа од одговорности, јер ће уместо њега накнаду штете исплаћивати осигуравач. Висина осигуране суме (накнаде), у суштини, једнака је висини суме ограничене одговорности бродара, а спрам које се одређује и премија осигурања. Дакле, осигурана сума (висине суме ограничене одговорности), представља извесни критеријум спрам кога осигуравач одређује висину премије осигурања. Супротно, када би бродар одговарао неограничено, онда би и висина премије била много виша, с обзиром да би и осигуравач био у неизвесности колику ће осигурану накнаду бити дужан да исплати. То би, даље, утицало да услуга превоза робе поскупи, јер би превозилац преваљивао вишу премију осигурања кроз превознику на корисника превоза. Тада би и сама роба поскупела, с обзиром да цена превоза формира цену робе коју крајњи купац плаћа.²⁰

2. Правни разлог

Основни правни разлог који оправдава институт ограничене одговорности бродара представља самосталност заповедника брода у односу на бродара, а у погледу конкретног брода који је предмет пловидбеног подухвата.²¹ Заповедник брода је самосталан зато што је физички удаљен од бродара (који након испловљавања остаје на копну), што му пружа могућност контроле над бродом, путем независног доношења одлука везаних за пловидбено и привредно искоришћавање брода.²² Непосредан контакт (непосредна државина) са бродом му пружа могућност да, управљајући бродом у пловидби, проузрокује изузетно високу штету.

20 Александра Васиљ, Мелита Бошњак, „Сустави опћег ограничења одговорности у поморском праву – потреба унификације поморског права“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. 3/2011, стр. 551; Јасенко Марин, „Опће и посебно ограничење одговорности за поморске тражбине у новијој страниј судској пракси“, *Поредбено поморско право*, бр. 165/2011, стр. 93. О вези института ограничене одговорности и осигурања одговорности, те о тзв. „домино ефекту“ у смислу утицаја на остале везане делатности вид. Aleka Mandaraka – Sheppard, *Modern Admiralty Law*, London, 2001, стр. 878.

21 N. Јовановић, *нав. дело*, стр. 114–115.

22 И. Спасић, *нав. дело*, стр. 88.

С обзиром да бродар одговара за радње заповедника свога брода, тиме долази у опасност да буде одговоран за накнаде високих износа штета, а које су настале ван његове контроле. Зато се предложило решење да за ове штете бродар треба да одговара само оном имовином коју је поверио своме заповеднику. Та поверена имовина се практично своди на брод и возарину и представља својеврсну поморску (пловидбену) имовину, за разлику од његове копнене имовине.²³ Међутим, истиче се да разлог „удаљености“ бродара од заповедника и његове самосталности више не постоји, имајући у виду савремена средства комуницирања која омогућавају бродару непосредан увид у положај и статус брода, те могућност благовременог давања неопходних налога заповеднику погледу пловидбеног и привредног искоришћавања брода.²⁴

Са друге стране, институт ограничене одговорности бродара се сматра оправданим из разлога што се путем њега штите не само интереси бродара, него и интереси његових поверилаца из конкретног пловидбеног подухвата. Како бродар, поводом ограничене одговорности, оснива (формира) фонд ограничене одговорности и депонује га у суду, тако повериоци аутоматски долазе у изванредан положај да ће њихова потраживања бити намирена. Додуше, делимично. Но, гледано из угла оштећених (поверилаца), њима је, свакако, боље да буду у извесности да ће сигурно добити одређени износ накнаде штете, него да буду у неизвесности да постоји могућност да добију, али и да не добију, целокупни износ накнаде штете.²⁵ Дакле, фонд ограничене одговорности истовремено има две функције: ограничавајућу која користи бродару и гарантну, сигурносну функцију која користи повериоцима бродара.

IV Важећа правила у погледу глобалног ограничења одговорности

1. Лица овлашћена на ограничење одговорности

По Стразбуршкој конвенцији 2012, право да ограниче своју одговорност имају власник пловила, спасилац, лица у њиховој служби и осигуравач одговорности за она потраживања која су предмет ограничења.²⁶

23 Више о томе као и о две различите бродареве имовине (фр. *fortune de mer* и *fortune de terre*), вид. Б. Ивошевић, *нав. дело*, стр 242–245.

24 N. Jovanović, *нав. дело*, стр. 114.

25 C. Hill, *нав. дело*, стр. 375.

26 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 1.

а) *Власник њловила*

Власником пловила се сматра не само *рејистировани власник њловила*, него и *закуџац*, *чартерер* (наручилац брода) на кога су пренети сви аспекти употребе брода, као и *ојерајтер* (пословођа). Тумачећи правила конвенције долази се до закључка да се термин „власник пловила“ изједначава са бродаром, односно са оним правним или физичким лицем које управља пословањем брода, носилац је пловидбеног подухвата и, сходно томе, свих права и обавеза (одговорности) које настану у том пловидбеном подухвату.²⁷ Са друге стране, постоје аутори којима је *превозилац* централно лице које има право да се користи глобалним ограничењем одговорности. При том, превозиоцем се сматрају не само бродовласник, него и бродар, закупац, наручилац, али и хипотекарни поверилац који има право да у случају неиспуњења обавезе обезбеђене хипотеком на броду, узме брод у државину и да се намири из његовог привредног искоришћавања.²⁸ Међутим, превозилачко својство је само једно од начина испољавања субјективитета бродара, односно само једна врста пловидбеног подухвата који бродар може да обавља. Поред тога, бродар се може појавити и у улози тегљача, потискивача, спасиоца, истражитеља и чистача речног дна, као и у другим врстама пловидбене делатности.²⁹ Ово разграничење је важно, с обзиром да се као лице које има право да ограничи одговорност појављује не само превозилац, него и тегљач, спасилац, чистач, што упућује на коришћење адекватнијег термина и појма бродара.

Одређени проблем могло би да ствара правило у Стразбуршкој конвенцији 2012. да само наручилац (чартерер) *целој* брода може да се користи погодностима ограничене одговорности, док то не би могао наручилац само *огређених* бродских (просторних) јединица.³⁰ Тиме се

27 Више о историјату и појму бродара вид. Анте Вуковић, „Институт бродара: хрватски поморски бренд или реликт прошлости“, *Наше море*, бр. 5–6/2013, стр. 125–130. Занимљиво је да се бродар у време настанка института абандона није могао користити погодностима које овај институт пружа. Сматрало се да се само бродовласник могао ослободити одговорности препуштањем брода повериоцима. То право није имао бродар (када је различит од бродовласника) из разлога што он није имао право својине на броду. Зато се сматрало да је бродар могао повериоцима само возарину да препусти, с обзиром да је она једина њему припадала. Више о томе вид. *Поморска енциклопедија*, том 2, Лексикографски завод ФНРЈ, Загреб, 1964, стр. 2.

28 Vesna Skorupan Wolff, „Osobe ovlaštene ograničiti odgovornost za tražbine nastale iz ugovora o prijevozu stvari morem“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 2/2007, стр. 982.

29 Небојша Јовановић, „Одговорност пловидбеног превозиоца робе за радње својих помоћника у међународном и домаћем превозу робе“, *Право и привреда*, бр. 3–4/2000, стр. 47.

30 Ово правило је у супротности са правилима конвенција које су служила као узор Стразбуршкој конвенцији, а по којима није прецизирано да се предностима гло-

долази до неправичног решења по коме би власник брода (од кога је наручилац узео мање бродске јединице) могао да ограничи своју одговорност, а сам наручилац то не би могао. То би даље водило неправичном исходу који би се састојао у томе што би наручилац, након што је у потпуности (без ограничења) надокнадио штету своме кориснику, у регресном поступку против бродовласника могао да надокнади износ само до нивоа ограничења до кога бродовласник одговара.³¹ Тиме би ризик неоправдано био пренет на наручиоца. Зато се тумачењем Лондонске конвенције 1976. дошло до схватања да би право на ограничење одговорности требало да има и наручилац одређених мањих просторних јединица брода (енгл. *SLOTcharterer*).³²

б) Спасилац

Спасиоцем се сматра бродар (власник) брода којим се пружају услуге спасавања и помоћи у унутрашњој пловидби. Спасилац има право да ограничи своју одговорност у погледу штета које је проузроковао вршећи услугу спасавања. Међутим, он то право неће имати ако је проузроковао штету пружајући услуге спасавања по основу, већ, претходно закљученог уговора о спасавању.³³ Тиме се долази до закључка да спасилац може да ограничи своју одговорност само ако је штета настала из спонтаног (неуговореног) спасавања. Такође, само потраживање по основу пружене услуге спасавања не подлеже ограничењу одговорности, односно бродар спасаваног брода неће имати право да ограничи одговорност у погледу дуговања за пружене услуге спасавања.

в) Лица у служби бродара

Лица у служби бродара, а за чије радње он одговара (ограничено!), имају право да ограниче своју одговорност до оног износа до кога одго-

балног ограничења може користити само наручилац целог брода, а не и мањих бродских просторних јединица (тзв. *SLOT charterer*). Вид. *Strasbourg Convention on the Limitation of Liability of Owners of Inland Navigation Vessels* (у даљем тексту: CLNI 1988), чл 1 ст. 2; *Convention relating to the Limitation of the Liability of Owners of Inland Navigation Vessels* (у даљем тексту: CLN 1973), чл. 1 ст. 2; *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims* (у даљем тексту: Лондонска конвенција 1976), чл. 1 ст. 2.

31 Он би од бродовласника могао да се регресира у случајевима као што су неспособњеност брода за пловидбу, грешке посаде (наутичке и трговачке) и у сличним случајевима.

32 Јасенко Марин, „Опће и посебно ограничење одговорности за поморске тражбине“, стр. 98.

33 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 2. ст. 2.

вара и сам бродар. Разлог увођења овог правила истоветан је ономе због кога и делимични наручилац брода (енгл. *SLOT charterer*) има право да ограничи своју одговорност. Значи, суштина је у отклањању могућности да оштећени, у намери да заобиђе бродареву ограничену одговорност, може да се обраћа заповеднику или члановима посаде брода за накнаду штете, а који би у недостатку овог правила одговорали неограничено, насупротив бродаревој ограниченој одговорности.³⁴

Са друге стране, лица у служби бродара представљају својеврсну спону између њега и корисника његових услуга, јер бродар једино преко њих може да изрази своју вољу.³⁵ То даље води томе да та лица могу својим понашањем манифестовати бродареву личну кривицу, у ком случају бродар губи право на ограничење одговорности.³⁶ Због озбиљности последице по бродара, а услед понашања у његовој служби, неопходно је прецизно одредити која су то лица. У принципу сматра се да лица на руководећим положајима (односно која обављају неку другу важнију функцију) представљају лица чија кривица је, практично, кривица бродара.³⁷ Но, из разлога правне сигурности, препоручљиво је да бродар сам одреди лице, како на копну, тако и на броду, које ће уместо њега изражавати вољу и контролисати њено спровођење. Тако би само кривица тих, од бродара одређених лица, била сматрана његовом личном кривицом поводом које би он одговарао неограничено.³⁸

34 А. Васил, М. Бошњак, *нав. дело*, стр. 553.

35 Бродар је најчешће правно лице (компанија), те као такво није у могућности самостално да ствара, нити да изражава своју вољу. За то су му, као сваком другом правном лицу, неопходни органи образовања и изражавања воље. Вид. Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Ојшши гео грађанској права*, Београд, 2012, стр. 397.

36 Настанак неограничене одговорности поморског бродара везује се само за његову личну кривицу, а не и за кривицу лица којима се служи у пловидбеном подухвату. Дакле, ако је штета проузрокована кривицом бродаревих помоћника, онда ће бродар, упркос томе, имати право да ограничи своју одговорност. Супротно је са речним бродаром. Он неће имати право да ограничи своју одговорност, ако је штета проузрокована кривицом његових помоћника, јер ни они сами неће моћи да ограниче своју одговорност. Вид. Н. Јовановић, *нав. чланак*, стр. 55. Упор. Стразбуршка конвенција 2012, чл. 4.

37 У оквиру њих могао би да се сврста и акционар са контролним, па и значајним капитал учешћем који, дакле, има пресудан утицај на формирање воље бродара као акционарског друштва. О капитал учешћима и њиховом значају вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 498 и даље.

38 У поморском праву, а што би могло да буде примењиво и на унутрашњу пловидбу, постоји правило „меке природе“ у виду препоруке да бродар одреди лице на броду које ће представљати везу између брода о бродара као правног лица (енгл. *designated person*). Вид. *International Safety Management Code 2010*, чл. 4–5.

і) Осигураваач од одговорности

Поред тога што бродар има право да ограничи своју одговорност, он има и додатну могућност да се осигура за случај одговорности, па да у ситуацији када дође до установљења његове одговорности практично не одговара (ни ограничено). У тој ситуацији, осигураваач од одговорности ће својом осигураном сумом (накнадом) заменити бродареву одговорност. Но, сам осигураваач одговорности ће одговарати ограничено, на исти начин како би и бродар одговарао да се није осигурао за случај одговорности.³⁹

Премда се, на први поглед, може помислити да осигурање од одговорности подједнако користи како бродару – превозиоцу, тако и кориснику превоза, ипак, мора се закључити да је тежиште овог института у заштити бродаревих интереса. То се најбоље види по томе што осигураваач бродареве одговорности одговара истоветно као и бродар – ограничено. Да би корисник превоза у потпуности заштитио своје интересе, неопходно је да осигура своју робу која се превози.⁴⁰

2. Потраживања која су предмет ограничене одговорности

Следећа потраживања подлежу ограниченој одговорности до које је дошло пловидбеним искоришћавањем брода:

- 1) потраживања по основу телесних и материјалних штета,
- 2) потраживања по основу закашњења,
- 3) остала потраживања настала из вануговорних односа, а која се не могу сврстати у претходне две категорије,
- 4) потраживања по основу вађења олупине брода и сличних радњи, те руковања са теретом на начин да се доведе у положај да не може да буде извор штете, и
- 5) потраживања по основу предузимања мера како би се штета спречила или смањила.⁴¹

39 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 1 ст. 4.

40 Детаљније о схватању о потреби истовременог „двоструког“ осигурања (одговорности бродара и робе корисника – карго осигурање), вид. Наташа Петровић Томић, „Одговорност и осигурање друмског превозиоца по ЦМР конвенцији“, у: Вук Радовић (уредник), *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Евројске уније*, Београд, 2013, стр. 344.

41 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 2.

а) Телесне и материјалне штете

Телесне и материјалне штете представљају најкарактеристичнији вид потраживања по основу којих бродар ограничава своју одговорност.

У телесне штете се сврставају како смрт и телесне повреде људи на броду, тако и ван брода. У погледу лица на броду то су, свакако, путници, али спорно је да ли ту спадају лица запослена на броду.⁴² Правило Стразбуршке конвенције 2012. које регулише ову ситуацију је прилично нејасно. Неспорно је да бродар не може ограничити своју одговорност у погледу потраживања за зараде запослених на броду.⁴³ Но, спорно је да ли би он то могао учинити у погледу потраживања запослених по основу накнаде за телесне штете. Како је сваки уговор о раду праћен и осигурањем у радноправном смислу речи, тако се може закључити да ова потраживања у погледу телесних штета улазе у категорију потраживања у погледу којих бродар не може ограничити своју одговорност. Разлог томе је јединственост уговора о раду који у себи обухвата и осигурање за поменуте телесне штете, а конвенција је изричита у томе да се потраживања запослених на броду по основу уговора о раду не могу ограничити.

Материјалним штетама се сматрају оштећење имовине како на броду (на пример роба корисника превоза), тако и ван брода, укључујући и штету на лучким и другим инфраструктурним објектима.⁴⁴

б) Потраживања изузета од ограничења

Стразбуршка конвенција 2012. изричито наводи да су следећа потраживања изузета од ограничења одговорности. То значи да за такве штете бродар одговара неограничено. Та потраживања су:

42 Српски ЗПУП (чл. 423 ст. 2) садржи правило које онемогућава ограничење одговорности за потраживања путника на броду унутрашње пловидбе. Стразбуршка конвенција предвиђа ограничену одговорност за потраживања путника, али је ограничава на виши износ у односу на општу ситуацију када су у питању телесне повреде лица која нису путници. Износ ограничења одговорности по путнику износи 100 хиљада специјалних права вучења (у даљем тексту: СПВ), који се множи са бројем путника (који се стварно превозе или за чији број је брод регистрован за превоз). При томе, укупно гледајући, износ ограничења одговорности не може бити мањи од два милиона СПВ, вид. Стразбуршка конвенција 2012, чл. 8.

43 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 3 ст. 1 тач. е.

44 Важно је напоменути да конвенција пружа могућност посебне заштите потраживања по основу штета нанетих лучким и другим инфраструктурним објектима, тако што допушта да државе ова потраживања посебно повласте у погледу редоследа њихове наплате из фонда ограничења одговорности. Повластица се састоји у давању предности у намирању у односу на остала потраживања из материјалних штета. Вид. Стразбуршка конвенција 2012, чл. 6 ст. 2.

- 1) потраживања по основу спасавања,
- 2) потраживања за допринос у заједничкој хаварији,
- 3) потраживања која су предмет регулисања неког другог општег акта, попут конвенције или закона и који забрањује ограничење одговорности за нуклеарне штете,
- 4) потраживања према власнику нуклеарног брода за нуклеарне штете,⁴⁵ и
- 5) потраживања службеника бродара по основу уговора о раду.

Република Србија је искористила могућност коју пружа конвенција, те је предвидела да се одговорност, такође, не може ограничити у погледу потраживања поводом загађења пловних путева, као и због уклањања олупине брода (те чињења нешкодљивим терета на броду).⁴⁶ Сврха неограничене одговорности у овим случајевима се састоји у важности добра које се овим путем штити. Нарочито важна је хитност предузимања мера отклањања штетних последица, јер су оне таквог карактера да сметају не само заинтересованим странама у питању, него свакоме ко би желео да пловидбени пут привредно искоришћава. Због тога је важно упозорити штетника на могућност његове неограничене одговорности, те мотивисати свако друго лице да помогне у отклањању штетних последица, а које би, у одсуству овог правила, имало могућност само ограниченог намирања својих потраживања.

3. Фонд ограничене одговорности

Фонд ограничене одговорности представља суму новца, односно друго брзо наплативо финансијско средство које у износу ограничења одговорности бродар депонује код суда како би, на уопштен начин, „ограничио“ своју одговорност. То је нужно процесно средство како би дошло до примене института ограничене одговорности.⁴⁷ Међутим, сама чињеница оснивања фонда доводи, практично, не до ограничавања одговорности, него до *ослобађања* од одговорности. Потврда овој тврдњи је најбоље видљива по томе што се повериоци, чија потраживања под-

45 Тумачећи разлогом супротности може се доћи до закључка да ће потраживања према власнику нуклеарног брода ипак бити подвргнута ограничењу одговорности, ако је тај брод проузроковао „обичну“, а не нуклеарну штету.

46 Закон о потврђивању Стразбуршке конвенције о ограничењу одговорности у унутрашњој пловидби (*Службени гласник РС – међународни уговори*, бр. 6/2013), чл. 3.

47 Међутим, Стразбуршка конвенција 2012. у чл. 11 садржи правило да се овлашћена лица могу позивати на ограничену одговорност и ако нису претходно основала фонд ограничене одговорности.

лежу ограничењу бродареве одговорности, не могу намирити из друге имовине осим износа који је депонован у суду у облику фонда ограничене одговорности.⁴⁸ Штавише, и када би износ фонда био недовољан да се намире сви повериоци у потпуности, они ни тада за ненамирени остатак потраживања не би могли да се намирују из остале имовине бродара. То указује на битну сличност стечајног поступка и оснивања фонда ограничене одговорности која се састоји у својеврсном „чишћењу“ дужника од обавеза након окончања ових поступака, па и упркос томе да повериоци нису у потпуности намирили своја потраживања.⁴⁹

Поред тога што практично доводи до ослобођења бродара од одговорности (под претпоставком да је утврђена), оснивање фонда има још већи практичан значај који се састоји у томе да, његов брод, након оснивања фонда, више не сме да буде предмет привремених (принудних) мера. То доводи до тога да брод који је принудно заустављен, по правилу бива ослобођен те привремене мере, након што су положена средства за оснивање фонда ограничене одговорности. У том смислу, Стразбуршка конвенција 2012. и Протокол II уз Конвенцију о упису бродова унутрашње пловидбе се донекле разликују. Док први правни извор предвиђа само могућност за суд да одлучи да брод буде „ослобођен“ привремене мере, ако је у међувремену основан фонд, други правни извор јасније препоручује да суд треба да ослободи брод кад год је основан фонд ограничене одговорности.⁵⁰

4. Износи ограничења

Износи ограничења према Стразбуршкој конвенцији 2012. се могу поделити на опште и посебне. Општи износи ограничења се примењују на потраживања из телесних и материјалних штета, док се посебни износи ограничења примењују на потраживања проистекла из штета поводом превоза опасне робе и штета према путницима на броду.

48 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 14 ст. 1; Д. Јеремић, *нав. дело*, стр. 198–200.

49 Више о поступку стечаја вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 559 и даље; о улози стечајног поступка у новом финансијском почетку, те охрабривању тим путем предузетништва, вид. Вук Радовић, *Индивидуални стечај*, Београд, 2006, стр. 80 и даље.

50 Упор. чл. 14 ст. 2 Стразбуршке конвенције 2012. и чл. 15 Протокола II уз Конвенцију о упису бродова унутрашње пловидбе (енгл. *Protocol No. 2 Concerning Attachment and Forced Sale of Inland Navigation Vessels, Convention on the Registration of Inland Navigation Vessels, Geneva, 1965*) више о правном дејству оснивања фонда на привремене мере вид. Simon Baughen, *Shipping Law*, London, 2004, стр. 413; С. Hill, *нав. дело*, стр. 408.

а) Општи износи ограничења

Општи износи ограничења одговорности представљају своје обрачунских јединица изражених у Специјалним правима вучења Међународног монетарног фонда (даље у тексту: СПВ) које се односе на телесне и материјалне штете које су проузроковане употребом брода у пловидбене сврхе. Телесне штете се односе на смрт и телесне повреде људи изван брода који је их проузроковао, као и на оне људе на броду који се на њему не налазе у својству путника или радника.⁵¹ Материјалне штете се односе на, негативним дефинисањем изражено, сва остала потраживања која не спадају у телесне штете, нити у штете поводом којих важе посебни износи ограничења.

1) Општи износи ограничења за телесне штете

Следећи износи ограничења важе за потраживања настала поводом телесних штета:

а) Када нетеретни, а нарочито путнички брод проузрокује телесну штету, тада овлашћена лица имају право на ограничење одговорности у износу од 400 СПВ по кубном метру истиснине, при максималном дозвољеном газу, увећано за још 1.400 СПВ по киловату снаге погонских уређаја за брод са механичким погоном. Притом, треба имати у виду да када се путнички брод сматра извором штете на коју се примењују општи износи ограничења, тада оштећени нису путници, него лица изван брода.

б) Када теретни брод проузрокује телесну штету, тада овлашћена лица имају право на ограничење у износу од 400 СПВ по тони носивости брода, увећано још за 1.400 СПВ по киловату снаге погонских уређаја за брод са механичким погоном.

в) Када тегљач или потискивач проузрокују телесну штету, тада овлашћена лица имају право на ограничење у износу од 1.400 СПВ по киловату снаге погонских уређаја. У случају да потискивач врши операцију потискивања, тада се на постојећи износ ограничења (1.400 СПВ) додаје 200 СПВ по тони потиснице (потискиваног објекта). Са друге стране, износ ограничења одговорности за потисницу се истовремено смањује

51 У погледу путника, како је наведено, постоје посебни износи ограничења, док у односу на раднике на броду бродар уопште не може ограничити одговорност. Овакво правило, практично, доводи до тога да ће се општи износи ограничења одговорности примењивати само за телесне штете које су претрпела лица изван брода, јер у погледу оних који су на броду важи другачији правни режим. Штавише, и чланови породице запосленог на броду не могу се сматрати трећим лицима, с обзиром да се они по појединим ауторима сматрају „квази“ посадом брода. Вид. Н. Јовановић, „Одговорност пловидбеног превозиоца робе радње својих помоћника“, стр. 54.

за 200 СПВ који су додати потискивачу. Исти принцип обрачунавања износа ограничења се примењује и на тегљача који обезбеђује погон за друга пловила која су са њим повезана (активном броду, који руководи операцијом тегљења, потискивања се додаје 200 СПВ на постојећи износ ограничења, док се пасивном смањује за 200 СПВ).

г) Када други, осим брода, пловећи објекти проузрокују телесну штету, тада овлашћена лица имају право на ограничење у износу вредности коју су ти пловећи објекти имали у тренутку настанка штете. Пловећим објектима се, нарочито, сматрају, скеле, чамци, багери, дизалице, те остала пловећа опрема која се употребљава у привредне сврхе.⁵²

2) Општи износи ограничења за материјалне штете

Износи ограничења одговорности за материјалне штете добијају се преполовљавањем озноса одговорности за телесне штете.⁵³ При томе, треба имати у виду да износи ограничења намењени материјалним штетама нису коначни. Они се могу смањивати у корист износа за телесне штете, ако износи ограничења намењени телесним штетама нису довољни за њихово намирење. У том случају, из фонда намењеног намирењу материјалних штета сразмерно ће се намиривати и ненамирене телесне штете и материјалне штете које тек треба да се намире.⁵⁴

У сваком случају, општи износи ограничења не смеју да буду мањи од 400.000 СПВ за телесне штете и од 200.000 СПВ за материјалне штете.⁵⁵

б) Посебни износи ограничења

1) Штете поводом превоза опасне робе

Појам опасне робе је дефинисан Европским споразумом о међународном превозу опасне робе на унутрашњим водним путевима, на који се и Стразбуршка конвенција 2012. ослања.⁵⁶ Потраживања на

52 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 1 ст. 2 тач. б. Иначе, према српском праву у случају штета које проузрокују тзв. „остали технички пловидбени објекти“, овлашћена лица имају право да ограниче одговорност на износ од трећине вредности ових техничких пловних објеката, ЗПУП, чл. 420 ст. 1 тач. 4.

53 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 6 ст. 1 тач. б.

54 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 6 ст. 1 тач. ц.

55 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 6 ст. 1 тач. д.

56 Европским споразумом о међународном превозу опасне робе на унутрашњим водним путевима (енгл. *European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Inland Waterways*), чл. 3 ст. 1 тач. б Република Србија је ратифи-

која се примењују посебни износи ограничења настају у вези са опасном природном робе која се превози. При томе, потраживања могу настати по основу телесних штета и по основу материјалних штета. Износи ограничења у овим случајевима су, у ствари, двоструки општи износи ограничења за телесне и атеријалне штете, при чему ни у погледу телесних, а ни материјалних штета минимални износ ограничења не сме бити мањи од 10 милиона СПВ. Такође, принцип преливања ненамиренних потраживања по основу телесних штета у фонд материјалних штета се и овом случају примењује.⁵⁷

2) Посебни износи ограничења за штете према путницима

Путником се, у смислу Стразбуршке конвенције 2012, сматрају лица која се на броду налазе по основу уговора о превозу путника или која се на броду налазе, уз пристанак бродара, као пратња возилу или животињи.⁵⁸ За потраживања путника по основу и материјалних и телесних штета, одговорност се може ограничити на износ од 100 хиљада СПВ помножених са бројем створано превожених путника или са бројем путника који је бродар овлашћен да превози (иако у конкретном тренутку настанка штете није превозио тај, дозвољени број путника).⁵⁹ При том, тако добијени износ ограничења не сме да буде мањи од 2 милиона СПВ.⁶⁰

V Закључак

Потврђивањем Стразбуршке конвенције 2012. Република Србија је учинила важан искорак напред. Пре свега, завршетком градње Европског канала (Рајна-Мајна-Дунав) створен је, практично, јединствен пловидбени простор у Европи који би требало да олакша одвијање ове граде сабраћаја. Јединственом пловидбеном простору, управо, одговарају и јединствена правила која би важила у свим државама обухваћеним тим

ковала споразум о превозу опасне робе 2011. године. Више података доступно на адреси: http://www.unece.org/trans/danger/publi/adn/legalinst_56_tdg_adn.html.

57 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 7.

58 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 8 ст. 2 тач. а и б.

59 Стразбуршка конвенција 2012, чл. 8 ст. 1.

60 Тренутно важеће српско право садржи у себи правило да бродар брода унутрашње пловидбе не може да ограничи своју одговорност према лицима која се на броду налазе на основу уговора о превозу путника. Правећи поређење са истоврсним правилима Стразбуршке конвенције 2012, долази се до закључка да би по српским правилима бродар, ипак, мога да ограничи одговорност према лицима која се налазе на броду по основу пратње возила или животиња, односно који се не налазе на броду изричито на основу уговора о превозу путника. Вид. ЗПУП, чл 423 ст. 2.

јединственим пловидбеним простором. Иако су постојали покушаји јединственог регулисања унутрашње пловидбе у области општег ограничења одговорности и раније (1973. и 1988. године), чињеница непосредније повезаности путем Европског канала, додатно је осветлила државе да приступе једнообразној регулативи. Интерес Републике Србије се састоји у томе што, прихватањем „Стразбуршких правила“, своја бродарства (речна предузећа) ставља у равноправан (једнак) положај са осталим речним превозицима у Европи, што би требало да подстакне бављење овим видом саобраћаја у нашој земљи.

Са друге стране, треба бити свестан ограничене примене „Стразбуршких правила“, тј. института општег ограничења одговорности. Наиме, овај институт ће се, практично, користити само приликом настанка великих штета које бродар треба да надокнади.⁶¹ Притом, иако је опште ограничење одговорности могуће користити и за уговорне и за вануговорне штете, готово редовно ће се он користити само за вануговорне штете, с обзиром да су оне много више у односу на уговорне. Разлог ограниченој примени овог института треба тражити у његовој „скупоћи“, која се односи на трошкове оснивања фонда ограничене одговорности код суда, те депоновања износа ограничења одговорности (било у актуелној форми у смислу готовог новца, било кроз банкарске гаранције). Можда би учесталијој примени овог института допринело „појефтињење“ његовог коришћења изражено у мањим трошковима и лакшем оснивању фонда ограничене одговорности.

На крају, у раду је указано на поједине разлике у начину регулисања овог института у Стразбуршкој конвенцији 2012. и српском Закону о поморској и унутрашњој пловидби. Свакако је неопходно усагласити српска законска правила са конвенцијским, а посебно правила која се односе на различит правни режим одговорности према путницима, те износе ограничења одговорности за различита потраживања поводом којих се може ограничити одговорност.

61 Небојша Јовановић, „Општи начин ограничења одговорности речног превозиоца робе“, *Правни живот*, бр. 11/1995, стр. 351.

Svetislav JANKOVIĆ, M.A.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

GLOBAL LIMITATION OF LIABILITY IN INLAND NAVIGATION

Summary

Global limitation of liability means possibility for ship-owner and other authorized persons to limit their responsibility upon all types of their creditors (contractual and non-contractual), which actually means possibility to exclude their liability founding the “fund of limitation” before the court. Global limitation of liability has its origins in old Maritime Law. Although, this legal institute could be viewed as anachronistic and, even, overprotective to ship-owners and other authorized persons, it is very useful tool for contemporary normal performance of commercial trade relating to inland navigation.

In this article the author explains the new legal international regime of global limitation of liability in inland navigation, which is introduced by enacting the Strasbourg Convention of Limitation of Liability in Inland Navigation 2012. He makes comparison with currently applicable domestic legal regime in this matter and indicates the differences.

The Author concludes that ratification of above-mentioned Convention is a step forward for the Republic of Serbia. With a creation of Rheine-Danube navigation channel condition is also established for better integration of countries which are interconnected with the biggest European rivers. Adopting the Strasbourg Convention 2012 is prerequisite for equal treatment of ship-owners in different countries and, by that way, for encouragement of dealing in inland navigation industry as the most ecological branch of transport. Finally, author indicates the awareness of limit application of global limitation of liability, because this institute is useful only for large damages.

Key words: *global limitation of liability, Strasbourg Convention 2012, limits of liability, limitation fund.*

Милош ВУКОТИЋ*

КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ПРАВНИ РЕЖИМ ОПШТИХ УСЛОВА ПОСЛОВАЊА У СРПСКОМ ПРАВУ

Резиме

Општи услови уговора представљају главни ослонац савременој масовној трговини, али истовремено и искушење за своје кориснике да покушају да злоупотребе специфичне околности које се јављају када се уговор закључује уз позивање на опште услове. Да би се сачувао смисао општих услова и поверење јавности у њих, многа законодавства предвиђају посебна заштитна правила о општим условима. Циљ овог рада је да представи прелиминарну анализу српског права проблему општих услова и да истражи разлоге који могу допринети посебно регулисање општих услова.

Кључне речи: општи услови, формуларни уговор, закључивање уговора, нишавоси, судска контрола.

І Увод

У савременом уговорном праву постоје три врло сличне појаве које су део развоја трговине и последица бројности уговорних односа. То су: општи услови уговора,¹ формуларни уговори и адхезиони уговори.

* Аутор је добитник награде Фондације „Професор др Мирко Васиљевић“ за најбоље написан рад из области трговинског права за 2013. годину.

1 У овом раду прихваћена су три равноправна термина: „општи услови пословања“, „општи услови уговора“ и „општи услови“. Пре закључења уговора може се говорити само о општим условима пословања, али када су они укључени у уговор

У нашој правној теорији није установљено јасно разграничење између ових појмова. Терминологија је такође магловита, нпр. израз „формуларни уговор“ често се користи да означи адхезиони уговор, а понекад се користи да означи и опште услове уговора; општи услови уговора се често тумаче као општа понуда итд. Разлог лежи у томе што се полазило од најчешћих и најочигледнијих случајева адхезионих уговора (који су уједно формуларни), као што су уговори закључени са железницама, авиокомпанијама и јавним предузећима. Зато треба имати у виду да се домаћа теорија у највећој мери бави адхезионим уговорима, а општим условима уговора само у контексту адхезионих уговора.²

Формуларни и адхезиони уговори по правилу садрже опште услове пословања. Када говоримо о општим условима ми говоримо о општим условима свих уговора, па тако и адхезионих и формуларних уговора. Ипак, то не значи да се општи услови пословања не користе и изван тих врста уговора. Да би се правилно разумео режим општих услова пословања, потребно је да се они одреде као независна појава и као најшири од три поменута појма.

Циљ овог рада је да истражи правни режим општих услова у српском праву и да пронађе разлоге који су довели до издвајања регулативе општих услова из општих правила о закључењу уговора.

II Појам општих услова

Општи услови пословања најчешће се дефинишу као унапред формулисани услови намењени за коришћење у већем броју уговора које једна страна (корисник) поставља другој страни без преговарања.³

постају општи услови уговора. Из практичних разлога најчешће се користи неутрална краћа верзија, општи услови. Страна која поставља опште услове најчешће се означава као корисник општих услова или понудилац ако се говори о времену пре закључења уговора, док је страна која прихвата опште услове најчешће означена као друга страна или понуђени.

2 На тему адхезионих уговора и општих услова написане су три значајне монографије: Борислав Т. Благојевић, *Уговори по њискојанку: формуларни уговори*, Привредник, Београд, 1934; Јелена Вилус, *Општи услови формуларних уговора*, Савремена администрација, Београд, 1976; Марко Ђурђевић, *Уговор по њискојанку*, необјављена докторска дисертација, Београд, 2001.

3 *Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Art. 2.1.19 (2); вид. званични коментар уз чл. 2.1.19 (2) PICC, доступан на: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=109294>, 14.4.2014. и Naudé, „Article 2.1.19“, у: S. Vogenauer, J. Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, стр. 318–320; §305(1) Немачки грађански законик (НГЗ); Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, стр. 157 и даље; Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Ver-

Главни елементи ове дефиниције су 1) претходно формулисање за употребу у више уговора; 2) постављање другој страни без преговарања.

Први услов указује на општост унапред припремљених услова; они треба да су предвиђени за већи број будућих уговора, при чему није битно да ли су заиста и коришћени у више уговора или само једном.⁴ Такође није потребно да су општи услови уговора формулисани од стране корисника, јер питање ко је формулисао опште услове није правнорелевантно; пресудно питање је ко је поставио опште услове у датом уговору. Општост унапред припремљених услова значајна је за оправдање њиховог посебног регулисања, јер се традиционално сматра да услови који су намењени општој примени представљају већу опасност за друштво од неправичних услова срочених за један конкретан уговорни однос.

Други услов указује на једностраност општих услова уговора: њих поставља једна страна без преговарања о њиховој садржини. Ово обележје произлази већ из циља коме општи услови служе. Они допуњују посебно уговорене одредбе уговора и диспозитивне одредбе закона, тако што детаљно регулишу бројна питања која се у односу одређене врсте могу јавити, али о којима се обично не исплати преговарати јер би такви преговори одузимали сувише времена и правили велике трошкове. Није увек лако разграничити посебне услове од општих услова.⁵ У том погледу не треба поставити превише строг захтев, као нпр. да су општи услови само они услови о којима приступилац није могао да преговара.⁶ Довољно је да је преговарање изостало, било због обичаја у промету, било због брзине закључења уговора. Али када је јасно да су обе стране хтеле примену одређених општих услова, тј. да су обе стране корисници истих општих услова, не могу се применити посебна правила о заштити друге уговорне стране.⁷ Када обе стране учествују у формулисању

lag С.Н. Beck, München 2006, стр. 399 и даље; Јелена Вилус, „Општи услови уговора“, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ (ур.), *Коментар закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 366; М. Ђурђевић, *нав. дело*, стр. 31 и даље; Владимир В. Водинелић, *Грађанско право: Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Правни факултет Унион, Службени гласник, Београд, 2012, стр. 111.

4 D. Medicus, *нав. дело*, стр. 158; Palandt, *нав. дело*, стр. 400. У једном случају је установљено да је довољно да корисник запамти опште услове са намером да их користи у више уговора, вид. *BGH NJW* 88, 410.

5 D. Medicus, *нав. дело*, стр. 159–160; Palandt, *нав. дело*, стр. 401–402.

6 М. Ђурђевић, *нав. дело*, стр. 34. Било би врло тешко установити да ли је друга страна могла да преговара о појединим одредбама општих услова *ex post facto*.

7 D. Medicus, *нав. дело*, стр. 158. То ће најчешће бити случај када обе стране желе да се примене општи услови установљени од стране одређених професионалних удружења.

уговорних одредаба, не постоје опасности које су специфичне за опште услове, тако да није потребна ни специфична заштита.

III Потреба за регулисањем општих услова

Разлози због којих се предвиђају посебна правила за опште услове углавном су везани за адхезионе уговоре тј. оне уговоре у којима страна која приступа уговору уопште није у могућности да утиче на опште услове.⁸ Јасно је да је у том случају опасност од злоупотребе највећа јер корисник има слободу да предвиди услове који су искључиво у његовом интересу. Али чак и када нема подређености друге уговорне стране, корисници општих услова могу да покушају да сакрију неправичне одредбе у опште услове који су тешко доступни, нечитљиви, нејасно написани или преобимни. У сваком случају, неопходан предуслов за све ове опасности јесте неравноправност уговарача.⁹ Због тога нема дилеме да потрошачима треба пружити заштиту од неправичних општих услова, а чак и ако они нису у зависном положају, од њих се не може очекивати да се у сваком потрошачком уговору упознају са општим условима трговца.

Иако ови разлози нису једнако јаки када се ради о трговинским уговорима, будући да се од професионалаца увек може очекивати већи степен пажње и информисаности, неравноправност сасвим често постоји и између различитих трговаца.¹⁰ Треба имати у виду да појам трговца обухвата врло различите субјекте, од појединачног предузетника, преко великог осигуравајућег друштва до огромних интернационалних корпорација. Поред тога, врло често се дешава да уговор склапају трговци који се не баве истом делатношћу, тако да је уговор у вези са професионалном делатношћу само једног уговарача. У таквим случајевима постоји значајна асиметрија информација због које друга страна није у могућности да правилно оцени домаћај свих одредаба општих услова. Због тога се проблем једностраних и неправичних општих услова може јавити у трговинском контексту са истим обележјима као и када се ради о потрошачком уговору, па је и посебна заштита једнако оправдана.

8 О предностима и недостацима општих услова вид. Ј. Вилус, *Општи услови формуларних уговора*, стр. 26–30; М. Ђурђевић, *нав. дело*, стр. 15–28; James R. Maxeiner, „Standard-Terms Contracting in the Global Electronic Age: European Alternatives“, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 28, No. 1/2003, стр. 113–114, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1150508, 26.4.2014.

9 Традиционални став да је за адхезионе уговоре потребно да постоји економска подређеност инспирисан је управо практичним схватањем да када такве подређености нема, нема ни посебних опасности за уговараче.

10 Ј. Вилус, *Општи услови формуларних уговора*, стр. 42.

Други врло важан разлог због ког треба регулисати опште услове и у трговинским односима је у томе што они убрзавају промет и смањују трошкове; трговци не троше време и не ангажују стручњаке за преговарање о општим условима, не распитују се о њиховом домашају, а врло често их уопште и не читају. Иако се може поставити питање у којој мери је овакво понашање пожељно, јасно је да уговарачи не треба општим условима да посвећују исту пажњу као посебним условима, јер би то било противно самом циљу којем општи услови служе. Из тог разлога потребно је обезбедити заштиту оправданих очекивања стране која приступа општим условима и та заштита треба да буде заснована на објективним правилима и условима који редовно важе у датој грани промета.

У данашње време постоје два система заштите од неправичних услова који су одређени једнострано. Традиционални систем, који је теоријски утемељио Лудвиг Рајзер 1935, пружа заштиту од неправичних *ојшћих услова* независно од тога да ли се користе на штету трговаца или потрошача. Разлог за овакву широку контролу општих услова је у томе што су они предвиђени за коришћење у великом броју уговора и што излажу целу јавност неправичним одредбама које су у њима садржане, што је штетно за друштво.¹¹ Одатле произлази да је заштита од неправичних општих услова традиционално посматрана као заштита самог правног поретка и у томе је веома блиска општим правилима о ништавости. С друге стране, развој потрошачког права довео је до успостављања другог система који потрошачима пружа заштиту од свих *одредаба о којима није било појединачној прејоварања*, чак и ако нису предвиђене за употребу у већем броју случајева.¹² У већини правних система, укључујући и српски, ова два система постоје паралелно.

Посебна правила о општим условима односе се или на строже услове за њихово укључивање у уговор или на овлашћење суду или административном органу да спречи примену неправичних одредаба садржаних у њима. Међутим, често се дешава да се помешају ова два начина заштите, нарочито у недостатку јасних законских правила. Судови су у искушењу да строже тумаче услове за укључивање општих услова у уговор када желе да избегну примену одредаба које сматрају неправичним.¹³ Контрола пуноважности појединачних одредаба има

11 Phillip Hellwege, „Standard Contract Terms“, у: J. Basedow *et al.* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Max-Planck-Gesellschaft – Oxford University Press, Oxford 2012, стр. 1591.

12 P. Hellwege, *нав. дело*, стр. 1591; вид. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L* 95, 31.4.1993, стр. 29–34.

13 Б. Т. Благојевић, *нав. дело*, стр. 119; Ј. Вилус, *Ојшћии услови формуларних ујовора*, стр. 137; Friedrich Kessler, „Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of

ту предност да не води искључењу целине општих услова, тако да они услови који нису неправични могу да испуне своје сврху.

IV Правни режим општих услова према српском унутрашњем праву

Закон о облигационим односима¹⁴ регулише опште услове уговора у чл. 142 и 143, под насловом „Општи услови формуларних уговора“. Када би се овај наслов дословно тумачио, примена чл. 142 и 143 била би врло ограничена. Међутим, полазећи од несумњиве намере законодавца да регулише појаву општих услова, као и од чињенице да су у време доношења Закона формуларни уговори били најчешћи појавни облик општих услова, треба сматрати да се посебна правила ових двају чланова примењују на све опште услове, чак и ако уговор на који се односе није формуларан.¹⁵ Члан 142 регулише услове за укључивање општих услова у уговор, док чл. 143 прописује ништавост неправичних одредаба општих услова.

1. Укључивање општих услова у уговор

Закон о облигационим односима изричито прописује да општи услови обавезују када се уговор на њих позива, иако нису унети у текст уговора (чл. 142 ст. 1). Ово правило је конкретизација општег правила о подударности понуде и прихвата у контексту општих услова. Да би општи услови били садржани у понуди, довољно је да постоји јасно упућивање на опште услове. Када понуђени прихвати такву понуду, он прихвата и опште услове као да су у њој садржани. Другим речима, довољно је да корисник општих услова јасно изрази намеру да унесе опште услове у уговор. Упућивање на опште услове не треба схватити у најужем смислу као изричито упућивање, већ као било коју изјаву воље која у довољној мери скреће пажњу друге стране на опште услове. Дакле, иако то није изричито речено, примена општих услова може произ-

Contract“, *Columbia Law Review*, No. 629/1943, стр. 633; Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, стр. 176–177; вид. нарочито мишљење судије Денинга у *J. Spurling Ltd. v. Bradshaw*, доступно на адреси: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1956/3.html>, 26.4.2014.

14 Закон о облигационим односима (*Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука Уставног суда Југославије и 57/89, *Службени листи СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени листи СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

15 Супротно: Слободан Перовић, „Општи услови формуларних уговора“, у: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Културни центар Горњи Милановац, Правни факултет Крагујевац, 1980. Упор. креативно тумачење проф. Ђурђевића, М. Ђурђевић, *нав. дело*, стр. 38–40.

лазити већ из преговора или из установљене праксе између уговарача.¹⁶ У оба случаја потребно је утврдити да је друга страна морала да зна за намеру корисника да користи опште услове. Овај услов је имплицитно садржан већ у општим правилима о закључењу уговора тако да се упућивање на опште услове на одговарајући начин захтева у свим системима, чак и када не постоје посебна правила о општим условима.

Предаја текста општих услова изричито се захтева код уговора о осигурању (чл. 902, ст. 3 ЗОО),¹⁷ као уговора у којем општи услови по правилу имају највећи утицај и у ком редовно постоји неравноправност између осигуравајућег друштва и уговарача осигурања. Извршење ове обавезе треба да буде констатовано на полиси осигурања (чл. 902, ст. 4), тако да уговарач осигурања потписом полисе потврђује и да је упознат са свим условима осигурања, како посебним тако и општим.¹⁸ С обзиром да оваква констатација олакшава позицију корисника општих услова, јер ће постојати претпоставка да је друга страна упозната са општим условима, судови треба да пазе да не признају констатације које су сакривене међу општим условима, нечитљиве или на други начин супротне циљу којем констатација служи.

Поред правила о упућивању на опште услове, Закон о облигационим односима прописује да општи услови обавезују само ако су другој уговорној страни били познати или морали бити познати у часу закључења уговора (чл. 142, ст. 3). Ово је централно правило које представља реакцију на бројне злоупотребе које могу да се изведу недоступним, нејасним, нечитљивим или преобимним општим условима. Познавање општих услова треба тумачити као познавање њихове садржине, одн. као могућност друге стране да разуме садржину општих услова.¹⁹ Суду је остављена слобода да процени све околности да би установио да ли је друга страна у конкретном случају морала да буде

16 Ј. Вилус, *Општи услови уговора*, стр. 373; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет у Београду, Београд, 2012, стр. 43; супротно: М. Ђурђевић, *нав. дело*, стр. 277–278. Чак и ако су стране у сталном пословном односу, општи услови садржани у само једном или неколико уговора неће моћи да се протегну и на будуће уговоре ако корисник не изрази такву намеру на одговарајући начин. С друге стране, коришћење општих услова у претходним пословима може да укаже на то да је друга страна морала да буде упозната са њима (ЗОО, чл. 142, ст. 3).

17 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 185.

18 У литератури се наводи да је циљ овог правила да се избегну спорови о доступности општих услова, вид. Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Правни факултет у Београду, Београд, 2005, стр. 54–55 и 216.

19 Традиционално се сматрало да је знање за опште услове ограничено на то да друга страна зна да ће одређени општи услови бити укључени у уговор, тако да су се судови ограничавали на формалну оцену, тј. да ли текст уговора упућује на опште услове, вид. Ј. Вилус, *Општи услови формуларних уговора*, стр. 131 и даље. Такво

узната са општим условима. При тој оцени суд не треба да узима у обзир само објективне особине општих услова, већ и понашање друге стране, тј. да ли се друга страна понашала пажљиво приликом закључења уговора. Стандард пажње зависи од тога да ли је уговор из делатности којом се друга страна бави или не.²⁰ У сваком случају, када се ради о трговцима није довољно само да су општи услови тешко доступни, већ треба установити да ли је друга страна ипак могла да приговори или да захтева разјашњење.

На основу генералне клаузуле из чл. 142, ст. 3, суд би могао да сматра да изненађујуће одредбе општих услова нису постале саставни део уговора јер друга страна није морала да зна за такве одредбе. Ипак, било би боље да се на изненађујуће одредбе општих услова примене правила о ништавости из чл. 143. Код правила о укључивању општих услова у уговор постоји претпоставка да је друга страна прочитала оне опште услове на које је упућена и који су јој били доступни. Насупрот томе, *ratio* непуноважности изненађујућих одредаба је у њиховом одступању од природе и циља уговора, за шта је небитно да ли се друга страна упознала са општим условима; ту је претпоставка управо супротна, да друга страна прихвата опште услове без читања. С обзиром на ову разлику, изненађујуће одредбе општих услова су суштински неправичне одредбе²¹ и на њих треба применити одговарајућа правила.

Насупрот флексибилном правилу о знању друге стране за опште услове стоји захтев из чл. 142, ст. 2 да општи услови морају да буду објављени на уобичајени начин. Такав захтев је излишан с обзиром на општи стандард усвојен у ст. 3 истог члана. Изгледа да је резонување законодавца било да од вишка заштите „глава не боли“. Међутим, може се десити да страна којој општи услови не одговарају покуша да докаже да они нису објављени на уобичајени начин и да јој зато нису били познати. Тако ова „мера предострожности“ у ствари отвара више простора за спорење. У теорији је изнето становиште да се правило о објављивању општих услова може тумачити као упућујућа норма без непосредне правне санкције, која само упозорава кориснике општих услова да је пожељно да објаве опште услове,²² али то становиште делује неуверљиво с обзиром на императивну формулацију закона. Један од начина да се избегне објављивање општих услова био би да се установи да не постоји обичај објављивања општих услова у одређеној грани промета. Али так-

решење не додаје ништа на општа правила о закључењу уговора, нити гарантује сигурност другој страни и зато га треба одбацити као неадекватно.

20 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 54–55.

21 Ј. Вилус, *Општи услови формуларних уговора*, стр. 140.

22 Александар Лојпур, „Општи услови формуларних уговора“, *Правни живоић*, бр. 10–12/1988, стр. 1555–1556.

во решење би водило у велику правну неизвесност јер би се захтевала процена трговачких обичаја, различитих врста и модалитета уговора, конкретних околности и сл.

Објављивање општих услова преузето је из Општих узанси за промет робом²³ које садрже много логичније правило да објављивање општих услова, као и њихова предаја, ствара претпоставку да је друга страна била упозната са њима (ОУ, бр. 32). С обзиром на то да опште узансе изричито захтевају да друга страна буде упозната са општим условима, ова претпоставка је неопходно олакшање за корисника. С друге стране, по Закону о облигационим односима, иста претпоставка може да се изведе из стандарда да је друга страна морала бити упозната са општим условима (чл. 142, ст. 3).

За разлику од Закона о облигационим односима, Опште узансе остављају могућност да општи услови буду укључени у уговор и након закључења уговора, према правилима о једностраним условима у фактури (ОУ, бр. 203, ст. 2). Општи услови који нису у супротности са посебним условима и који су неопходни за извршење уговора, а садржани су у фактури или потврди уговора, постају део уговора ако друга страна на њихову примену не приговори у кратком року од пријема фактуре или потврде. Такво решење одговара потребама промета јер уговорници најчешће не уређују бројна техничка питања која се могу јавити у извршењу уговора, а диспозитивна правила најчешће нису довољно детаљна.

Може се закључити да су узансна правила практична али ригидна, док Закон о облигационим односима пружа флексибилан стандард, који, нажалост, ограничава неоправданим правилом о објављивању. Поређења ради, немачко право, које има изграђен систем правила о пуноважном уговарању општих услова у потрошачким уговорима,²⁴ ограничава примену те заштитне регулативе када је друга страна трговац.²⁵ Наиме, ако је сауговорач корисника општих услова у могућности да се упозна са општим условима (а та могућност се цени блаже него у случају

23 Опште узансе за промет робом (*Службени листи ФНРЈ*, бр. 15/54), узанса бр. 32. Иако опште узансе полазе од појма адхезионог уговора, он није схваћен у свом ужем значењу, већ обухвата све оне уговоре у којима се јављају општи услови, што је сигурно допринеле терминолошкој конфузији у српском праву, упор. ОУ, бр. 32 и 33.

24 Вид. НГЗ, §§305–310. Суштина ових параграфа преузета је из посебног закона који је регулисао опште услове пословања у Немачкој (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), а који је донет још 1977 као први закон посвећен материји општих услова. Вид. Lothar Haas *et al*, *Das neue Schuldrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2002, стр. 345–346.

25 §310 НГЗ искључује примену §305 ст. 2 и 3 на трговачке уговоре и ограничава примену §§308 и 309.

потрошачких уговора), довољно је да корисник, до закључења уговора, на било који начин јасно изрази намеру да укључи опште услове.²⁶ Општи услови могу да буду укључени чак и после закључења уговора ако су садржани у потврди о уговору коју друга страна прихвати без приговора,²⁷ што је у нашем праву могуће само по систему Општих узанси.

2. Пуноважност општих услова

Материјална пуноважност одредаба општих услова регулисана је чланом 143 Закона о облигационим односима кроз две опште клаузуле.²⁸ Први став тог члана одређује да су ништаве одредбе општих услова које су противне циљу уговора или добрим пословним обичајима, чак и ако су општи услови били одобрени од надлежног органа. Други став даје могућност суду да одбије да примени неправичне одредбе општих услова. Иако постоји мишљење да је у другом ставу предвиђена релативна ништавост,²⁹ овлашћење суда да одбије да примени неправичне одредбе општих услова није случај релативне ништавости. За разлику од релативне ништавости, суд може да цени правичност општих услова по сопственој иницијативи и није ограничен тачно одређеним разлозима ништавости.³⁰ Дакле, поред правила о апсолутној ништавости, чл. 143 садржи и правило о судској контроли општих услова.

Неспретна формулација чл. 143 ЗОО непотребно раздваја контролу садржине општих услова на два наизглед одвојена режима. У ствари, суд је дужан да одбије да примени како оне одредбе општих услова које су ништаве према ст. 1, тако и оне одредбе које су неправичне према ст. 2. Суд не може да бира да ли ће да призна или одбије неправичне услове, њему је само дато овлашћење да цени правичност општих услова према свим околностима и независно од општих правила о ништавости. Поред тога, да би утврдио неправичност одређених одредаба општих услова, суд ће по правилу морати да узме у обзир циљ уговора и пословне обичаје, тако да ће неправичност по ст. 2 да се цени према истим или сличним критеријумима као и ништавост према ст. 1. Из ових разлога било би логичније да се предвиди јединствено правило о непуноваж-

26 D. Medicus, *нав. дело*, стр. 162; Palandt, *нав. дело*, стр. 405.

27 Palandt, *нав. дело*, стр. 405.

28 Набрајање три модалитета у којима се јављају неправични услови у ст. 2 не може се разумети као списак конкретних неправичних одредаба, него само као додатно објашњење генералне клаузуле. Упор. Ј. Вилус *Општи услови уговора*, стр. 380 и Ненад Ђурђевић, „Контрола општих услова пословања по основу правичности“, *Правни живои*, бр. 11–12/1994, стр. 1553.

29 М. Ђурђевић, *нав. дело*, стр. 154–155.

30 Н. Ђурђевић, *нав. чланак*, стр. 1553.

ности одредаба општих услова, а да противност циљу уговора или трговачким принципима служи као индиција неправичности.³¹

Суду нема потпуно дискреционо овлашћење да уклања неправичне одредбе општих услова, јер би то било противно слободи уговарања и сигурности правног промета. Ипак, треба увек имати у виду да циљ посебне регулативе општих услова није да ограничи слободу уговарања, већ да је сачува од злоупотреба.³² Зато суд треба да се држи објективних критеријума када процењује ништавост одредаба општих услова.

Као добар пример може да послужи немачко право. Немачки грађански законик полази од генералне клаузуле која прописује да су ништаве одредбе општих услова које противно начелу савесности и поштења несразмерно оптерећују другу страну, при чему се претпоставља да несразмерно оптерећење постоји када одредба општих услова није сагласна са основним принципима законске одредбе од које одступа или када у тој мери ограничава суштинска права и обавезе која произлазе из природе уговора тако да је остварење циља уговора угрожено.³³ Контрола пуноважности одредаба општих услова ограничена је на основне принципе закона и главне уговорне обавезе, тако да се не могу у обзир узимати опште идеје правичности, нити суд има овлашћење да процењује правичност односа узајамних давања или уговорену цену.³⁴ Поврх тога, када се ради о трговинским уговорима, суд може да цени неправичност општих услова према изнетом правилу само у вези са изричито набројаним одредбама које се налазе на сивој и црној листи неправичних одредаба.³⁵ Суду се на овај начин забрањује мешање у тржишне односе и слободу уговарања,³⁶ а даје му се могућност да спречи изигравање уговора.

Када процењује да ли је нека одредба противна циљу уговора или добрим пословним обичајима, суд треба да се ограничи на основне обавезе које произлазе из циља који уговорници желе да остваре,³⁷ или на основне принципе одређене гране трговине. Суд не сме да настоји да успостави „бољи“ баланс између уговорних обавеза и ризика, већ само

31 Слично решење прихваћено је у немачком праву, вид. §307(2) НГЗ.

32 В. В. Водинелић, *нав. дело*, стр. 113; Н. Ђурђевић, *нав. чланак*, стр. 1554–1555; J. R. Maxeiner, *нав. чланак*, стр. 148–149.

33 НГЗ, §307, ст. 1 и 2.

34 D. Medicus, *нав. дело*, стр. 168–170.

35 НГЗ, §310; вид. НГЗ, §308, §309 и Н. Ђурђевић, *нав. чланак*, стр. 1545–1548.

36 У америчком праву судови ограничавају контролу пуноважности одредаба тиме што захтевају да кумулативно постоји несавесност приликом закључења уговора, као и садржинска неправичност одређене одредбе, вид. J. R. Maxeiner, *нав. чланак*, стр. 118–119.

37 J. Вилус, *Ојштии услови формуларних уговора*, стр. 148–150.

сме да одбије онај који је изразито неправичан. Исто тако, суд не сме да цени одредбе општих услова према свом осећању правичности, већ мора да установи да ли је правичност угрожена конкретним кршењем смисла одређеног закона или уговора. При томе, одступање од диспозитивних законских одредаба није поуздано мерило за оцену неправичности општих услова зато што је суштина диспозитивних правила управо у томе да се могу дерогирати.³⁸ У сваком случају, суд не треба да полази од субјективног положаја страна у одређеном уговору, већ треба да има у виду просечне субјекте одређене гране промета јер је контрола општих услова установљена са циљем заштите јавног интереса.³⁹ Из истог разлога суд може да одбије и оне опште услове са којима је друга страна сагласна.⁴⁰ У трговинским односима, за разлику од потрошачких уговора, акценат није на заштити угроженог и необавештеног субјекта, већ на заштити поверења у правни промет.

С обзиром на то да је контрола правичност општих услова установљена у јавном интересу, да не зависи од воље уговорника и да је ограничена на изразито штетне клаузуле, она је врло блиска апсолутној ништавости. Штавише, неправичност и претерана строгост, ако се тумаче обазриво, по правилу се противе циљу уговора и добрим пословним обичајима, тако да практично нема разлике између стандарда у ст. 1 и ст. 2, чл. 143. Зато би јединствено мерило пуноважности боље одговарало суштини судске контроле општих услова.

У Дилеме у примени Бечке конвенције

Бечка конвенција⁴¹ не садржи посебне одредбе о општим условима, већ се на њихово уговарање примењују општа правила о понуди и прихвату. Тумачењем ових правила, правна доктрина поставила је основна правила о пуноважности општих услова. Да би општи услови постали део уговора потребно је да су били део понуде коју је друга страна прихватила, при чему су од посебног значаја правила из чл. 8, која предвиђају објективно тумачење изјава воље.⁴² Неопходно је да

38 Упор. Ј. Вилус, *Општи услови уговора*, стр. 377.

39 *Ibid.*

40 Упор. Н. Ђурђевић, *нав. чланак*, стр. 1554.

41 Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, 1980.

42 Franco Ferrari, „*Commentary of Art 14^c*“, у: S. Kröll, L. Mistelis, P. P. Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contract for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2011, стр. 232–233; Schroeter, „*Commentary of Art 14^c*“, у: I. Schwenzer (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2010, стр. 275–278; Burghard Piltz, *AGB in UN-Kaufverträgen*, стр. 1–2, доступно на адреси: http://www.cisg-library.org/pdf/piltz_agb_ihr2004heft4.pdf, 26.4.2014.

постоји јасно упућивање на опште услове, да су општи услови јасни и на разуман начин доступни другој страни.⁴³ Пуноважност одредаба општих услова је изван оквира конвенције, тако да се у том домену примењују правила релевантног националног права (чл. 4(a)).

Постоји спор око тога на који начин корисник треба опште услове да учини доступним другој страни; да ли то подразумева његово активно понашање или је довољно да постоји само јасно упућивање на опште услове тако да је на другој страни да се са њима упозна на сопствену иницијативу?⁴⁴ У сада већ чувеној одлуци, немачки Савезни суд одлучио је да је на кориснику општих услова дужност да пошаље текст својих општих услова или га на други начин учини доступним другој страни.⁴⁵ У образложењу своје одлуке суд је навео да у међународној трговини, због великих разлика у националним правима и пословној пракси, друга страна не може да претпостави садржину општих услова, да Бечка конвенција не предвиђа контролу садржине општих услова и да је у сваком случају лакше кориснику општих услова да их достави, нарочито имајући у виду да општи услови редовно привилегују корисника, те би било противно начелу добре вере очекивати од друге стране да сама тражи опште услове и да сноси ризик непознатих општих услова, што би такође успоравало правни промет.

Велики број аутора прихвата став немачког Савезног суда и сматра да је на кориснику дужност да другој страни учини доступним опште услове.⁴⁶ Просто упућивање на опште услове није довољно, већ је потребно да су они лако доступни другој страни узимајући у обзир све околности случаја.⁴⁷ Према овом становишту ризик немогућности друге стране да се упозна са општим условима сноси корисник, те сва одговорност за сазнање друге стране лежи на њему. Тако нпр. није довољно да су општи услови окачени на веб сајт корисника ако се уговор не закључује путем интернета или ако упућивање није извршено директним хиперлинком.⁴⁸ Такође није довољно да су општи услови

43 *CISG-AC Opinion No. 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG*, Rapporteur: Professor Sieg Eiselen, 2013, доступно на адреси: <http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=222&ifkCat=213&sid=222>, 26.4.2014.

44 Вид. *CISG-AC Opinion No. 13*, стр. 8-12.

45 BGH, 31.10.2001 (*Machinery case*), доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>, 26.4.2014.

46 F. Ferrari, *нав. дело*, стр. 234; Schroeter, *нав. дело*, стр. 279-281; B. Piltz, *нав. чланак*, стр. 3-4; Verena Ventsch, Peter Kluth, „Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen des UN-Kaufrechts“, *Internationales Handelsrecht*, Nr. 5/2003, стр. 6.

47 Вид. Schroeter, *нав. дело*, стр. 283-287.

48 *Ibid.*, стр. 283-284.

доступни на захтев друге стране, као ни полагање општих услова код суда или привредне коморе.⁴⁹ Извор ове посебне дужности објашњава се специфичностима међународне трговине због којих је трговац суочен са већим ризицима него у унутрашњој трговини, као и недостатком посебне регулативе општих услова у Бечкој конвенцији. Међутим, ниједан од ових разлога није убедљив. Иако међународна трговина подразумева веће и другачије ризике од унутрашње трговине, ти ризици нису везани за опште услове пословања. Од трговаца на међународном нивоу треба захтевати да покажу дужну пажњу и да се упознају са општим условима својих партнера и да, пазећи на своје интересе, не пристану на опште услове који им нису јасни или који су неповољни за њих. С друге стране, из недостатка посебних правила о општим условима не може се извести строжи режим него што би постојао по општим правилима о понуди и прихвату.

Други део теорије сматра да не постоји дужности корисника да опште услове достави другој страни. Општа правила о понуди и прихвату, као и о тумачењу изјава, захтевају само да корисник у понуди јасно упути на своје опште услове; ако друга страна такву понуду прихвати без резерве, корисник има оправдано очекивање да су општи услови постали део уговора.⁵⁰ Било би противно начелу добре вере да друга страна ствара погрешан утисак о томе да је прихватила опште услове.⁵¹ Поред тога, није општеприхваћено да страна која закључује уговор мора да буде упозната са садржином свих одредаба на које пристаје.⁵² Општа и неутрална правила о понуди и прихвату ограничавају се на то да друга страна мора да зна за намеру корисника да опште услове укључи у уговор, та правила нигде не указују на дужност корисника да са њима упозна другу страну. Поврх тога, Бечка конвенција изричито одређује да су питања пуноважности изван њеног домена и да се на та питања примењује релевантно национално право, тако да Савезни суд није имао оправдање да уско тумачи правила о закључењу уговора да би обезбедио заштиту од неправичних општих услова.⁵³

49 *Ibid.*, стр. 286–287.

50 Sieg Eiselen, „The Requirements for the Inclusion of Standard Terms in International Sales Contracts“, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 14, No. 1/2011, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1838362, 26.4.2014, стр. 7–8; *Gerechthof's Hertogenbosch*, 19.11.1996 (*ICT GmbH v. Princen Automatisering Oss BV*), доступно на адреси: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=329>, 26.4.2014.

51 S. Eiselen, *нав. чланак*, стр. 12.

52 *Ibid.*

53 Martin Schmidt-Kessel, *Commentary on decision of German Federal Supreme Court of 31 October 2001 [VII ZR 60/01]*, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html#cc>, 26.4.2014.

Природи трговачких односа, као односа између професионалаца, више одговара либерално становиште које не пребацује сав терет упознавања са општим условима на њиховог корисника. Зато не треба тумачити конвенцију на начин који поставља нове захтеве и оптерећује међународни промет. Општа правила о закључењу уговора представљају добру основу за једнообразну примену конвенције у складу са чл. 7, док би строжи режим сигурно наишао на неодобравање судова оних земаља које не познају посебну заштиту трговаца у домену општих услова.

VI Закључак

Српско право садржи најважније основе за посебно регулисање уговарања и пуноважности општих услова пословања. Правила из Закона о облигационим односима, иако непрецизна, дају суду солидан законски основ да заштити страну која је приступила општим условима од неправичних одредаба садржаних у њима. Већ по питању укључивања општих услова у уговор, закон поставља врло строге критеријуме и пружа могућност суду да оцени да ли су општи услова заиста били доступни другој страни. Нажалост, српски судови недовољно користе ове могућности и не иду даље од формалне констатације да се уговор позива на одређене опште услове.⁵⁴ Ово је изненађујуће с обзиром на то да посебно регулисање општих услова није никаква новина у српском праву, будући да су још Опште узансе предвиделе посебне услове за њихово укључивање у уговор и да је још 1934. написано прво значајно научно дело о посебностима адхезионих уговора. Можда је управо везаност општих услова за адхезионе уговоре разлог због кога су се судови устручавали да примене посебне правила о општим условима и на уговоре који нису адхезиони. Судови нису препознали оправданост и потребу да се та правила примене и на оне уговоре који су само делом „адхезиони“ тј. који се ослањају на опште услове једне стране. Зато је битно да се појам општих услова еманципује од појма адхезионог уговора.

У примени Бечке конвенције, судови ће морати да се суоче са проблемом два опречна тумачења правила о закључењу уговора. Неуједначеност доктрине и судске праксе неминовно ће утицати на одлуке трговаца у међународним трансакцијама; када постоји могућност да суд захтева упознавање друге стране са општим условима, корисници општих услова ће учинити све што могу да их доставе другој страни и да осигурају доказ о томе. Зато је либерални приступ Бечке конвенције већ доведен у питање.

54 Виши трговински суд, Пж. 6107/2008, 29.1.2009, где суд чак не прави ни разлику између општих и посебних услова; Виши трговински суд, Пж. 2244/2009, 27.5.2009; Привредни апелациони суд, Пж. 7177/2011, 14.6.2012.

Општи услови уговора представљају, премда се то често превиђа, камен темељац модерног уговора. Они морају да постоје и да се користе јер су израз фундаменталне потребе за брзим и сигурним прометом. Да би општи услови испуњавали своју корисну улогу, потребно је да постоји заштитна регулатива која ће чувати поверење правних субјеката у опште услове. Али та регулатива не сме да прерасте у препреку која ће успоравати промет и наметати додатне трошкове. Да би се постигла равнотежа у регулисању општих услова потребно је да постоје флексибилна правила која пружају јасне критеријуме и још да су ти критеријуми развијени у судској пракси. У општим условима јављају се тако различите одредбе да је немогуће поуздати се једино у реч закона. Зато је за правилно просуђивање општих услова потребно добро познавање принципа приватног права и, наравно, добар осећај за практичне потребе. Наше право пружа солидну основу за развој права о општим условима, али тај потенцијал још није довољно искоришћен.

Miloš VUKOTIĆ

A CRITICAL REVIEW OF THE LEGAL REGIME OF STANDARD CONTRACT TERMS IN SERBIAN LAW

Summary

Standard contract terms represent the main basis of modern mass trade, but at the same time a temptation for their users to attempt to take advantage of the specific circumstances which are present when a contract is concluded with reference to standard terms. In order to preserve public trust in standard terms and their purpose, many legal systems provide special protective rules on standard terms. The aim of this paper is to demonstrate the approach of Serbian law to the problem of standard terms and to investigate the reasons which motivate the special regulation of standard terms.

Key words: *standard terms, standard form contract, contract formation, nullity, judicial control.*

Марија ВИЋИЋ

студент мастер студија Правног факултета Универзитета у Београду

БЛАНКО МЕНИЦА КАО СРЕДСТВО ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРОШАЧКОГ КРЕДИТА

Резиме

У овом раду аутор анализира ојасности које се јављају приликом поштивања бланко менице која се издаје у сврхе обезбеђења потрошачког кредита. Први део рада односи се на појам и настајак бланко менице, што је од изузетног значаја за следеће њене употребе у потрошачком праву, као средства обезбеђења потрошачког кредита. У другом делу рада аутор разматра како апстрактни карактер менице утиче на положај корисника кредита у бланко меници. У трећем и централном делу истражује се ојасности којима се корисник кредита излаже поштивањем ове менице – пре свега, неовлашћено поштивање менице. Аутор предлаже два решења – уношење ректе клаузуле у бланко меницу и поштивање концепте објективне одговорности банке за неовлашћено поштивање менице. Прво решење има меничноправну природу, док је друго чисто грађанскоправно, али оба црпе своје ујористе из начела о заштити корисника финансијских услуга које прокламује Закон о заштити корисника финансијских услуга.

Кључне речи: бланко меница, корисник кредита, потрошачки кредит, ректе клаузула, начело савесности и поштивања.

I Увод

Употреба бланко менице у пракси учестала је потребом обезбеђења потрошачких кредита.¹ Како су корисници потрошачких кредита физичка лица чија је платежна способност врло често несигурна,² банке условљавају давање кредита издавањем бланко менице као средства обезбеђења кредита у случају његовог невраћања или неуредног враћања.³ Банка као давалац кредита не зна да ли ће корисник кредита уредно испуњавати своју обавезу и вратити кредит о доспелости. Бланко меницом банка стиче овлашћење да у случају невраћања кредита меницу попуни на одговарајући дуговани износ и своје потраживање наплати по скраћеном меничном поступку штедећи при том и време и новац. Уколико до уредног испуњења обавезе из уговора о кредиту дође, до реализације, а самим тим и попуне бланко менице никада неће доћи.⁴

Закон о заштити корисника финансијских услуга у члану 5 предвиђа основна начела којима се прокламује заштита корисника финансијских услуга. Између осталих, то су: право на равноправан однос са даваоцем финансијске услуге, право на информисање и право на заштиту права и интереса. Ова начела закон конкретизује у низу одредаба: информисање потрошача – корисника финансијске услуге у свакој фази пословања са банком, детаљна регулатива битних елемената свих уговора које корисници финансијских услуга закључују са банком, па чак и право на приговор Народној банци Србије. Овај закон у свом члану 41 обезбеђује сходну примену релевантних чланова Закона о заштити потрошача⁵ (чланови 19–27) који се односе на неправичне уговорне одредбе и непоштено пословање, као и на поступак њихове забране.

1 Милан Бартош, Зоран Антонијевић, Владимир Јовановић, *Менично и чековно право*, Београд, 1974, стр. 167; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1996, стр. 613; Михаило Велимировић, *Пословно право*, Цетиње, 1998, стр. 634; Александар Глогинић, *Лексикон меничног права*, Београд, 2010, стр. 27.

2 Концепт „потрошача“ као физичког лица које закључује правне послове са банком (према позитивноправној српској терминологији: корисник финансијских услуга, Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, чл. 2, ст. 1, тач. 9; даље у фуснотама: ЗЗКФУ) настао је још у деветнаестом веку када је банка дајући кредите тежила да побољша кредитну способност и финансијско стање корисника кредита. Више о појму „потрошача“ вид. Е. Р. Ellinger, Eva Lomnicka, C. V. M. Hare, *Ellinger's Modern Banking Law*, New York, 2006, стр. 115–119.

3 Е. Р. Ellinger, E. Lomnicka, C. V. M. Hare, *нав. дело*, стр. 424.

4 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 9249/2013 (1) од 26.2.2014. године

5 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 73/2010; даље у фуснотама: ЗЗП.

Међутим, осим могућности за вансудско решавање спорова коју даје Закон о заштити потрошача (чл. 132–136), за решавање потрошачких спорова надлежан је суд у посебном парничном поступку (чл. 137–146).⁶ Морамо признати да овај механизам заштите кориснику кредита неће пуно помоћи. Након година парничења чак и ако поврати оно што је од банке изгубио, репарација за претрпљену штету биће недовољна.⁷

II Појам и настанак бланко меница

Бланко меница је меница⁸ која у часу издавања, по вољи самог издаваоца, не садржи све битне меничне елементе, али ипак производи менично-правно дејство и дата је меничном повериоцу с овлашћењем да је касније попуни.⁹

Меничне радње одигравају се обрнутим редоследом код бланко менице.¹⁰ Код трасиране менице, трасант издаје наредбу трасату да ремитенту исплати одређену количину новца назначеног на меници у тренутку њене доспелости.¹¹ Он ће ту суму платити тек када своју обавезу потврди акцептом¹² или ће се њена наплата спровести у регресном

6 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС и 74/2013 – одлука УС; даље у фуснотама: ЗПП.

7 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 7238/2006 од 23.8.2006. године.

8 Према традиционалној и већ превазиђеној подели (о томе зашто је ова подела превазиђена и зашто би требало оспоравати тзв. стварноправним хартијама од вредности то својство вид. Мирјана Радовић, „Традиционо својство тзв. стварноправних хартија од вредности“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2011, стр. 294–319), меница спада у облигационоправне хартије од вредности. Више о томе вид. Славко Царић, „Хартије од вредности у југословенском позитивном праву“, *Право и привреда*, бр. 1–2/96, стр. 17–36.

9 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *нав. дело*, стр. 167–168; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2011, стр. 519; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 612; Зоран Антонијевић, *Привредно право – организације удруженој рада и његови промети*, Београд, 1989, стр. 466; А. Глогинић, *нав. дело*, стр. 27; Славко Царић, *Банкарски промети и хартије од вредности*, Нови Сад, 1996, стр. 92.

10 Правно схватање усвојено на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда дана 10. децембра 2004. године – *Судска пракса трговинских судова – Часопис за привредно право*, бр. 4/2004 – стр. 17.

11 У англосаксонском праву знатно је чешћа употреба сопствене менице – тзв. *promissory note*. Више о томе вид. Владимир Јовановић, „Promissory note“, *Анали Правној факултету*, бр. 3–4/1985, стр. 36–402 и Милан Радојковић, „Promissory note“, *Правни животи*, бр. 10–1977, стр. 15–30.

12 Исту меничну радњу познаје и Конвенција УН о међународној трасираној и сопственој меници. Више о томе вид. Младен Драшкић, „Конвенција УН о међународним трасираним и сопственим меницама“, *Право и привреда*, бр. 1–2/95, стр. 1–15; Гордана Ковачевић, „Правна природа и битни елементи међународне менице“, *Финансије*,

меничном поступку (подизањем протеста уколико акцепт буде одбијен или уколико акцептант одбије да исплати меничну своту).¹³ Код бланко менице, акцептант је најчешће први потписник менице који унапред прима обавезу да ће исплатити суму новца коју ће касније у меницу унети њен ималац, у складу са споразумом који је сачињен према основном послу поводом кога се бланко меница издаје. Уколико не буде потребе за реализацијом меничне обавезе, она ће остати непопуњена, а потписани образац ће бити повучен из правног промета.

Два су битна елемента бланко менице: потпис менице са назначењем да је реч о меници и овлашћење на попуну дато од стране меничног дужника који пристаје да се задужи попуњавањем меничног писмена од стране меничног повериоца. Тим чином менични дужник је меничном повериоцу поклатио своје поверење, поуздајући се пре свега у његову савесност и поштење да меницу неће попунити противно њиховом споразуму.¹⁴ Како је меница изашла из његових руку, дужнику једино преостаје поуздање у савесност и поштење повериоца, што је главна и неопходна претпоставка за функционисање бланко менице.

1. Теорија омисије и начело савесности и поштења

Према ранијим правним схватањима, захтевало се да у тренутку издавања менице буду попуњени сви њени битни елементи – теорија

бр. 11–12, стр. 773–782; Јелена Вилус, „Конвенција Уједињених нација о међународним меницама“, *Сирани правни живои*, бр. 1/1991, стр. 109–122.

13 И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 590; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 473; Roy Goode, *Commercial law*, London 2004, стр. 483. Трасирана меница представља један вид кредитирања купца до доспелости меничне обавезе, а уједно погодује и продавцу јер је сигурност наплате велика – осим главног меничног дужника, он наплату може покушати и од регресних дужника по меници. Више о томе вид. Carole Murray, David Holloway, Daren Timson-Hunt, *Schmitthoff's Export Trade*, London 2007, стр. 161; J. C. T. Chuah, *Law of International Trade*, London 2005, стр. 456.

14 Из начела меничне строгости произлази да се према савесном прибавиоцу менице могу истичати само они приговори чији основ лежи у меничном писмену. Међутим, начело савесности и поштења (Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 12; даље у фуснотама: ЗОМ) захтева корекцију овог правила. Наиме, од овог начела ће се одступити у корист дужника иако није био у непосредном односу са било којим ранијим имаоцем менице, ако је том имаоцу менице била позната или му није могла остати непозната чињеница која се односи на тај приговор. Вид. М. Бартош, З. Антонијевић, З. Јовановић, *нав. дело*, стр. 171; Ивица Јанковец, „Значај апстрактног карактера менично-правног посла када се меница користи као средство обезбеђења потраживања“, *Правни живои*, бр. 5–6/1993, стр. 642. Идентична правила када су у питању менични приговори познају и упоредноправни системи, вид. нпр. Roy Goode, *нав. дело*, стр. 514–516.

„*unitu actu*“. Међутим, потребе практичне примене менице у свакодневном животу довеле су до ублажавања ове теорије и прихватања теорије омисије – пропуштања. У тренутку издавања, бланко меница мора да садржи само означавање да је то меница и потпис издаваоца – трасанта или акцептанта (или и једног и другог).¹⁵ Закон о меници ни једном својом одредбом не дефинише бланко меницу.¹⁶ Међутим, члан 16 став 2 омогућава издавање непотпуне менице која ће накнадно бити испуњена у складу са споразумом који постоји између повериоца и дужника из основног посла. Повреда овог споразума се не може приговорити трећем савесном имаоцу менице – осим, ако је меницу стекао злонамерно или је при стицању поступао с крајњом непажњом.¹⁷ Управо овај члан сведочи о прихватању горепоменуте теорије омисије, кориговане начелом савесности и поштења. Дакле, до попуне бланко менице ће доћи касније, а крајњи тренутак за њену попуњу је тренутак реализације меничне обавезе.¹⁸

2. Одступања од начела меничне формалности и начела фиксне меничне обавезе

Да ли су начело формалности и начело фиксне меничне обавезе (начело меничне строгости у материјалном смислу) ограничени могућношћу издавања бланко менице? Чини се да то није случај. Иако меница није попуњена у тренутку свог издавања, она мора бити попуњена у тренутку подношења на наплату.¹⁹ Стога, ова начела су само коригована теоријом омисије, а за потребе праксе. Од тренутка попуне менице, а то је најкасније тренутак реализације меничне обавезе, ова начела делују у свом пуном светлу – менични дужник ће бити обавезан

15 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *нав. дело*, стр. 167; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 519, И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 612; С. Царић, *нав. дело*, стр. 92; М. Велимировић, *нав. дело*, стр. 634.

16 Правни теоретичари су још пре 1946. године када је донет Закон о меници, били свесни да се у пракси често употребљавају тзв. бланко акцепти, док меница у целисти остаје неиспуњена, а овлашћење на попуњу менице припада ремитенту, тј. овлашћеном имаоцу менице. Истиче се да меница мора бити испуњена пре него што њен имаоца затражи интервенцију власти. Упркос томе, овакве менице се препознају као ништаве, али само релативно ништаве јер, уколико оне буду попуњене у складу са уговором, долази до њихове конвалидације. Више о томе вид. Обрад. Госпавић, *Основи меничној љрава*, Београд, 1933, стр. 77.

17 Закон о меници, *Службени лист СФРЈ*, бр. 104/1946, *Службени лист СФРЈ*, 16/1965, 54/1970 и 57/1989 и *Службени лист СРЈ*, бр. 46/1996, члан 16, став 2; даље у фусно-тама: ЗОМ.

18 Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 10873/2006 од 22.3.2007. године.

19 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 11144/2010 (3) од 3.8.2011. године.

да испуни оно што је у меници назначено, без обзира на споразум о попуни менице.²⁰

III Апстрактни карактер бланко менице када се она користи као средство обезбеђења потрошачког кредита

1. О потрошачком кредиту

Потрошачки кредит је врста наменских ванпривредних кредита које банка²¹ даје потрошачима као физичким лицима у сврху повећања куповне моћи корисника кредита и омогућавања његовог лакшег снабдевања појединим производима.²² Како су корисници ових кредита искључиво физичка лица, они су економски непродуктивни јер увек делују у смислу повећања потрошње изнад своје економске моћи.²³ Ова врста кредитирања се најчешће обавља помоћу текућег рачуна који корисник кредита има отворен код банке даваоца кредита.²⁴ Наплата кредита се врши директно одбијањем дела расположивог салда са текућег рачуна, када он постане позитиван.²⁵ Наиме, како салдо на текућем рачуну може постати негативан, банка кроз одобрени кредит може свом клијенту омогућити располагање новчаним средствима у одређеном временском периоду.²⁶ То, међутим, није правило, те је кредитирање потрошачким кредитом могуће и без отварања рачуна код банке даваоца кредита.

20 Бланко меница је меница „у настјајању“ или „будућа“ меница. Овај вид менице који је законом дозвољен, треба разликовати од „нейоийуних“ меница. И у непотпуним меницама недостају неки битни менични елементи који нису претпостављени, али за које не постоји воља издаваоца да изостану у тренутку пуштања менице у оптицај. Код оваквих меница не постоји споразум о попуни менице нити поуздање у савесност и поштење меничног повериоца да ће извршити попуну менице. Вид. М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *нав. дело*, стр. 168; С. Царић, *нав. дело*, стр. 92.

21 Према члану 5 став 2. Закона о банкама (*Службени гласник РС*, бр. 107/2005 и 91/2010; даље у фуснотама: ЗОБ), нико осим банке не може се бавити давањем кредита, осим ако је за то посебно овлашћен законом.

22 И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 538; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 364; З. Антонијевић, *нав. дело*, стр. 411.

23 М. Трифуновић, *Међународни йлајйни йромей, банкарсийво и монейарни сисйем*, Београд, 1988, стр. 43, 44.

24 Више о томе вид. Светислав Јанковић, „Чији је, заправо, салдо на банкарском текућем рачуну“, *Правни живои*, бр. 11/2013, стр. 631–643.

25 О уговору о текућем рачуну вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 389–394. О разлици између текућег и жиро рачуна вид. И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 530. Више о жиро систему и његовом функционисању у банкарском сектору вид. Е. Р. Ellinger, Е. Lomnicka, С. V. М. Nare, *нав. дело*, стр. 595, 560.

26 ЗЗКФУ, чл. 24, ст. 2.

Како је реч о кредиту са високим ризиком отплате јер је корисник кредита физичко лице слабе платежне способности, у банкарској пракси све је чешће да банка као давалац кредита захтева од свог клијента да потпише бланко меницу – као њен издавалац или акцептант и тиме обезбеди наплату кредита о доспелости банци као имаоцу менице.²⁷

2. Положај корисника кредита у бланко меници

Корисник кредита се може појавити као издавалац – трасант бланко менице или као њен акцептант.²⁸ Међутим, обезбеђење које својим потписом банци оставља корисник кредита њој најчешће није довољно.²⁹ Наиме, банка је већ упозната са слабом платежном способношћу корисника кредита и издавање ове менице омогућава банци само убрзану процедуру наплате у меничном поступку.³⁰ Наспрам редовног судског поступка, рокови у меничном поступку су знатно краћи, нема дуготрајног доказног поступка, јер, према начелу меничне строгости, тачно је само оно што на меници пише. Супротно се може доказивати само у случају несавесности неког од меничних потписника. Такође, менична апстрактност омогућава спровођење овог поступка без обзира на основни посао који постоји између потписника менице, а сваки спор настао поводом основног посла, странке ће морати да реше у редовном судском поступку.³¹

27 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 364; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 613.

28 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *нав. дело*, стр 167.

29 За разлику од трасираних меница где покриће може бити обезбеђено односом између трасанта и акцептанта – у нашој литератури се помиње тзв. споразум о акцептирању којим трасант и акцептант регулишу своје односе у вези са акцептирањем менице, а самим тим, и меничним покрићем. Више о томе вид. Ивица Јанковец, „Менично покриће“, *Право и привреда*, бр. 7–8/95, стр. 18. Код бланко менице управо је у томе проблем. Банка није сигурна у платежну способност корисника кредита било да се он јави као трасант или као акцептант менице. Уколико би меница садржала оба потписа, сигурност наплате помоћу ње била би повећана, јер бисмо тада могли говорити о покрићу које је корисник кредита обезбедио код лица које се јавља као други потписник менице.

30 Више о особеностима меничног поступка вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 514. Закон о платном промету (*Службени гласник СРЈ*, бр. 3/2002, *Службени лист СРЈ*, бр. 5/2003 и *Службени гласник РС*, бр. 43/2004 и 31/2011; даље у фунотама: ЗОПП) омогућава још краћи и једноставнији механизам наплате поверилаца на основу доспелих меница евидентираних у регистар меница и овлашћења који води Народна банка Србије и то са свих рачуна клијента код банака на којима он има средстава, а на основу налога Народне банке Србије да се блокирају сви динарски и девизни рачуни дужника и да му се не отварају нови рачуни (чланови 47–48 ЗОПП).

31 О апстрактној природи менице и одвајању меничне обавезе од обавезе из основног посла вид. И. Јанковец, „Значај апстрактног карактера менично-правног посла“, стр. 640.

а) *Скривени авал – жиρο*

Дакле, издавањем бланко менице банка не стиче боље обезбеђење да ће њен дуг бити исплаћен на време, већ само један олакшан механизам наплате потраживања. Евентуално би високи трошкови регресног меничног поступка³² могли позитивно да делују на корисника кредита подстичући га да кредит врати у уговореном року. Управо из ових разлога усталило се у пракси ангажовање такозваних *жираната*, јемаца, који потписујући бланко меницу гарантују да ће корисник кредита испунити своју обавезу. У правном смислу, реч је о институту скривеног авала – *жиро* авал. Скривени авал је форма авала где се лице које гарантује за исплату меничне своте, прикрива потписујући меницу као трасант, трасат или индосант.³³ На овај начин ствара се привид да је средство обезбеђења сигурно, упркос лошој платежној способности корисника кредита. У исто време, положај банке као имаоца менице је побољшан. Уместо једног, она сада има два или више дужника. Избегавањем форме авала, избегнута је његова акцесорна природа – скривени авалиста ће одговарати самостално као менични дужник (чак и као главни менични дужник), а не онако како одговара онај за кога јемчи.³⁴

32 У регресном меничном поступку долази до преваљивања меничне обавезе на претходике по меници. Тај процес траје све док меницу не исплати акцептант, или трасант. Положај главног меничног дужника акцептиране менице, односно трасанта неакцептиране менице биће најгори јер су они у крајњем случају обавезни да исплате меницу – на њих ће дефинитивно пасти највећи менични износ. Вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 512, 513; М. Бартош, В. Јовановић, З. Антонијевић, *нав. дело*, стр. 49. На терену бланко менице, ова ситуација постоји када ниједан од жираната – скривених авалиста, не исплати меницу. У сваком случају, обавеза исплате меничне своте пашће на корисника кредита као акцептата. Уколико се корисник кредита налази у положају трасанта, одбијањем исплате и подизањем протеста због неисплате против акцептанта, банка је овлашћена да исплату захтева од корисника кредита као издаваоца менице.

33 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 501; М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *нав. дело*, стр. 89; М. Велимировић, *нав. дело*, стр. 645; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 620.

34 ЗОМ, чл. 31. То значи да трасантов авалиста може користити оне приговоре из основног посла које би могао користити и трасант, док би акцептантов авалиста могао корисити само приговоре из менице и, изузетно, приговор компензације, ако акцептант није ни у каквом другом односу са имаоцем менице. Такође, авалиста јемчи само за онај износ који је на меници назначен, а не и за било коју другу обавезу која произлази из односа у вези са којим је меница издата. Тако, авалиста не може бити оптерећен плаћањем затезних камата због доцње у исплати дуга, које нису укључене у меничну своту. Вид. И. Јанковец, „Значај апстрактног карактера менично-правног посла“, стр. 646, 647.

б) *Форме скривеног авала*

Скривени авал се може појавити у неколико различитих форми.³⁵ Скривени авалиста може потписати меницу као њен издавалац – трасант и вући је на корисника кредита као трасата који потписујући меницу постаје акцептант, а самим тим и главни менични дужник. Банка је у положају корисника менице – ремитента. Реч је о трасираној меници по сопственој наредби. Положај банке је осигуран – скривени авалиста гарантује да ће меница бити исплаћена, а у сваком случају целокупан износ дуга пада на корисника кредита – главног меничног дужника.

Могућ је и обрнут случај, тј. да меницу трасира корисник кредита – трасант и вуче је на скривеног авалисту који је потписује као акцептант. Банка је такође у положају ремитента. Корисник кредита ће скривеном авалисти вратити менични износ који он за њега исплати по правилима која важе за њихове унутрашње односе, а мимо меничног права. До тога врло лако може доћи јер се банка као ремитент прво треба обратити за наплату скривеном авалисти као главном меничном дужнику, а не кориснику кредита.

Последњи и уједно најчешћи вид скривеног авала је онај у коме се скривени авалиста јавља као трасант и први индосант, а корисник кредита потписује меницу као акцептант. Скривени авалиста може индосаментом меницу пренети на следећег скривеног авалисту (у пракси познати као први и други жирант).³⁶ Тек када меницу неки од индосаната – *жираната* пренесе на банку, она има право да тражи наплату по меници и то прво од корисника кредита као главног меничног дужника. Ако он одбија да изврши исплату, банка ће то утврдити подизањем протеста и наплату ће извршити у регресном меничном поступку од свих индосаната – у овом случају *жираната*.

IV Опасности којима се корисник кредита излаже потписивањем бланко менице

Банка као ималац бланко менице њоме може располагати као и сваки други ималац менице. Бланко меницу може даље преносити цесијом, може је есконтovati код друге банке или друга банка може ту меницу откупити.³⁷ Да је меница била попуњена, не би дошло ни до каквих проблема.

35 М. Велимировић, *нав. дело*, стр. 645.

36 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 501; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 620; М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *нав. дело*, стр. 89.

37 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 511/2008 од 4.12.2008. године.

Проблеми управо и настају преношењем, есконтовањем или откупом бланко менице.³⁸ Ако је банка попунила меницу пре него што је она изашла из њене државине и ако је она попуњена у складу са споразумом о попуни, неће настати никакви проблеми. Међутим, шта се дешава ако је банка попунила меницу противно споразуму који има са корисником кредита?³⁹

1. Попуњавање бланко менице

Приговор попуњавања менице супротно, односно несагласно споразуму, корисник кредита може истаћи непосредно банци код које се меница налазила са овлашћењем да је касније попуни, или трећем лицу до кога је меница доспела циркулацијом у правном промету.⁴⁰ Овај приговор корисник кредита ће моћи да истакне прво у регресном меничном поступку као меничноправни приговор, а затим у извршном поступку у року од пет радних дана од дана достављања решења о извршењу, у супротном, оно постаје извршно.⁴¹ Како је меница веродостојна исправа, решење о извршењу (Закон о извршењу и обезбеђењу, чл. 18, ст. 2, тач. 1) доноси се на основу саме менице као веродостојне исправе.⁴²

Ако је меница попуњена противно споразуму који банка има са корисником кредита, а треће лице за то није знало нити је могло знати, корисник кредита ће моћи да уложи приговор против банке због несавесног попуњавања менице.⁴³ Међутим, трећи савесни ималац менице и

38 Захваљујући својој апстрактности, меница може циркулисати у правном промету независно од дуга из основног посла. Тако, меница може бити есконтована код друге банке уз плаћање цене умањене за дисконт – цену есконта менице пре доспелости. Банка која је примила есконтовану меницу, поднеће је купцу ради плаћања и кад јој он плати дуг назначен у меници, менична обавеза се гаси. Вид. Стеван Шогоров, *Банкарско право*, Нови Сад 2004, стр. 134; И. Јанковец, „Значај апстрактног карактера менично-правног посла“, стр. 649.

39 Поред износа главног дуга, у менично писмено мора бити зарачуната и камата. Како је реч о бланко меници која коначно мора бити попуњена у тренутку када се подноси на наплату, за обрачунавање треба применити чл. 5 Закона о меници. Код овакве менице износ камате ће бити зарачунат у сам износ меничног дуга. Више о меничној камати вид. Владимир Добрић, *Меница и менична камата*, Београд, 2011.

40 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *нав. дело*, стр. 172; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 613; А. Глогинић, *нав. дело*, стр. 27–28; С. Царић, *нав. дело*, стр. 93–94.

41 Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон и 109/2013 – одлука УС; даље у фуснотама: ЗИО), чл. 39.

42 ЗИО, чл. 37, ст. 1; Решење Привредног апелационог суда, Иж. 1527/2010 од 13.5.2010. године.

43 Спорно је питање амортизације бланко менице. Према мишљењу једних, дозвољавање амортизације бланко менице је немогуће из разлога што за амортизацију

даље полаже право на своту назначену у меничном писмену и корисник кредита ће бити дужан да изврши ту исплату, док ће своје односе са банком поводом уложеног приговора расправити у редовном парничном поступку.

Ако је, с друге стране, треће лице било несавесно, тј. знало је или је могло знати за постојање и садржину споразума банке са корисником кредита и за поступање банке противно том споразуму, терет доказивања тих нелако доказивих чињеница је на кориснику кредита.⁴⁴ Наиме, иако је у овом случају корисник кредита овлашћен да приговор уложи директно против трећег лица, а на основу члана 16 става 2 Закона о меници, он прво мора да докаже чињенице које иду у прилог несавесности трећег лица.⁴⁵ Кориснику кредита такође предстоји дуготрајан и мукотрпан судски поступак.⁴⁶ Када на крају успе да поврати изгубљено, корисник кредита ће бити у знатно лошијој позицији и кредит који му је представљао нужну помоћ и извор средстава за егзистенцију, претвориће се у своју супротност.

Ситуација је још тежа ако је меница пренета непопуњена, дакле, и даље као бланко меница, па је накнадно попуњена противно споразуму са корисником кредита. Овде одговорност банке као да ни не постоји. Банка ничим није ограничена у располагању меницом, а када меница једном изађе из њене државине на законит начин, она више није одговорна за њену правну судбину. Евентуална савесност или несавесност трећег лица које је попунило меницу само је од релативног значаја – терет доказивања те чињенице је на кориснику кредита. Једно је неспорно – попуњену меницу са својим потписом корисник кредита ће свакако морати да исплати њеном имаоцу. Међутим, те обавезе се може ослободити само ако успе са приговором и докаже несавесност трећег лица, као имаоца менице које је, иако је знало или је морало знати за споразум о попуни менице, исту попунило противно том споразуму.⁴⁷ Начело меничне апстракности и формалности однело је победу над начелом савесности и поштења.

бланко менице морају бити доказани сви битни менични елементи. С друге стране, уколико се амортизација не би дозволила, свако лице које би дошло до такве менице, могло би несавесно да је попуњава и користи. Стога сматрамо да амортизацију треба дозволити јер је у меници садржано једно имовинско право чије вршење за собом повлачи одређене правне последице. Исто вид. М. Бартош, З. Антонијевић, стр. 125; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 517; С. Царић, *нав. дело*, стр. 93; А. Плогинић, *нав. дело*, стр. 28.

44 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *нав. дело*, стр. 172, 173; Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 4159/2012 од 19.7.2012. године.

45 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 6412/2011 од 9.11.2011. године.

46 Решење Вишег трговинског суда, Иж. 2795/2006 (2) од 20.12.2006. године.

47 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 9249/2013 (2) од 26.2.2014. године.

Све остале повреде могу бити праведно санкционисане у редовном судском поступку који ће корисник кредита покренути против банке, а на основу повреде одредаба из уговора о кредиту, али пут до правноснажне пресуде је дугачак и напоран. Исплатом меничне суме, меница је престала да постоји, а самим тим и све предности олакшаног парничења које она омогућава.

2. Концепт одговорности банке за неовлашћено попуњавање бланко менице

Како наше потрошачко законодавство не садржи експлицитне одредбе по овом питању, сматрамо да би решење требало тражити у општим начелима о заштити потрошача (корисника финансијских услуга) прокламованих у чл. 5 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

Начело којим се прокламује заштита права и интереса корисника финансијских услуга може бити конктеризовано кроз одредбе о могућности уношења тзв. *рекѿа клаузуле* у бланко меницу (чл. 14 ст. 2 Закона о меници). Тиме би интереси потрошача били задовољени могућношћу улагања приговора новом имаоцу менице, и то истих оних које је могао уложити против банке као претходног имаоца менице. С друге стране, увођењем концепта објективне одгорности банке (одговорности без обзира на кривицу) у наше потрошачко законодавство успоставила се равнотежа за којом се трага. Тиме би се извршила конкретизација начела о равноправном положају корисника кредита и банке.

а) *Рекѿа клаузула („не ѿо наредби“)*

На основу члана 14 Закона о меници, наш законодавац дозвољава трасанту и сваком индосанту да у меницу унесе клаузулу „не ѿо наредби“ и тиме забрани даљи пренос менице индосаментом.⁴⁸ С обзиром да је меница хартија од вредности по наредби по својој природи, уношењем клаузуле „не ѿо наредби“, врши се конверзија менице у хартију од вредности на име,⁴⁹ чији је пренос могућ само путем грађанскоправне цесије.

48 Чл. 14 ст. 2 Закона о меници: „Он (индосант) може забраниѿи да се меница даље индосира; у ѿом случају не одговара лицима на која буде меница доцније индосирана.“ Вид. И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 608; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 484; З. Антонијевић, *нав. дело*, стр. 474; М. Велимировић, *нав. дело*, стр. 630; А. Плогинић, *нав. дело*, стр. 113; С. Царић, *нав. дело*, стр. 122.

49 ЗОО, чл. 250, ст. 1. Вид. М. Васиљевић, стр. 484; И. Јанковец, стр. 608. Овакву врсту претварања менице као хартије од вредности по наредби у хартију од вредности

Уношење ове клаузуле у меницу јесте ретко, јер се њоме смањује негоцијабилност менице,⁵⁰ али код менице која има улогу обезбеђења потраживања, имало би велики значај. С обзиром да сврха овакве менице и није њена негоцијабилност и да циљ издавања овакве менице није да се обавеза по њој реализује, забраном њеног даљег преноса само би се унела већа сигурност за њеног трасанта и акцептанта. Исправно је схватање да се уношењем овакве клаузуле у меницу жели спречити удаљавање менице од почетног меничноправног односа – односа између банке и корисника кредита. Наиме, ефекат ове клаузуле јесте задржавање директног односа трасанта са ремитентом у погледу истицања приговора по меници.⁵¹ Крајњи циљ уношења ове клаузуле је посебна заштита правне сигурности, што се у конкретном случају огледа кроз заштиту корисника кредита од неовлашћеног попуњавања менице.

Након уношења клаузуле „не *йо* *наредби*“, ималац менице је у могућности да преноси меницу само путем грађанскоправне цесије.⁵² То значи да ће индосант (трасант) према трећем лицу, тј. новом имаоцу менице, моћи да улаже и приговоре које је могао истицати и старом имаоцу менице до часа када је сазнао за уступање.⁵³ Код преноса цесијом, преносилац менице (у нашем случају ће то бити банка) не одговара примаоцу менице солидарно са осталим меничним дужницима. Одговорност преносиоца своди се на гаранцију примаоцу да је тражбина истинита и да ће је моћи наплатити од главног дужника (корисника кредита или скривеног авалисте).⁵⁴ Нови ималац менице, као индосатар, цесијом стиче сва права из менице, као и самостално право према дужнику. Обавеза дужника према новом имаоцу менице није меничноправне, већ чисто грађанскоправне природе. Ималац менице која је до њега стигла индосирањем, има оригинарна менична права захваљујући деловању начела непосредности. Насупрот томе, ималац менице који ју

на име и тиме смањења њене негоцијабилности, познаје и наше старо (тзв. пред-
женевско) менично право. Вид. О. Госпавић, *нав. дело*, стр. 96–98.

50 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 484.

51 М. Велимировић, *нав. дело*, стр. 630; А. Глогинић, *нав. дело*, стр. 113; С. Царић, *нав. дело*, стр. 122.

52 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *нав. дело*, стр. 87; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 492; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 618; М. Велимировић, *нав. дело*, стр. 643; З. Антонијевић, *нав. дело*, стр. 477; А. Глогинић, *нав. дело*, стр. 97. У правној теорији је, међутим, спорно да ли цесионар као нови ималац менице може исту преносити индосаментом и даље и какав ће бити ефекат тог преноса. С обзиром на строгу формалност менице, сматрамо да би најисправније решење било да је такав индосамент ваљан у погледу форме, али да представља само доказ да је извршено цедирање потраживања из менице. Самом цесијом се прекида низ индосамената. Вид. М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *нав. дело*, стр. 88.

53 ЗОО, чл. 440, ст. 2. Вид. И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 618.

54 ЗОО, чл. 442, 443. М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *нав. дело*, стр. 87.

је стекао путем цесије, не стиче никаква оригинарна права, већ је његов правни положај изведен из права његовог преносиоца, те је могуће улагање приговора које је дужник могао истаћи и ранијем имаоцу менице – преносиоцу.⁵⁵

Не би ли тиме бланко меница изгубила своју правну природу и заправо била попуњена пре подношења исте на наплату? С обзиром да *рекџа клаузула* („не ђо наредби“) представља небитан менични елемент, оваква меница не би ни близу задовољила предвиђену форму да би се меница могла сматрати попуњеном.

Дакле, било би могуће уношење овакве клаузуле у бланко меницу без нарушавања правне природе бланко меница. На основу споразума банке и корисника кредита могла би се предвидети обавеза банке да у сваки уговор о потрошачком кредиту унесе одредбу о обавезном уношењу ректа клаузуле у меницу која обезбеђује уредно враћање кредита. На овај начин било би омогућено кориснику кредита да ступи у директан однос са трећим лицем – имаоцем менице. Корисник кредита као менични дужник могао би у овом случају истицати приговоре директно према имаоцу менице без обзира на његову савесност. Стога, сматрамо да би одредба члана 16 става 2 у овом случају морала бити коригована чланом 14 став 2 истог закона.

б) Објективна одговорност банке (одговорност без обзира на кривицу)

Објективна одговорност банке омогућила би ефикасну заштиту корисника кредита из више разлога. Прво, с обзиром на неравнотежу која постоји између корисника кредита као потрошача и банке као професионалца, њена појачана одговорност допринела би ефикаснијој заштити потрошача као подређене уговорне стране – успостављање равноправног односа са банком. Друго, потрошач би био заштићен и од сопственог незнања које му се не може приписати у кривицу (јер није професионалац и степен пажње који се од њега захтева далеко је мањи). Свака манипулација споразумом о попуни менице од стране банке ишла би на рачун саме банке⁵⁶ – концептом објективне одговорности постало би немогуће да симуловањем стварног поступања банке на уштрб

55 А. Глогинић, *нав. дело*, стр. 97; З. Антонијевић, *нав. дело*, стр. 477; М. Велимировић, *нав. дело*, стр. 643. Док је код менице могуће одступање од правила *nemo plus iuris ad alienum transferre potest quam ipse habeat* (јер је реч о меничном а не о грађанском праву), преносом менице цесијом ово правило поново долази до изражаја. Преносилац не може грађанскоправним послом на новог имаоца менице пренети више права него што је сам имао. Слично вид. С. Царић, *нав. дело*, стр. 133

56 У нашој судској пракси овај проблем је решаван ништаваошћу менице. Вид. пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 2376/2009 од 4.6.2009. године.

незнања корисника кредита банка прикрије своју кривицу. Треће, и положај трећег лица до кога меница у својој циркулацији доспе, било попуњена било непопуњена, такође ће бити сигурнији, као и положај корисника кредита. Платежна способност банке је далеко већа од платежне способности корисника кредита, а самим тим је и могућност наплате имаоцу менице увећана.

Наиме, члан 16 став 2 Закона о меници⁵⁷ омогућава следећу интерпретацију: ако је меница попуњена противно споразуму а несавесност имаоца менице (у овом случају трећег лица), не постоји или није могла бити доказана, менични дужник (у овом случају корисник кредита) ће бити дужан да исплати целу меничну своту.

Ако корисник кредита не би имао никакву могућност да поврати суму коју је исплатио преко споразума са банком, сматрамо да би таква поставка ствари значајно угрозила начело савесности и поштења, као врховно начело грађанског права. Наиме, кориснику кредита свакако остаје могућност да тужи банку. Овим поступком не само да би се дуплирао поступак, већ би трошкови и изгубљено време безразложно порасли. Стога би концепт објективне одговорности банке могао да се постави као логичан резултат тумачења овог члана. Кривица банке би остала ирелевантна – да ли је она знала за поуну противно споразуму или не, не би било могуће ни доказивати ни оспоравати. Тиме би се обезбедило да корисник кредита може да дугује по меници само ону суму која је предвиђена у споразуму између њега и банке, никако више од тога. За сваки евентуални вишак који би био унет у меницу одговорна би могла да буде само банка.⁵⁸

V Закључак

Дакле, два су могућа решења за превазилажење опасности којима се корисник кредита излаже потписивањем бланко менице. Оба ова

57 ЗОМ, чл. 16, ст. 2.

58 Посебно је питање какав би био режим наплате потраживања корисника кредита према банци која је прекршила споразум о попуни и у току трајања парничног поступка пала под стечај. Према општим правилима стечајног права (Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС), корисник кредита као хирограферни поверилац би морао своје потраживање да пријави у стечајну масу и тиме би његово потраживање било умањено због општих правила стечајног права. Могућност да поврати оно што је изгубио намерном делатношћу банке, трајно је изгубљена. Сматрамо да би увођење посебног вида одговорности банке – објективне одговорности, значајно допринело и овом случају. Ако би банка одговарала објективно за свако попуњавање бланко менице противно споразуму странака, положај корисника кредита би био заштићен чак и у случају стечаја банке.

решења омогућила би позивање банке на одговорност када је бланко меница попуњена супротно споразуму са корисником кредита, било да ју је попунила банка или треће лице. Упориште за овакву поставку пружају нам начела прокламована у чл. 5 Закона о заштити корисника финансијских услуга – начело заштите права и интереса корисника кредита и начело равноправности корисника кредита и банке.

Прво изнето решење своје дејство би производило у самом меничном праву, независно од правила грађанског права. Реч је о уношењу клаузуле „не ѿ наредби“ у бланко меницу. Уношењем ове клаузуле од стране корисника кредита као трасанта или акцептанта, искористили бисмо могућности које нам пружа менични формализам како бисмо дошли до правог „кривца“ за погрешно попуњену меницу – банке. Једина потенцијална опасност је привидно лакши положај банке као даваоца финансијских услуга. Наиме, банке би радо прихватиле уношење оваквих клаузула у меницу како би се ослободиле од било које одговорности за попуњу менице противно споразуму. Међутим, нови ималац менице није лишен права да приговор уложи против банке, а по основу уговора о цесији којим му је меница пренета, тако да банка ни у ком случају не може избећи одговорност. Најважнија последица предложеног решења је заштита интереса корисника кредита, што је постигнуто могућношћу улагања приговора директно против имаоца менице без терета доказивања његове несавесности.

Друго изнето решење представља начин за превазилажење овог проблема на грађанскоправном нивоу – позивањем на начело савесности и поштења као носећег начела грађанског права. Постављањем концепта објективне одговорности банке само наизглед би дошло до великих одступања од строгих формалних постулата меничног права и нарушавања апстрактне природе менице. Наиме, одступања од ових начела већ је предвидео и сам законодавац у члану 16 став 2 Закона о меници. Стога, свако попуштање меничних начела у прилог начелу савесности и поштења не треба сматрати као нарушавање апстрактности и формалности менице, већ као њено прилагођавање конкретним практичним ситуацијама.

Ако се сетимо да је управо тако и настала бланко меница – као потреба праксе и свакодневног живота, и да је баш бланко меница задала највећи ударац строгим меничним начелима, свака даља корекција ових начела је само мали помак од њене апстрактности и формалности.

Marija VIĆIĆ

M.A. Student at the Faculty of Law University of Belgrade

BLANK BILL OF EXCHANGE AS SECURITY OF CONSUMER CREDITS

Summary

In this paper the author analyses the risks of signing a blank bill of exchange in order to obtain a consumer credit. First part of the paper focuses on the term and formation of a blank bill of exchange, which is of immense importance for the overview of its usage as a security in consumer credits. In the second part the author investigates how the abstract character of the bill of exchange influences the position of a person who guarantees for a consumer credit with a blank bill of exchange. The third and central part of the paper inspects the uncertainties which consumer credit user encounters by signing a blank bill of exchange f.e. the issue of unauthorized completion of the bill of exchange. Author suggest two solutions to prevent the problems – first, to insert a recta clause into a blank bill of change and second, to set a strict liability regime for the banks who complete the bill without authority. Both solutions are based on the principles of protection the financial services customer which are proclaimed in the Law on protection of financial services consumers.

Key words: *blank bill of exchange, credit user, consumer credit, recta clause, principle of good faith.*

ПРИВРЕДНИ СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

др *Маја* СТАНИВУКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

КОРУПЦИЈА У ШВАЈЦАРСКОЈ АРБИТРАЖНОЈ ПРАКСИ*

Резиме

У овом раду приказано је како се у швајцарској арбитражној пракси тиретирају тврђење да је уговор о консалтингу ништав због тога што је урљан корупцијом. Анализиране су одлуке арбитра и швајцарских судова у предмету Хилмарџон. Објашњено је да трговина утицајем није кривично дело у Швајцарској и да је она у складу са швајцарским јавним поретком. До ништавости уговора по швајцарском праву може да доведе само налаз да је уговор о консалтингу имао за циљ корумпирање јавних службеника давањем мита. Мада се дозвољава доказивање таквог карактера уговора помоћу индиција, случајеви из швајцарске арбитражне праксе у којима је утврђена корупција су веома ретки.

Кључне речи: арбитража, корупција, Швајцарска.

Једна од пошаста које муче савремено друштво је корупција. По речима једног аутора, живимо у доба „ерупције корупције“.¹ Међународне организације процењују да се између 10 и 25% вредности јавних набав-

* Рад је написан у марту и априлу 2014. године, у оквиру пројекта „Биомедицина, заштита животне средине и право“ који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

1 Hilmar Raeschke-Kessler, Dorothee Gottwald, „Corruption in Foreign Investment – Contracts and Disputes Settlement between Investors, States, and Agents“, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 8, no. 1, 2008, стр. 7.

ки троши се на мито и друге облике корупције.² Област изградње великих инфраструктурних пројеката је веома изложена овом злу. Типичан сценарио изгледа овако: закључује се уговор о заступању, посредовању или консалтингу са локалним заступником или још чешће са његовим офшор друштвом (у даљем тексту: консултант). Према том уговору, консултант се обавезује да ће пружити одређене услуге принципалу (савете, помоћ, посредовање и сл.) како би му омогућио да победи на одређеном тендеру за изградњу инфраструктурног објекта. У случају успеха, односно, ако победи на тендеру и закључи уговор са инвеститором који је јавноправни субјект, грађевинско привредно друштво као принципал, треба да заступнику плати провизију, која се одређује у процентима од вредности главног уговора. После тога, често настаје спор, јер принципал не жели да плати уговорени износ или део тог износа, позивајући се на то да је уговор ништав или да није извршен. Разлог за ништавост је недопуштен циљ уговора који је био да се подмите државни службеници који су доносили одлуку о јавној набавци.

Мада се овакви уговори могу појавити и у оквиру националне јавне набавке, они су специјалитет међународне кухиње. Уговор о консалтингу обавезно укључује и арбитражну клаузулу којом се уговара међународна арбитража и одређује као меродавно неко право, које не мора ни на који начин бити повезано ни са једном од странака, нити са земљом у којој се грађевински објекат подиже. То ће често бити швајцарско право и арбитража у Швајцарској.

У овом раду ћемо приказати како се такви уговори третирају у швајцарској арбитражној пракси. Занима нас какав је однос швајцарских арбитра према тврдњама странке да је уговор о консалтингу ништав због тога што је упрљан корупцијом. Да ли постоје арбитражне одлуке у којима је уговор оглашен ништавим из овог разлога и какви су докази потребни да би дошло до таквог резултата? Како швајцарски Савезни суд третира такве одлуке?

I Став судске праксе – Хилмартон против ОТВ-а

Полазна тачка у приказу ове теме је предмет Хилмартон из 1988,³ који је интересантан не само због тога што је арбитар утврдио ништавост уговора, већ и због тога што је одлука арбитра поништена, што је ретка

2 Transparency International, *The Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement* (2006), цитирано према: Yasmine Lahlou, Marina Matousekova, „Le role de l'arbitre dans la lute contre la corruption“, *Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal*, 2012, стр. 621, фус. 1.

3 Société Hilmarton v. Société OTV, *Revue de l'arbitrage*, бр. 2, 1993, стр. 315–325.

појава у швајцарској судској пракси.⁴ Одлука Савезног суда о поништају ове арбитражне одлуке и данас, после готово четврт века, представља важећи став у арбитражним предметима везаним за корупцију.

Чињенично стање је укратко изгледало овако: француско друштво ОТВ сазнало је да су градске власти Алжира упутиле заинтересованим понудиоцима позив на понуду за реализацију пројекта санације градске инфраструктуре. Будући да су Французи били веома заинтересовани да добију овај посао, закључили су са енглеским друштвом Хилмартон Протокол о пружању помоћи која се састојала у давању правних и пореских савета и координацији административних послова између различитих учесника у извођењу пројекта. ОТВ се обавезао да за те услуге плати Хилмартону накнаду од 4% од укупне вредности уговора. Пошто је ОТВ успео да задобије уговор са градом Алжиром који је прижељкивао, исплатио је Хилмартону укупно 2,5 милиона франака, што је представљало око 50% накнаде предвиђене Протоколом. Спор је избио око преосталих 50%. Хилмартон је покренуо арбитражу у Женеви. Арбитар појединач, кога је именовала Међународна трговинска комора донео је одлуку⁵ којом је одбио све тужбене захтеве Хилмартона и одредио му да плати целокупне трошкове арбитраже. Тужбени захтеви су одбијени јер је арбитар утврдио да је уговор противан добрим обичајима, у смислу члана 20 швајцарског Закона о облигацијама. Арбитар је установио да се скоро сав посао који је Хилмартон обављао за рачун ОТВ-а састојао у интервенцијама (*les demarches*) код алжирских државних функционера, а не у давању правних и пореских савета. Таква делатност је представљала трговину утицајем, супротну алжирском Закону о монополу у спољној трговини⁶ који забрањује посредовање у поступку јавних набавки између учесника у јавној набавци и органа који је расписао набавку. Арбитар је установио да алжирска норма тежи да оствари два циља: на првом месту да се обезбеди одређено трговинско поштење у току доделе уговора од стране алжирских државних органа како би се избегла свака трговина утицајем (*trafic d'influence*), а на другом месту да се обезбеди да државни организми изаберу уговорне партнере на основу објективних критеријума. На основу тога је закључио

4 Овај предмет у литератури се чешће помиње због својих каснијих импликација, јер је у Француској призната одлука арбитра која је пре тога поништена у Швајцарској. *Yearbook Commercial Arbitration 1997 – Volume XXII* (Kluwer Law International), стр. 696–698

5 *Société H. v société O.*, Award, ICC Case No. 5622, 19 August 1988, *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 1993 Issue 2, стр. 327–342.

6 У то време закон бр. 78–02, а данас је забрана још увек на снази на основу закона донетог 1988. *Le loi no. 88–29 du 19 juillet 1988 relative à l'exercice du monopole de l'Etat sur le commerce extérieur.*

да алжирски закон нема за циљ да служи искључиво остваривању интереса алжирске државе, него да му је циљ изнад свега да обезбеди здраву и поштenu трговинску праксу и да се бори против корупције. Дакле, алжирски закон се руководи једном општом идејом коју треба да поштују сви остали правни пореци који желе да се боре против корупције. Повреда таквог закона, који се може уврстити у међународни јавни поредак, мора се оценити као супротна добрим обичајима из члана 20, став 1 Закона о облигацијама који чини део швајцарског јавног поретка.

Орган пред којим је покренут поступак за поништај ове арбитражне одлуке је био Суд кантона Женева, који је у својој одлуци оценио да је арбитар оправдано квалификовао уговор између странака као уговор о посредовању (*courtage*). Такав карактер уговора, по мишљењу суда, посебно проистиче из одредбе која предвиђа да ће ОТВ платити Хилмартону 4% од укупног износа уговора и да таква накнада неће бити плаћена у случају да ОТВ не добије могућност да закључи уговор. Затим је констатовао да је уговор ове врсте савршено у складу са швајцарским правом, без обзира што странке нису стварно намеравале оно што су навеле у уговору јер је оно што су стварно намеравале у супротности са законом који је на снази у Алжиру. Истински предмет уговора је било вршење утицаја на алжирске органе да донесу одређену одлуку. Таква делатност је у потпуности допуштена у Швајцарској, под условом да није било подмићивања.

Суд кантона Женева је установио да арбитражна одлука мора да се поништи, јер уговор није противан добрим обичајима и стога није ништав. У арбитражној одлуци је констатовао да протоколом није било предвиђено давање мита и да није доказано да је плаћен било какав мито. Уколико посредник није имао мисију да одврати функционере или министре од вршења њихове дужности неким коруптивним маневром, праћење управноправног предмета је савршено законито.

Имајући у виду да је арбитражна одлука донета пре 1. јануара 1989. године, на поступак поништаја примењивала су се процесна правила која су претходила Закону о међународном приватном праву (Међукантонални конкордат о арбитражи). Последица тога је могућност да се против одлуке суда кантона Женева поднесе жалба о којој одлучује Савезни суд Швајцарске.⁷ Савезни суд је потврдио да је реч о уговору о посредовању. За тај уговор је ваљано изабрано швајцарско право, па га треба анализирати, тумачити и квалификовати по швајцарском праву. Уговор о посредовању какав везује странке није сам по себи незаконит нити супротан добрим обичајима по швајцарском праву, јер не предвиђа

7 По Закону о међународном приватном праву (1987), чл. 191, једино надлежан за одлучивање о поништају је Савезни суд.

давање мита, ни трговање утицајем, ни „лобирање“, нити интервенцију „инсајдера“, нити је утврђено да је довео до такве праксе. Он само крши алжирски закон бр. 78–02 који забрањује коришћење посредника. Мада није незаконит са становишта швајцарског права, уговор који крши забрану постављену у страном праву може под одређеним условима да се сматра супротним добрим обичајима по швајцарском праву. Да би до тога дошло, правна норма која се крши мора бити таквог значаја да би прихватање њеног кршења могло чак и у Швајцарској да изазове конфузију моралних категорија штетну за опште добро и да истовремено наруши јавни поредак Швајцарске. Садржина норме и дејство њеног кршења морају се рестриктивно процењивати. Забрана страног права на чије се кршење странка позива мора да служи за заштиту појединачних интереса и интереса човечанства, који су по општој концепцији од фундаменталног и виталног значаја и имају за циљ одбрану правних добара која према етичкој концепцији односе превагу над слободом уговарања која би иначе гарантовала уговору пуноважност у Швајцарској. Савезни суд констатује да конкретна алжирска норма забрањује свако мешање посредника у процес закључења уговора, чак и у одсуству мита, трговине утицајем и сумњивих делатности. У том смислу она представља сувише широку прохибитивну меру, која има протекционистички карактер, односно има за циљ да очува монопол државе у спољној трговини. Из угла швајцарског права таква норма представља престога ограничење слободе уговарања појединаца, и не може, у одсуству делатности које би се такође квалификовале као сумњиве у Швајцарској, однети превагу на етичком плану над општим и фундаменталним правним начелима везаним за слободу уговарања (пре тога, Савезни суд је констатовао да, према налазима арбитра, у овом случају није дат никакав мито и да ништа не показује да је посредник имао задатак да одврати државне функционере или министре од вршења њихове дужности; такође, он се није упустио у трговање утицајем). Преговори са државном администрацијом, ако нема сумњивих маневара, чине саставни део делатности која по дефиницији и уобичајено спада у делатност посредника, исто као и преговори о уговорима између приватних субјеката. Према томе, закључује Савезни суд, кршење алжирског права које је констатовано не би могло ни на који начин да представља повреду добрих обичаја по швајцарском праву. Арбитражна одлука, заснована на супротном ставу, због тога је очигледно неодржива, у мери у којој вређа швајцарско право.⁸

Могло би се помислити, после читања одлуке да би исход био друкчији да је арбитар утврдио да је било трговања утицајем. Можда би тада Савезни суд ипак био уверен да је дошло до повреде добрих

8 После поништаја, донета је нова арбитражна одлука 10. априла 1992. године, у којој је принципалу наложено да плати целокупну провизију.

обичаја. Таква претпоставка ипак није тачна. Трговина утицајем у складу је са швајцарским поимањем јавног поретка.⁹ О томе сведоче резерве које је ова земља ставила приликом ратификације међународних уговора о борби против корупције.

II Став законодавца – ратификација Кривичноправне конвенције о корупцији и Конвенције УН о корупцији

Трговина утицајем подразумева трипартитни однос у којем једно лице (трговац утицајем) који поседује стварни или претпостављени утицај на лице које врши јавну функцију, „размеђује“ тај утицај за неку накнаду или другу предност коју му пружа треће лице. Овакво поступање није кажњиво у Швајцарској Конфедерацији и та некажњивост проистиче из одлуке која је свесно донета, после детаљне анализе ове проблематике. Приликом ратификације Конвенције Савета Европе (Кривичноправна конвенција о корупцији од 27. јануара 1999.), чији члан 12 предвиђа инкриминацију трговине утицајем, ова земља је ставила резерву на тај члан.¹⁰ Питање је изнова покренуто у тренутку ратификације Конвенције УН о корупцији од 31. октобра 2003, која у члану 18 предвиђа потребу да се инкриминише трговање утицајем. Швајцарска је и тада сматрала да треба да остане при својој позицији.¹¹ Она није усамљена у том ставу, јер трговина утицајем није општеприхваћена као облик корупције.¹² Један од разлога због којих су стављене резерве јесте да би било веома тешко у пракси раздвојити случајеве дозвољеног утицаја (нпр. услед пријатељских, пословних и партијских веза) од случајева недозвољеног утицаја. Ако утицај има за подлогу давање мита (тј. посредник обећава принципалу да ће искористити свој утицај код јавног службеника да издејствује доношење одређене повољне одлуке и за то

9 То проистиче и из арбитражне одлуке у предмету МТК бр. 7664, коју је потврдио Савезни суд Швајцарске одлуком од 28. јануара 1997, *ASA Bulletin* 1998, стр. 118.

10 Видети образложење Савезног савета од 10. новембра 2004. године, одељак 2.2.5. стр. 6578–6581, *Message concernant l'approbation et la mise en oeuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale)*, https://www.bfm.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/kriminalitaet/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_korruption_europarat.html.

11 Видети образложење Савезног савета од 21. септембра 2007. године, одељак 2.3.1.4, стр. 6962–6963. *Message concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption*, http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/kriminalitaet/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_korruption_uno.html.

12 Vladimir Pavić, „Bribery and International Commercial Arbitration – the Role of Mandatory Rules and Public Policy“, *Victoria University Wellington Law Review*, Vol. 43, 2012, стр. 666.

узима новац, а део тог новца намерава да уступи доносиоцу одлуке), то се може квалификовати као кривично дело давање и примање мита или као покушај да се изврши ово дело. Остали разлози због којих неко може вршити утицај на другога, не треба да се кажњавају кривично већ другим друштвеним санкцијама (моралним, политичким и сл.).

Србија приликом ратификације¹³ није ставила резерве, па је у нашој земљи трговина утицајем кривично дело.¹⁴ Ако би се у арбитражној одлуци утврдило да је постојала трговина утицајем, али да то ипак не чини уговор ништавим, признање такве одлуке било би супротно домаћем јавном поретку.

III Став швајцарске арбитражне праксе у односу на доказивање мита

Уколико би се доказало да уговор о консалтину има за циљ корумпирање јавних службеника давањем мита, несумњиво је да би се такав уговор сматрао ништавим и по швајцарском праву. Намена новца је кључно питање при одређивању законите или незаконите природе уговора о консалтину. Ако је део провизије која се плаћа консултанту на основу уговора намењен за подмићивање јавног службеника, уговор је противан добрим обичајима и швајцарском јавном поретку. Принципал има легитимно право да одбије да плати провизију због тога што зна да је реч о миту чак и ако је приликом уговарања знао или морао знати каква је њена права сврха.

Међутим, доказати да је у питању мито граничи се са немогућим, јер странке обично не чувају документацију о таквим радњама и ретко су спремне да признају корумптивну намеру. У арбитражној пракси испитују се индиције које, ако их је више и ако све указују у истом правцу, могу да послуже као основа за доказивање да је у конкретном случају уговор имао за циљ корупцију.¹⁵ Када је за уговор меродавно швајцарско право, оно ће имати уплива и на стандард доказивања, односно, одредиће у ком степену мора да постоји сигурност или вероватноћа

13 Закон о потврђивању Кривичноправне конвенције о корупцији (*Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/2002 и *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 18/2005); Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација против корупције (*Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 12/2005).

14 Кривични законик, чл. 366 (*Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013).

15 Christian Albanesi, Emmanuel Jolivet, „Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of ICC Experience“, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 24, special supplement 2013, стр. 33–34; Y. Lahlou, M. Matousekova, *нав. чланак*, стр. 636; H. Reischke-Kessler, D. Gottwald, *нав. чланак*, стр. 27–28.

да је уговор управљен ка извршењу таквог дела.¹⁶ Док одлука арбитра појединца¹⁷ и Савезног суда у предмету Хилмартон указују да је потребно доказати до нивоа сигурности да је било корупције, при чему терет доказивања пада на страну која износи такву тврдњу, новији коментатори истичу да је стандард доказивања у међународној арбитражи нижи, односно, да је довољно доказати „*balance of probability*“.¹⁸ То значи да би се и у одсуству непосредних доказа о давању и примању мита, могло на основу индиција и посредних доказа¹⁹ закључити да је уговор о консалтингу усмерен ка недозвољеном циљу. Али, те индиције морају бити заиста јаке и недвосмислене, да би швајцарски арбитар одлучио да их узме у обзир и да би донео одлуку којом се уговор проглашава супротним добрим обичајима.²⁰ Показује се да нема готово ниједне арбитражне одлуке у којој би закључак о корупцији био заснован на таквим индицијама.

Исцрпну анализу и оцену појединих индиција дао је пре десетак година швајцарски арбитар Матијас Шерер, члан чувене женевске адвокатске канцеларије Лалив.²¹ Он у свом раду набраја следеће индиције:²²

- 16 Gabrielle Nater-Bass, „Chapter 3, Part II: Commentary on the Swiss Rules, Article 24 [Evidence and hearings, I]“, у: Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013, стр. 496. Видети такође арбитражну одлуку Claimant, X. Firm Respondent, Y. Ltd, *ASA Bulletin*, 2011, Volume 29 Issue 4, стр. 860–883, пасус 92.
- 17 „*En l'occurrence, il n'a toutefois pu ainsi être établi avec certitude l'existence de versements de pots-de-vin.*“ *Société H. v société O.*, Award, ICC Case No. 5622, 19 August 1988, *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 1993 Issue 2, стр. 331.
- 18 Према овом стандарду, терет доказивања је задовољен ако доказ омогућавају арбитражном суду да закључи да је вероватније да је тврдња истинита него да није („*we think it more probable than not*“). Ако је једнако вероватно да је тврдња истинита и да није истинита, терет доказивања није задовољен, с тим да арбитражни суд може дати странци која сноси терет доказивања прилику да поднесе додатне доказе. *Ibidem*, стр. 497.
- 19 Узимање индиција у обзир допушта чл. 8 швајцарског Закона о грађанском поступку.
- 20 Како каже арбитар у арбитражној одлуци у предмету Хилмартон, мора се стећи читав сплет индиција (*un faisceau d'indices*): „*Toutefois, il est nécessaire que soit réuni un faisceau d'indices suffisant pour que le juge puisse fonder sa décision sur des faits autres que ceux rendus vraisemblables seulement, c'est-à-dire des faits qui ne sont pas prouvés.*“ *Société H. v société O.*, Award, ICC Case No. 5622, 19 August 1988, *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 1993 Issue 2, стр. 331.
- 21 M. Scherer, „Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals“, *TDM Journal*, vol. 1, issue 3, 2004, *transnational-dispute-management.com*. Шерер на крају рада даје преглед арбитражне праксе у коме наводи 21 арбитражни предмет у коме се појављивало шематски исто чињенично стање о коме је реч у овом чланку, с тим да је у 10 предмета меродавно било швајцарско право. Рајшке-Кеслер у свом нешто доцнијем раду помиње 25 таквих предмета.
- 22 *Ibidem*, стр. 8–18.

- Уговорне одредбе – оне се испитују да би се утврдиле стварне и заједничке намера странака, у складу са чланом 18, ставом 1 Закона о облигацијама. Оне се могу занемарити ако су их странке симуловале како би сакриле праву садржину уговора. Намера странака да избегну законску забрану посредовања која важи у месту извршења уговора јесте по овом аутору пример легитимног фактора који може да утиче на странке да одаберу одређене формулације, а да оне не указују нужно на намеру да се подмиће државни службеници. Ако је принципал сам саставио уговор, не може се позивати на неодређеност обавеза посредника као индикатор да је реч о корупцији.
- Поступање странака – принципал који плати посреднику накнаду, или му честита на добијању посла, или не изрекне никакве резерве због непотпуно извршеног посла не може се у арбитражи позивати на неиспуњење уговора. На пример, у предмету Хилмартон, принципал се није распитивао ни на који начин о услугама које је консултант обављао нити је стављао било какве примедбе.
- Исправе састављене пре настанка спора.
- Високи степен корупције у датој земљи – доказ овога могу бити истраживања међународних организација као што су МТК, Транспаренси Интернешенел и ОЕЦД. Ипак, Шерер наглашава да се у одсуству других индиција степен корупције у једној земљи не може узети као доказ да је конкретан уговор имао у виду корупцију.
- Накнада посредника – овај индикатор може се двојачко посматрати – сама чињеница да је накнада предвиђена у процентима од вредности уговора и висина накнаде. Шерер се не слаже са тезом да је рачунање накнаде посредника у процентима неуобичајено и истиче да арбитражна пракса у споровима из уговора о посредовању показује управо супротно. Поред тога, ако је накнада изражена у процентима износа главног уговора, постоји вероватноћа да је принципал укалкулисао провизију у цену главног уговора. С друге стране, неуобичајено висока накнада је „црвена заставица“ која сигнализира могућу корупцију, с тим да он упозорава да треба у сваком конкретном случају узети у обзир све околности да би се она проценила. Тако је у предмету МТК бр. 9333 који је сам решавао као арбитар појединац, Шерер приватио провизију од 1,9 милиона франака која је износила око 27% вредности уговора као оправдану с

обзиром на околности уговора.²³ Слично и у предмету Весткер против Југоимпорта,²⁴ провизије од 15% од вредности уговорених износа, мада неуобичајена, није била довољна индиција за оглашавање уговора ништавим. Арбитри су и у овом случају констатовали да је лобирање у складу са законом, а нема доказа да је било подмићивања. Ипак, забележен је један случај кад су швајцарски арбитри нашли да је висока провизија, у комбинацији са другим индицијама доказ о постојању корупције. То је предмет у коме је провизија у уговору који је оглашен ништавим била 33,3%, а тужилац је поред тога одбио да као доказ поднесе банкарске изводе у вези са уговором.²⁵

- Преговори између посредника и органа који одлучује о јавној набавци – ако их је било, а посебно ако су довели до смањења уговорене цене, сматрају се индикатором да није било корупције.
- Кратак временски период између закључења уговора о посредовању и додељивања јавне набавке принципалу.
- Интерна структура и организација заступника, посредника или консултанта – офшор привредно друштво које нема претходно искуство у посредовању у датој земљи може бити индикатор да се иза посредника крију јавни функционери или државни службеници. Међутим, Шерер истиче да коришћење офшор привредног друштва може бити мотивисано и легитимним разлозима као што су заобилажење локалног закона који забрањује посредовање, пореска оптимизација и слично.
- Пријатељски однос између посредника и државног службеника (доносиоца одлуке) – у одсуству других доказа пријатељски однос се не сматра индикатором корупције. Сматра се да је посредник у таквој ситуацији могао легитимно да добије информације из прве руке, од државног службеника, а да није морао за то да плати.
- Услуге које је консултант пружио – овде се узима у обзир трајање услуге и узрочно-последична веза између пружања услуге и

23 Шерер посебно истиче да трошкови које је имао заступник нису главни параметар при оцени да ли је накнада неуобичајено висока, већ треба узети у обзир дугорочни потенцијал пројекта и шансе да принципалова понуда буде прихваћена и без посредовања. Што је потенцијал већи, а шансе мање, и веома висока накнада може се сматрати оправданом.

24 Westacre (UK) v. Jugoisport (Yugoslavia), *ASA Bulletin*, 1995, стр. 217; *Yearbook Commercial Arbitration*, 1996, стр. 172. Савезни суд Швајцарске је потврдио ову одлуку донету у Женеви 1994.

25 *Consultant v Contractor, Final Award, ICC Case No. 6497, 1994*, у: Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1999 – Vol. XXIV*, стр. 71–79.

добијања уговора. Ипак, трајање делатности консултанта не мора бити одлучујуће. Шерер наводи да чак и један телефонски позив или разговор могу бити довољни за додељивање уговора принципалу. Ако је плаћање накнаде везано за тренутак доделе уговора, обим консултантових активности није релевантан. Често се, како он тврди, у доказном поступку покаже да је једини услов за остваривање права на накнаду била додела уговора принципалу, без обзира шта је предвиђено уговором. По пракси Савезног суда, странке могу предвидети да принципал дугује накнаду консултанту чак у одсуству узрочно-последичне везе. Ипак, чињеница да су странке тако нешто предвиделе (односно да није потребно доказивати узрочно-последичну везу) може да буде индикатор да су обе странке имале на уму да ће консултант бити задужен за подмићивање.

- Неуобичајени услови плаћања – ово се нарочито односи на исплате у готовини и трансфере износа трећим лицима која нису ни у каквој вези са уговорним странама. Међутим, чињеница да је исплата требала да се изврши на рачун изван земље консултанта није битна јер се такав аранжман закључује ради избегавања локалних пореза, а то је за швајцарске арбитраже допустиво и не представља доказ корупције.

Случајеви из швајцарске арбитражне праксе у којима је установљена корупција су веома ретки. Један од њих који се понекад наводи у литератури је предмет МТК бр. 6248.²⁶ Али, у том случају уговор је био противан добрим обичајима, не због тога што је било корупције, већ због повреде обавезе лојалности коју је заступник дуговао као инжењер на пројекту свом налогодавцу (инвеститору). Он је наиме уговорио са грађевинским предузећем над којим је вршио надзор да ће добити провизију за све исплате за додатни рад који је иначе био задужен да одобрава.

IV Закључак

Кратак преглед швајцарске судске и арбитражне праксе показује да су швајцарски арбитражи начелно спремни да санкционишу корупцију, али да је веома тешко пред њима доказати да уговор подразумева корупцију без непосредних доказа о примању и давању мита. Саме индикације, ма колико да се њихов значај истиче у литератури, неће бити довољне да наведу швајцарског арбитра да одступи од светог начела „*pacta sunt servanda*“. У случају сумње, а у одсуству непосредних доказа

26 *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XIX 1994, стр. 124.

о корупцији, он ће се по правилу одредити за пружање дејства уговору. Можемо закључити да је швајцарска арбитражна пракса веома толерантна према уговорима о посредовању и консалтинг у области јавних набавки, чак и када има индикација да су праве намере уговорних страна биле недозвољене. Због тога је арбитража у овој земљи и даље омиљена дестинација консултаната за решавање спорова.

Maја STANIVUKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

CORRUPTION IN THE SWISS ARBITRAL PRACTICE

Summary

The paper gives a brief overview of the treatment of corruption in the Swiss arbitral practice. It outlines the rationale of the Federal Court for annulment of the arbitral award in Hilmarton v. OTV case. Then it provides the Swiss view of the influence peddling (trafic d'influence) and the reasons why it is not part of the Swiss public policy. Finally, it discusses the standard of proof that needs to be met under Swiss law to prove that the contract is aimed at corruption. Various awards of arbitral tribunals seated in Switzerland and applying Swiss law are discussed.

Key words: *corruption, arbitration, Switzerland.*

др *Марија* КРВАВАЦ
редовни професор Правног факулета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици

ПРОРОГАЦИЈА МЕЂУНАРОДНЕ СУДСКЕ НАДЛЕЖНОСТИ

Резиме

Везаносћ једној приватнојравној односа за више држава узрокује њихову паралелну заинтересованосћ за однос о којем је реч. Специфична правила грађанској судској процесујка примењују се када у одређеној ситуацији процеснојравни и процеснојравни елементи иностраносћи. Надлежни органи полазе од процесних правила домаћеј права који у својој укупносћ чине грађански судски процесујак са елементом иностраносћи, чији се ток у многим семенјима разликује од унутрашњеј судској процесујка. Одлука о међународној надлежносћ у великој мери одређује даљи ток процесујка и његову ефиканосћ. У уредном праву и међународним уговорима процесној широка сапласносћ у погледу моћносћ странака да својим соразумом евалујални, или већ настали спор, из одређеној правној односа повере на решавање суду одређене земље. На тај начин странке приватним соразумом заснивају надлежносћ одређеној правосуђа.

Ограничење међународне судске надлежносћ пророгационим соразумом којим странке изражавају процесну аутономију воље доушпен је у тово свим правним системима.

Кључне речи: *међународна надлежносћ, судски процесујак, пророгациони соразум, елементи иностраносћи.*

I Увод – међународна судска надлежност

Спорови настали као резултат повећаног обима транснационалних послова, развоја националних економија, кретања људи и капитала, производних снага и услуга, захтевају адекватну заштиту интереса њених учесника и ефикасан механизам решавања спорова. Карактер правних односа са елементом иностраности представља спону са вишенационалним правним поретком који постоји заједно са принудама произашлим из националног права, чије разлике тежи да постепено апсорбује. Питање судске надлежности у међународном приватном праву везано је, управо, за принуде националних правних поредака чија је сврха успостављање ефикасног судског система решавања спорова, што, поред осталог, подразумева јасна, на ширем нивоу прихваћена правила о судској надлежности.

Спорови са елементом иностраности покрећу низ питања од којих зависи исход спора, значајан како за странке тако и за суд. Наиме, странка којој је потребна правна заштита, у ситуацијама када околности случаја указују на више правосуђа, може бити суочена са дилемом пред којим од њих да покрене спор, док суд тражи одговор на питање о надлежности да поступа у конкретној ствари. Право и дужност правосудних и других органа да поступају и одлучују у стварима приватноправног карактера са елементом иностраности означава се као међународна судска надлежност. Она подразумева разграничење надлежности судова различитих држава у грађанскоправним стварима. Надлежност судова једне државе да одлучује о стварима са елементом иностраности представља директну међународну надлежност, за разлику од индиректне која се односи на надлежност суда који је одлуку донео чије се постојање може утврђивати у поступку признања и извршења такве одлуке у држави признања. Надлежност домаћих судова у оквиру правосудног система једне суверене државе, као и делокруг послова једног суда унутар одређеног правосуђа подлеже унутрашњим изворима норми. Поред тога, унутрашњи процесни прописи уређују и питање сукоба јурисдикција у стварима са елементом иностраности, заједно са међународним уговорним одредбама којима се разграничава надлежност правосуђа у земљама уговорницама.

У поступку нормирања надлежности домаћег правосуђа у грађанскоправним стварима са елементом иностраности законодавац полази од интензитета везе приватноправног односа са домаћом земљом, општих принципа међународне сарадње, координације и интереса странака. Унутрашњи прописи уређују само питање надлежности домаћих судова, не упућујући на надлежност односно ненадлежност страног суда. У земљама европско-континенталног правног система судови имају овлашћење и дужност да поступају и донесу одлуку у стварима

за које је законом прописана њихова надлежност, док земље англосаксонског правног система полазе од тога да законска одредба даје суду овлашћење да поступа у одређеној ствари, што још не значи да је то и његова дужност.

Територијалистички концепт судске надлежности државе није прихваћен у модерном међународном праву. Наиме, међународно приватно право поставља извесне границе надлежности домаћих органа, чиме се један део предмета са страним елементом препушта надлежности органа других држава. Оне се пре свега односе на област међународне правне сарадње, затим могу произилазити из међународних уговора и концепта ефикасног решавања спорова. У стварима са елементом иностраности у којима држава предвиђа надлежност својих органа приватноправни односи се нормативно везују за домаћу територију, лица или субјекте. Прописима о надлежности држава „распоређује“ предмете појединим органима, дајући им овлашћење да о њима расправљају.

У оцени надлежности сваки суд полази од домаћег права (*lex fori*), или од међународног уговора у којем је домаћа држава страна уговорница, који нужно почивају на ширим принципима међународног права (принцип суверене једнакости држава и многи други). Домаћи међународно надлежан суд примењује норме о стварној и месној судској надлежности, из чега произилази да питање судске надлежности у међународном приватном праву увек претходи питању унутрашње месне надлежности у стварима са елементом иностраности.

Критеријуми за заснивање међународне судске и месне надлежности у пракси су у великом броју случајева идентични (пребивалиште туженог, место проузроковања штете и др.), тако да се правила о месној надлежности домаћих судова могу аналогно примењивати у попуњавању правних празнина у међународној приватноправној регулативи судске надлежности, осим када је реч о искључивој међународној судској надлежности чије установљење подразумева изричиту правну норму. Нормама о месној надлежности врши се разграничење територијалних овлашћења суда да поступа у одређеној ситуацији, на шта суд пази само по приговору странке и само до одређене фазе у току судског процеса, за разлику од међународне надлежности о којој је дужан да води рачуна по службеној дужности, у току читавог поступка. Поједини правни системи, као што је аустријски, немачки или руски, немају посебна правила о међународној судској надлежности, те судови у пракси примењују норму о месној надлежности унутрашњег права.¹ Потпуно аналогна приме-

1 Везаност предмета са немачком територијом има значај примарног критеријума за установљење надлежности У доктрини се као изузетак спомиње одредба пар. 606 Закона о грађанском поступку, према којој међународна надлежност немачких судова у брачним споровима странаца зависи од тога да ли ће евентуал-

на правила о месној надлежности у функцији правила о надлежности за решавање спорова са елементом иностраности присутна је у немачком правном систему, под условом да је бар један немачки суд месно надлежан у конкретној ствари. У руском праву преовладава становиште да се прописима о месној, регулише и међународна судска надлежност,² док француски Грађански законик полази од принципа да домаћи судови треба да служе заштити домаћих држављана,³ и предвиђа заснивање међународне судске надлежности на бази француског држављанства.⁴ Од тих правила, као неприхватљивих, одступа француска судска пракса тако што примењује унутрашње норме о месној надлежности суда, прилагођавајући их предмету са елементом иностраности.⁵

Регулисање међународне судске надлежности специфичним правилима међународног приватног права, по правилу, утемељених на критеријуму територијалног разграничења надлежности судова унутар једног правосуђа, говори о значају који законодавац придаје питању сукоба јурисдикција. Ово имајући у виду да надлежни суд полази од домаћег међународног приватног права и примењује домаће колизионе норме у избору меродавног права, као и домаћа процесна правила и правила о извођењу и оцени доказа, норме о приватним правима странаца од којих у целини може зависити исход спора. Правила о месној надлежности у стварима са страним елементом немају такав значај, али је њихова примена неопходна у ситуацији када унутрашње право не регулише међународну судску надлежност, када она нису садржана у међународним изворима норми о сукобу јурисдикција или када су постојећа правила недовољно прецизна.

Надлежност домаћег правосуђа регулисана је у српском међународном приватном праву *једностраним* нормама које, уколико у конкретном случају нису створене претпоставке за надлежност домаћег суда, не упућују на надлежност неког другог, нити се такво значење може извући њиховом билатерализацијом, односно тумачењем помоћу аналогije или применом принципа *argumentum a contrario*.⁶

на одлука немачког суда бити призната у домовини супруга. У аустријском праву постоје правила која посебно уређују међународну надлежност као што је пар. 76 ст. 3 Законика о поступку у регулисању међународне надлежности аустријских судова у споровима странаца и апатрида.

- 2 Више о томе: Иво Грбин, *Признање и извршење одлука страних судова*, Загреб, 1980, стр. 38.
- 3 Martin Wolff, *Private International Law*, Oxford, 1950, стр. 60.
- 4 Француски Грађански законик, чл. 15–16.
- 5 Yvon Loussuarn, Pierre Bourel, *Droit international privé*, Paris, 2001, стр. 507.
- 6 Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2007, стр. 485.

Осим законски одређене међународне судске надлежности међународно приватно право допушта странкама да аутономијом воље (процесна аутономија воље) пророгирају надлежност једног правосуђа и тако дерогирају надлежност другог.

II Пророгација међународне судске надлежности

Уговорна надлежност (*forum prorogatum*) произилази из процесне аутономије воље странака, односно слободе странака да споразумом означе форум који ће решавати будући, или већ настали спор. Споразум о надлежности суда је израз признатог и општеприхваћеног принципа међународног приватног права, аутономије воље странака. Посебним, пророгационим, споразумом странке могу да заснују надлежност суда који, иначе, не би био надлежан за решавање конкретног спора са елементом иностраности. Притом, пророгациони споразум о надлежности суда (*prorogatio fori*), односно надлежности једног правосуђа (*prorogatio jurisdictionis*) подлеже ограничењима у оквиру законских прописа или судске праксе националних права.⁷ Државе се разликују у погледу правних ствари за које могућност изражавања процесне аутономије воље може бити искључена или ограничена у оквиру заштите јавних или интереса самих странака. По правилу, споразум о судској надлежности је искључен у свим грађанскоправним стварима са елементом иностраности за које држава прописује искључиву надлежност домаћег правосуђа. Осим тога, пуноважност пророгационог споразума се често условљава захтевом да је барем једна од странака страном физичко или правно лице, или да је спор на неки други начин везан за правосуђе, односно земљу изабраног суда. Недостатак процесне аутономије у међународним пословним трансакцијама у правом смислу речи везује се за пророгациону клаузулу (споразум) у општим условима пословања који није био предмет преговора, и где друга уговорна страна има слободу само да га као таквог прихвати или одбије. Теоријске расправе у односу на типске уговоре и опште услове пословања присутне у међународној трговини иду од става да они нису у стању да се отргну од националног правног система, до става да су саморегулативни, јер детаљним регулисањем умањују потребу за споразумом о надлежности и меродавним правом. Од међународне надлежности суда једне или друге земље зависи исход спора, па би странке пре избора суда морале направити анализу ризика и сопствених интереса.

7 Детаљније о пророгационом споразуму вид. Милена Петровић, *Ограничења међународне судске надлежности – одабрана питања*, Крагујевац, 2009, стр. 91–170.

1. Облици пророгационог споразума

Пророгациони споразум може бити сачињен у два облика: као пророгациона клаузула и као пророгациони уговор.

Пророгациона клаузула је део или одредба главног уговора којом странке изричито предвиђају да ће суд одређене земље пресудити све, или поједине спорове који настану из основног посла или у вези с њим. Клаузулу о надлежности суда странке уносе у уговор тако да им је она позната у моменту његовог закључења, односно у моменту када спор још није настао. Предмет спора је још увек непознат, за разлику од *пророгационог уговора* који странке закључују тек после настанка спора, у посебном писмену. Пророгациони уговор производи једнако дејство као и пророгациона клаузула.

Насупрот изричите пророгације надлежности стоји прећутна пророгација која гарантује мањи степен правне сигурности и извесности исхода спора за странке. О прећутној пророгацији се може говорити у случају када тужилац поднесе тужбу суду, који иначе, није надлежан за решавање конкретног спора, а тужени се одазове позиву суда не стављајући приговор ненадлежности, већ се упусти у расправу о главној ствари (*prorogatio tacita*).⁸ Притом, упуштање туженог у спор нужно треба да се односи на мериторну расправу о главној ствари, па се не може говорити о прећутној пророгацији уколико тужени приступи суду са намером да оспори његову надлежност.

Изабрани суд спроводи поступак и доноси одлуку уколико је на то овлашћен према домаћем праву, што значи да конекситет са спором или странкама није услов установљења његове надлежности. Прећутна пророгација није нужно везана за постојање пророгационог споразума, односно могућа је и када споразум не постоји. Наиме, уколико странке нису изричито пророгирале надлежност неког суда, неопходно је да је тужба поднета неутралном суду, пристанак туженог и могућност поступања тако надлежног суда сходно домаћим процесним правилима.

2. Услови за пуноважност пророгационог споразума

Пуноважан је само онај пророгациони споразум који представља резултат слободне и озбиљне сагласности воље странака. Формална пуноважност пророгационог споразума покреће питање неопходности

8 Дефиниција прихваћена у Брисел I Уредби бр. 44/2001 о надлежности и признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким предметима ЕУ, ОЈ L 012, 16.1.2001 (у даљем тексту: Брисел I Уредба ЕУ), чл. 6/1 ст. 1.

писмене форме и облика у којем је она испуњена. Национална права и међународни правни документи полазе од тога да је пророгациони споразум пуноважан уколико је састављен у писменој форми, док усмена пророгација и њена допуштеност подлежу процесном праву земље суда коме је поднета тужба.

Пуноважност пророгационог споразума у погледу форме савремено право везује за споразум о надлежности у писменој форми; у усменој форми која је писмено потврђена; у форми која представља израз уобичајене праксе установљене међу странкама; као и у форми у складу са трговинским обичајима међународног трговинског пословања, која је позната странкама или им мора бити позната.⁹ Развој технике и средстава комуникације наметнуо је прихватање становишта према којем се и сагласност воља о надлежности суда постигнута разменом порука преко познатих средстава телекомуникације (путем телеграма, телекса, електронском поштом и др.) сматра довољном за формалну пуноважност пророгационог споразума,¹⁰ као и пророгационог клаузула унета у опште услове пословања на коју се понуда изричито позива. Пуноважност усменог споразума странака о пророгацији надлежности подлеже обавези накнадне писмене потврде. Осим тога, пророгационог клаузула може бити унета и у међународни трговински уговор, или споразум о надлежности странке могу закључити након настанка спора, уколико одговара трговинском обичају за одговарајуће уговоре који је њима био или је морао бити познат.

Када је реч о садржини и условима за материјалну пуноважност пророгационог споразума разлике у националним регулативама су израженије. Сагласност воља странака о пророгирању надлежности одређеног правосуђа представља опште прихваћену претпоставку материјалне пуноважности, што произилази из карактера самог пророгационог споразума, односно из његове уговорне природе. Реч је о сагласности воља уговорних странака која мора бити озбиљна, слободна, стварна и усмерена на предмет који је могућ, па је сваки споразум о пророгацији надлежности закључен супротно овим правилима непуноважан.¹¹

Постоји општа сагласност да је пророгациони споразум пуноважан у погледу садржине уколико је спор проистекао из *одређеног односа*, тако да закључење споразума о пророгацији међународне судске надлежности за *све евентуалне будуће* спорове није допуштен.

9 Брисел I Уредба ЕУ, чл. 23.

10 Брисел I Уредба ЕУ, чл. 23(2).

11 Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1973, стр. 189 и даље.

3. Одређивање меродавног права за пророгациони споразум

Пророгациони споразум је посао *sui generis*, из чега произилази да не дели судбину главног уговора. Постојање, пуноважност и дејство споразума о међународној судској надлежности подлеже оцени суда пред којим је покренута тужба. Пре одређивања меродавног права за конкретна питања неопходно је да суд утврди да ли споразум уопште постоји, да ли је предмет пророгације допустив, да ли је споразум пуноважан и какво дејство је њиме предвиђено. Анализа колизионих решења упоредних права показује дугу владавину становишта да је пророгациони споразум процесна установа, или да се ради о различитом третману страног права, и у складу са тим припада *lex fori*. Квалификујући пророгациони споразум као процесноправну установу ово становиште као меродавно означава право државе суда.¹²

Насупрот томе је мишљење да пророгациони споразум представља уговор материјалног права, с тим да је једино укључивање у поступак у правом смислу процесни акт.¹³ Овакав концепт правне природе пророгационог споразума упућује на меродавност *lex causae*, права меродавног за суштину главног уговора.¹⁴

Савремена схватања све чешће истичу мешовиту природу пророгационог споразума и да меродавно право за настанак пророгационог споразума треба везивати за самосталну колизиону норму које почива на *принципу најближе везе*, а које ће опет довести до примене права земље суда.¹⁵ У теорији нема спора око могућности примене неког другог меродавног права за одређена питања пуноважности споразума о надлежности (као што је способност уговорних странака и др.).

4. Пророгациони споразум у међународном приватном праву Србије

Међународно приватно право Србије прихвата да међународна судска надлежност може бити уговорена пророгационим споразумом.

12 Од такве квалификације полази судска пракса Аустрије, ранија судска пракса Немачке и др.

13 Krešimir Sajko, „On Jurisdiction Agreements from the Perspective of European Unification of International Procedural Law“, у: Albert Voskuil (ed.), *Essays Voskuil*, 1992, стр. 259 и даље.

14 Otto Kahn-Freund, „Jurisdiction Agreement: Some Reflection“, у: Simmons, Morris (eds.), *Problems in Conflict of Laws*, Oxford, 1977, стр. 131.

15 Thorn von Hoffman, *Internationales Privatrecht*, München, 2002, стр. 87.

Ово произилази из одредбе домаће кодификације, односно из Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, који у члану 49 предвиђа да се странке могу споразумети о надлежности страног суда, под одређеним условима.¹⁶ Они се тичу надлежности страног суда и суда Србије као и правне ствари у којима пророгација надлежности није допуштена.¹⁷

Ваљаност пророгације надлежности страног суда законодавац условљава тиме да је барем једна од странака страни држављанин или правно лице са седиштем у иностранству; да се не сме радити о спору за који постоји, по одредбама тог или другог савезног закона, искључива надлежност суда Србије, као и да се не сме радити о спору, односно правној ствари, из области брачних, породичних и статусних односа. Појмом страног држављана обухваћени су и апатриди, односно избеглице тако да се на ове категорије лица примењује опште правило да држављанство замењује домицил и правило о ефективном држављанству.

Пророгација надлежности српског суда могућа је уколико је барем једна страна наш држављанин или правно лице са седиштем у Србији, уколико није у питању правна ствар која се тиче брачних, породичних и статусних односа. Тиме је наш законодавац искључио могућност пророгирања надлежности у одређеним споровима,¹⁸ а искључена је и могућност пророгације надлежности страног суда за све спорове за које је нашим прописима предвиђена искључива надлежност домаћег суда.

Након тридесет година од доношења кодификације међународног приватног права у бившој СФРЈ радна група Министарства Републике Србије је објавила Нацрт новог Закона о међународном приватном праву који прати модерна решења и стандарде у овој грани права.¹⁹ У поређењу са важећим Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља нови Закон о међународном приватном праву иде даље и у члану 18. предлаже:

„У стварима у којима им право Републике Србије допушта да слободно располажу својим правима странке се могу споразумети о надлежности суда или судова Републике Србије за решавање већ насталог спора или спора који ће настати из одређеног правног односа. Надлежност суда Републике Србије из става 1 овог члана је искључива, осим ако су се странке другачије споразумеле.“

16 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (*Службени листи СРЈ*, бр. 46/96, у даљем тексту: ЗРСЗ).

17 ЗРСЗ, чл. 49. ст. 1–3.

18 ЗРСЗ, чл. 61–68, 70.

19 Текст нацрта је доступан на адреси: www.mpravde.gov.rs, 23. новембар 2011. године.

Пратећи тренд у упоредном законодавству у следећем 19 члану Нацрт изричито уређује питање пуноважности форме и предвиђа да се споразум о надлежности закључује у писаној форми или усмено уз писану потврду; у форми која је у складу са праксом коју су уговорне стране међусобно успоставиле или у међународној трговини и промету, у форми која је у складу са обичајем који је уговорним странама познат или је морао бити познат и који је у тој области трговине, односно промета, опште познат и редовно га користе уговорне стране у уговорима исте врсте. Може се сматрати да је споразум о надлежности закључен у писаној форми и ако је закључен путем средстава електронске комуникације која омогућавају трајан запис споразума.

Следећи члан пружа решење када надлежност српског суда зависи од пристанка туженог да суди суд нашег правосуђа и то:

„Ако у одговору на тужбу или у приговору на платни налог није оспорио надлежност или ако се упустио у расправљање на припремном рочишту, или ако оно није одржано, на првом рочишту за главну праву а није оспорио надлежност, или ако је поднео противтужбу.“

У теорији је дуго било присутно становиште да се пророгацијом надлежности заснива искључива судска надлежност са последицама другачијим од законске искључиве надлежности.²⁰ Предлагач је сада у посебном ставу одредбе Нацрта изричито предвидео да је надлежност о којој су се странке споразумеле искључива, осим уколико се оне нису другачије договориле. Домаћи суд може признати страну пресуду без обзира на то што је уговорена његова надлежност имајући у виду да још увек нема изричитог правила о искључивој надлежности. ЗРСЗ не прописује писмену форму као услов пуноважности пророгационог споразума нити услове материјалне пуноважности, док је Нацртом изричито утврђено у којој форми се мора извршити избор надлежног суда.

Питање меродавног права за оцену пророгационог споразума није било предмет законске регулативе у важећем ЗРСЗ нити у Нацрту ЗМПП, али је правна доктрина итекако заинтересована у тражењу одговора. Она прави разлику према томе да ли је суд Србије пророгиран или дерогиран, тако да је у случају пророгирања надлежности српског правосуђа за питања пуноважности, као и дејства споразума меродаван *lex fori*. Пуноважност пророгационог споразума којим се дерогира надлежност српског а пророгира надлежност страног суда, а тужба је ипак поднета нашем суду, подлеже *lex fori prorogatum*, и српском праву као *lex fori derogati*. Уколико су испуњени услови и по једном и по другом

20 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 509; Михајло Дика, Гашо Кнежевић, Слободан Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, стр. 187.

праву наш суд би се могао огласити ненадлежним.²¹ Уколико је споразум о надлежности непуноважан по праву пророгираног суда, као и према нашем праву и уколико је испуњен неки законски основ за њено заснивање, домаћи суд би могао да прихвати надлежност.

5. Споразумно одређена међународна судска надлежност у праву Европске уније

У процесу унификације правила о надлежности у међународном приватном праву и признавању пресуда у грађанским и трговачким предметима посебно су значајни инструменти секундарног законодавства међународног приватног права Европске уније. Пројекат који је отпочео шездесетих година прошлог века условио је успостављање јединственог европског „судског простора“. На примаран значај регулисања процесно-правних питања међународног приватног права ЕУ је указала усвајајући Бриселску конвенцију о надлежности признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима 1968. године, касније Луганском конвенцијом (1988. године) проширену на земље Европског слободног тржишта. Амстердамским уговором (1997. година) и ревидираним Уговором о ЕУ створени су услови да конвенцијско право буде претечено у уредбе, инструменте комунитарног европског права. Од 1. марта 2002. године Бриселску конвенцију је на готово целом подручју Европске Уније заменила *Брисел I Уредба* бр. 44/2001 (у даљем тексту: Уредба) о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима²² са циљем постепеног успостављања подручја слободе, сигурности и правде, као мера која се односи на правосудну сарадњу у грађанским стварима потребна за исправно функционисање унутрашњег тржишта.²³ Уредба потврђује могућност изражавања процесне аутономије воља странака и предвиђа пророгациони споразум као један од ваљаних основа за утемељење међународне надлежности судова земаља чланица. Према Уредби странке могу међусобни спор да повере на решавање суду (судовима) који боље одговарају њиховим интересима, пружајући им тако сигурност и извесност да могу да туже и буду тужени пред изабраним судом.²⁴ У складу са тим Уредба познаје два модела пророгације надлежности: *ојшии*, који се примењује за све случајеве пророгације надлежности, и *јосебни* у стварима у којима су

21 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 509.

22 Бриселска конвенција се још увек примењује у односима између Данске и држава чланица ЕУ.

23 Преамбула Уредбе, тач. 1 и 2.

24 М. Петровић, *нав. дело*, стр. 139.

странке оснивач, повереник или бенефицијар траста,²⁵ стварима које се тичу осигурања²⁶ и оне које се тичу потрошачких уговора.²⁷

Полазно правило Уредбе којом се уређује општи режим пророгације надлежности судова садржано је у одредби члана 23 ст. 1, 2 и 3 која предвиђа да пророгациони споразум могу закључити странке, од којих једна или више њих има домицил у држави чланици. Оне се могу договорити о надлежности суда односно судова државе чланице за решавање спорова који ће настати, или су настали у вези са одређеним правним односом. Надлежност је искључива, осим ако су странке постигле другачији договор. Ако су такав споразум закључиле странке од којих нити једна нема домицил у држави уговорници судови других држава уговорница неће бити надлежни, изузев ако се изабрани суд или судови не огласе ненадлежним.

Странке могу закључити споразум у писменој форми, усменој која је писмено потврђена, у форми која одговара уобичајеној пракси странака али на начин који је у складу са трговачким обичајима, с тим што су сви ови облици у погледу пуноважности форме равноправни. Споразум о изабраном суду се може закључити и електронским путем, а странке се могу и директно позивати на опште услове пословања које садрже пророгациони споразум. Формална пуноважност пророгационог споразума у свим случајевима у којима се Уредба примењује има се ценити према условима из члана 23 Уредбе. Брисел I Уредба регулише и прећутну пророгацију надлежности у одредби члана 24 у случају када се тужени одазове позиву суду не оспоравајући његову надлежност и упуштајући се у расправу о предмету спора.

Део одредбе у којој Уредба поставља захтев да је барем једна од странака са пребивалиштем у некој од држава чланица и да је изабран суд чланице, као и да се ради о спору који је настао или ће настати из одређеног правног односа јасно одређује услове за материјалну пуноважност споразума о међународној судској надлежности. Домицил физичких лица се утврђује сагласно правилима националног права државе чланице, док се седиште правног лица има утврђивати у складу са униформним правилима чл. 60 Уредбе. Пророгационим споразумом странке могу да повере спор на решавање и суду државе која није чланица ЕУ, с тим што би се тај суд могао огласити надлежним уколико његово сопствено право признаје пуноважност споразума о пророгацији надлежности. Уредба даље предвиђа да судови других држава чланица нису

25 Уредба, чл. 23 ст. 4 и 5.

26 Уредба, чл. 13.

27 Уредба, чл. 17.

надлежни за случај да су странке са домицилом ван ЕУ повериле надлежност суду Уније, осим ако изабрани суд одбије надлежност.²⁸

Уредба говори о *одређеном спору* што подразумева конкретан правни однос који се може издвојити, насупрот неком неодређеном који тек треба да настане.

Нема спора да Уредба ставља у први план процесну аутономију воље странака имајући у виду да су оне слободне да оптирају између искључиве или конкурентне надлежности изабраног суда. Реч је о искључивој надлежности уколико су се странке споразумеле да ће суд друге државе чланице бити надлежан за решавање њиховог спора, и уколико нису постигле неки други договор. Странке о томе треба да се изјасне изричито на јасан и недвосмислен начин.

III Закључак

Споразум о међународној судској надлежности се у већини националних права, као и у српском међународном приватном праву сматра материјалноправним уговором са процесним дејствима. Наведеним споразумом се утврђује искључива судска надлежност, осим ако се странке нису другачије договориле. Основна вредност на којој су засноване норме о међународној надлежности у европским земљама јесте правна сигурност. Постојање пророгационог споразума, којим странке у спору ограничавају примену правила о међународној судској надлежности, признато је и прихваћено у готово свим правним системима. Евентуалне разлике по одређеним питањима су неспорне, али и занемарљиве у односу на висок степен сагласности о могућности странака да утичу на заснивање надлежности одређеног правосуђа, а тако и на одлуку у конкретном спору, што је од изванредног значаја за процес усаглашавања правила о међународној надлежности и других процесних правила.

28 Уредба, чл. 23 ст. 3.

Marija KRVAVAC, PhD

**Professor at the Faculty of Law, University of Priština, headed in
Kosovska Mitrovica**

PROROGATION OF JURISDICTION

Summary

Prorogation of jurisdiction is a party agreement appointing competence of foreign court (prorogation of jurisdiction of foreign court), as well as an agreement appointing competence of domestic court (prorogation of jurisdiction of a court of Republic of Serbia). The agreement could be signed as a separate agreement, but also as a clause in main contract. Prorogation of jurisdiction is very often used in international trade contracts. The agreement is valid only if it fulfills the condition prescribed in the domestic law.

The Proposal of new PIL code in Serbia contains more detail provisions regarding prorogation of jurisdiction. There are three separate articles regulating this jurisdiction, instead of one article in still valid PIL code from 1980.

Key words: *prorogation of jurisdiction, agreement, forms of prorogation agreement, tacit consent.*

др Жика БУЈУКЛИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ СРБИЈЕ И АЛТЕРНАТИВНО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА („ADR“): ИНОВАЦИЈА И (ИЛИ) ДРЕВНА ПРАВНА ТРАДИЦИЈА*

Резиме

У раду се разматра законодавна регулатива у области српског правосуђа у светлу његовог усклађивања са правом Европске уније. Аутор констатује да предстојеће реформе морају обезбедити савременији систем судства, далеко ефикаснији од постојећег, како би грађани брже, једноставније и уз мање трошкова заштитили своје правне интересе. У остварењу овог задатка многе државе су излаз илустрирале у изв. алтернативном начину решавања спорова (ADR), па се и код нас полази од тих искустава. Разни његови видови су већ део позитивне законодавства у Србији (арбитража, медијација и сл.), али се и у овој области указала потреба за унапређењем постојећих решења. Други део рада аутор посвећује дилеми да ли је доктрина алтернативних решавања спорова иновација модерног доба или се она ослања и на правну традицију из прошлости. Са аспекта правног историчара, аутор констатује да су разноврсни видови поравнања странака, међусобних наодби и арбитража, древни колико и најстарији облици организованих људских заједница. У раду се највећа пажња посвећује искуствима која нам је оставила римска правна традиција и указује се на паралелу између савремених законских решења у области правосуђа и оних из антике. Аутор их види

* Рад је настао у оквиру реализације пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ“ Правног факултета Универзитета у Београду.

у уставиановама *compromissum, receptum arbitrii, pactum de iure iurando, clausula arbitraria, transactio*, итд. На крају закључује да „иновација“ и „традиција“ нису увек иротивречне категорије, већ да могу бити комплементарне када треба изнаћи реулаииву за вечни проблем решавања међуљудских конфликтаа.

Кључне речи: ЕУ иницијације, АDR, иоравнање, медијација, арбиитража, Римска иравна итрадиција, *compromissum, receptum arbitrii, pactum de iure iurando, clausula arbitraria, transactio*.

*Iustitia est constans et perpetua voluntas
ius suum cuique tribuendi (Ulpianus).*

1. После политичких промена у Србији октобра 2000. године, било је логично очекивати да ће друштвена, економска и правна транзиција у овој средини проћи без већих отпора, јер је раније достигнути степен демократије ипак био далеко виши него у околним земљама бившег „комунистичког лагера“. Док је тамо деценијама господарила државна својина, код нас је приватно власништво, мада идеолошки стално поти-скивана категорија, официјелно била легализована, јер је у Уставу имала равноправни третман са тзв. друштвеном својином. Осим тога, категорије *иравна држава, цивилно друштво, ириваиизација, денационализација, евройски иравни сииандарди* и сл., већ су увелико постале неизоставни део свакодневног политичког вокабулара. Међутим, нова „демократска“ власт, уместо да доноси системске законе, засноване на јасној визији онога шта жели да постигне, бројне проблеме почела је да решава *ad hoc*, доносећи на стотине уредби којима се нуде парцијална решења.¹ У тој нестабилној коалицији од двадесетак партија, потпуно различитих политичких опредељења, доминантни циљ је био обарање ранијег режима, а тек у другом плану је било започињање демократских реформи. После трагичног убиства председника владе, под фасадом демократске и прозападно оријентисане власти, опет се успоставља централизована фигура свеприсутног председника државе, који преузима прерогативе извршне власти, остављајући у сенци и многе друге институције политичког система. Као да су петооктобарски реформатори брзо заборавили да су се овенчали славом управо због збацивања с власти једног „диктатора“. Многи реформски захвати, попут приватизације јавних предузећа, доживели су дебакл, а погубне последице осећају се

1 Током 2001. и 2002. године влада Зорана Ђинђића је донела више уредби него што их је издато за десет година власти Слободана Милошевића. Доступно на адреси: http://www.rtv.rs/sr_lat/politika/za-sedam-meseci-vlada-donela-skoro-200-uredbi_208942.html.

још и данас. Дошли смо тако у парадоксалну ситуацију да источноевропске земље, које су раније биле на далеко нижем степену демократских слобода и економског развоја, постају у стручној јавности Србије пример за узор (нпр. Мађарска, Чешка, Словачка и др.). Проблеми које су оне већ решавале, у Србији се тек отварају: доступност полицијских досијеа, закони о лустрацији, аутономија универзитета, слобода медија, деполитизација војске, успостављање независних синдиката итд.²

У највеће заслуге петооктобарске „плишане“ револуције убраја се промена курса Србије ка европским интеграцијама. Када су, као победници на последњим изборима, тај курс прихватили и реформисани националисти из деведесетих година, овај идеолошки пут је додатно трасиран додељивањем Србији статуса кандидата. Тако је у јавном мњењу пут ка Бриселу постао нова химера о друштву обећаног обиља, која је идеолошким обртом само заменила ону о комунистичком рају.

Међутим, суочавање са реалношћу отпочело је већ са отварањем „поглавља“ која ЕУ тражи да се испуне пре него што се постане члан те европске заједнице народа. Међу њима је једна од најважнијих – реформа правосуђа. Њу су започеле и претходне владе, под покровитељством Брисела и надзором Венецијанске комисије. Међутим, она се углавном свела на „чистку“ неподобних судија и тужилаца, чије се удаљавање с посла убрзо показало правно неодрживим. Када се у Бриселу схватило шта је учињено, наложено је новоизабраној власти да, кроз легалну процедуру, врати на посао на стотине људи из правосуђа. Поред несамерљиве моралне штете која је нанета запосленима у тим институцијама, као и угледу те области државне власти, ни економска штета није била ништа мања. Кроз сагледавање ових турбулентних политичких збивања у Србији, лакше је схватити зашто се реформа правосуђа опет нашла на свом почетку.

Правни експерти, склони литерарнијим исказима, наше правосуђе пореде са „успаваном лепотицом“ која чека да је неко пробуди, а све ове године тапкања у месту личе им на бесконачно чекање Годоа.³ Материјалистички оријентисани теоретичари ће се, пак, позвати на Маркса и установити да правна надградња код нас мора одговарати постигнутом, али и жељеном степену друштвено-економског развоја. Међутим, и једни и други ће се сложити да реформа правосуђа у Србији захтева дубоке промене, које ће захватити област материјалног и процесног права, и тиме обезбедити његово усклађивање са правом Европске уније.

2 Уп. С. Табороши, М. Ханцовска (ур.), *Право у транзицији: Србија-Словачка*, Правни факултет у Београду, Београд, 1999, *passim*.

3 Г. Кнежевић, „Право и промене: ADR – промена у праву“, *Анали ПФ у Београду*, бр. 2/2006, стр. 123 и даље.

У Народној скупштини је средином 2013. године усвојена *Национална стратегија реформе правосуђа*, која се надовезује на истоветни документ из претходног петогодишњег периода (2006–2011). Сагледавањем докле се стигло у остварењу раније Стратегије, као приоритетни циљ је постављено побољшање квалитета и ефикасности правосуђа, кроз независно и одговорно судство, како би се обезбедило „јачања владавине права, демократије, правне сигурности, приближавања правде грађанима и враћања поверења у правосудни систем“.⁴ У новој Стратегији се посебно наглашава да правосудни систем мора бити усклађен са европским стандардима и вредностима. Стога у процесу интеграција треба водити рачуна о правним тековинама Европске уније (*acquis communautaire*), о препорукама и стандардима Савета Европе, укључујући *Национални план за усвајање шековина Европске уније* (НПАА). Као *кључних начела* реформе правосудног система истакнути су: независност, непристрасност и квалитет правде, стручност, одговорност и ефикасност. Полазећи од критичке анализе бројних пропуста који су учињени у претходном периоду и на основу *Извештаја Европске комисије о најрејку Републике Србије у процесу европских интеграција*, међу најважнијим *приоритетима* су наведени: решавање заосталих предмета, окончавање спорова у разумним роковима, уједначавање судске праксе, постизање транспарентности кроз јединствени систем е-правосуђа, као и унапређење статуса Високог савета судства и Државног већа тужилаца кроз нормативно регулисање њихове одговорности.⁵

Очигледно да се овим документима желео обезбедити савременији систем судства, далеко ефикаснији од постојећег, како би грађани брже, једноставније и уз мање трошкова заштитили своје правне интересе. У остварењу тог задатка многе државе су излаз потражиле у тзв. алтернативном начину решавања спорова (*Alternative Dispute Resolution – ADR*), па се и код нас полази од тих искустава.⁶ Разни његови видови су већ део позитивног законодавства у Србији (арбитража, медијација и сл.), али се и у овој области указала потреба за унапређењем постојећих решења.

2. У Стратегији се, у оквиру поглавља посвећеног побољшању ефикасности правосуђа, изричито говори о *медијацији* (посредовању),

4 Стратегија за реформу правосуђа за период 2013–2018. год., *Сл. гласник РС*, бр. 9/10.

5 *Ibid.*

6 Пошто се ова енглеска скраћеница већ усталила у нашој правној литератури, коришћена је и у овом раду. Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и ADR*, Београд, 2010, стр. 188.

као једном од начина алтернативног решавања спорова, којим правда треба буде што доступнија сваком грађанину.⁷ У правни поредак Републике Србије медијација је уведена 2004. године доношењем *Закона о њарничном њоспуйку* и *Закона о мирном решавању радних спорова*, а нормативно је разрађена *Законом о њосредовању – медијацији* из 2005. године и *Законом о њородичним односима* из исте године.⁸ Иако и у претходном периоду нису постојале препреке да се спор реши мирним путем постизањем поравнања између супротстављених страна, изградњом потпунијег правног оквира за медијацију тежило се њеној већој примени у пракси. У правни систем Србије медијација је уведена на иницијативу релевантних међународних институција, како би се наше правосуђе што више приближило ЕУ стандардима,⁹ али је убрзо констатовано да тај концепт није заживео у пракси. Зато се приступило писању новог закона, који би боље регулисао ту област, а његов нацрт сада чека усвајање у скупштини.¹⁰

Медијација треба да омогући супротстављеним странама решавање спора мирним путем, ван судске процедуре, и то преговорима уз помоћ неутралне особе, по њиховом избору. Пошто нема обавезујући карактер, странке могу од овог поступка одустати када год пожелe, а медијатор им не може наметнути решење спора. Успешно окончан поступак медијације као резултат нема судску пресуду, већ, по правилу

7 Термин „медијација“ потиче од лат. *mediare* („наћи се на средини“) у смислу *њосредовања* ради изналажења компромисног решења. У образложењу најновијег *Нацрта Закона о њосредовању у решавању спорова* (из 2014. године) инсистира се на изразу „који је ближи духу српског језика“. Доступно на адреси: <http://www.mpravde.gov.rs/>.

8 Закон о посредовању – медијацији, *Сл. њласник РС*, бр. бр. 18/2005; Закон о парничном поступку, *Сл. њласник РС*, бр. 72/2012, 49/2013, 74/2013; Закон о породичним односима, *Сл. њласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011; Закон о мирном решавању радних спорова, *Сл. њласник РС*, бр. 125/2004, 104/2009.

9 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Доступно на адреси: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008>. Ступањем на снагу Директиве, државе чланице ЕУ обавезане су да предвиде механизме за контролу квалитета рада медијатора, да регулишу начин упућивања на медијацију и испуњавање обавеза које проистичу из споразума склопљеног током медијације. Имплементација Директиве подразумева обавезу држава чланица да ускладе своја законодавства и предузму мере у циљу промовисање медијације и њене што шире примене у решавању спорова. Н. Петрушић, *Европски сѡндарди и ѡринципѡи у решавању спорова ѡуѡтем медијације*. Доступно на: http://natef.net/downloads/Nevena_Petrusic.pdf; Иста, „Медијација као метод решавања правних спорова“, *Темѡга*, бр. 2/2004, стр. 33–43.

10 Исцрпна анализа *Нацрта*, уз предлоге за његово побољшање (још у фази израде), изложени су у мастер раду Ј. Бујуклић, *Медијација као услов за ефикасно ѡравосуђе у Републицѡи Србији*, Београд, 2013, стр. 39–45.

вансудско поравнање.¹¹ Тиме је омогућено да се противници „нађу на средини“ и да заправо нема победника и поражених. Кроз учешће неутралног посредника, уместо сукобљавања и надметања, подстиче се атмосфера поверења и разумевања, чији је крајњи циљ помирење странака. Медијација пружа далеко већу шансу за то, поготово у односу на класични судски поступак. Посредовање је процес где се сукоби решавају на хуманији начин и у коме важи правило да „свако добија“.¹²

У литератури се почетак модерне медијације види у америчком правосудном систему, у коме је овај вид решавања спорова законодавно уобличен крајем 20. века.¹³ Међутим, с правом се примећује да је у тој мултиетничкој средини, током ране историје настанка ове државе, вансудско посредовање афирмисано кроз богату обичајноправну традицију досељених имиграната (Кинеза, Јевреја и др.).¹⁴ Та чињеница управо указује на суштинско обележје идеје мирног решавања спорова, које се, као ваниституционална појава, не везује само за нешто „ново“ и „модерно“, већ је та идеја стара колико и људска цивилизација.

Прапочетке „медијације“ неки препознају већ у библијском начелу које налаже хришћанским верницима да спорове решавају кроз пријатељски разговор или уз нечије посредовање, а тек ако се у томе не успе, спор се износи пред овлашћене представнике заједнице (Јеванђеље по Матеји).¹⁵ У разним културама се од давнина могу запазити покушаји изналагања споразумног решења за сучељене стране (путем сеоских

11 Л. Карамарковић, *Поравнање и медијација*, Београд, 2004, стр. 317 и даље; Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 226 и даље; Љ. Милутиновић, *Медијација у Србији*, Београд, 2006, стр. 8–9; Т. Е. Carbonneau (ур.), *Handook on Mediation*, American Arbitration Association, 2006, *passim*.

12 Према постојећој регулативи, медијацију карактерише принцип диспозиције, добровољности, неутралности медијатора, дискреције (поверљивости) и хитности поступка. О томе: Г. Кнежевић, *нав. чланак*, стр. 122–150.

13 Додуше, већ средином XIX века се оснивају *центри за медијацију* на нивоу локалних заједница, који су без учешћа адвоката и без мешања правосуђа, изналазили решења за спорове мање вредност. Када је 1976. године одржана *Национална конференција о узроцима народној незадовљстива администрацијом правде*, покренута је иницијатива да сами судови формирају пилот центре за медијацију у које су укључене компаније професионалних медијатора, пензионисаних судија, као и различите непрофитне организације. Временом је ова пракса добила и законодавну подлогу, тако да је медијација официјелно прихваћена, прво у већини америчких држава, а потом и на савезном нивоу 1990. године. Л. Карамарковић, *нав. дело*, стр. 319–320. О медијацији у Америци и Енглеској вид. Љ. Милутиновић, *нав. дело*, стр. 10–13.

14 Медијација је још од давнина била дубоко укореена у обичајима народа Азије, а у Кини и Јапану се чак и данас мирно поравнање сматра пожељнијим и далеко часнијим начином решавања спорова од судске процедуре. Л. Карамарковић, *нав. дело*, стр. 318, 380 и даље.

15 Л. Карамарковић, *нав. дело*, стр. 324–325.

савета, мировних већа и сл.). Како медијација не подразумева учешће државне организације, она се отуда појављује већ код народа који нису изградили организован апарат јавне власти, али ће опстати и у многим развијеним државама античког света. У античкој Грчкој се помињу хибридне установе древног судовања, у којима теоретичари препознају елементе арбитраже или неке врсте поравнања већ у Хомеровим списима.¹⁶ У Атини су се поступци мирења обављали кроз јавну или приватну арбитражу.¹⁷ Прва је била обавезна и прописана законом у појединим случајевима, док су другу предлагале саме странке, у жељи да спор реше мимо суда посредством трећег учесника – *диейџиџа*. Правни историчари у њему виде углавном арбитра, мада се анализом судског поступка у Атини *диейџиџи* може окарактерисати и као „медијатор“. Дакле, као треће лице од поверења странака, које су га изабрале да заједно са њима изналази компромисно решење. Таква одлука је потом била обавезујућа за судове.¹⁸

Ови бројни историјски примери показују да у почетку то нису били „алтернативни“ начини решавања спорова, него устаљено поступање сукобљених страна, у складу са обичајним регулама заједнице којој припадају. Архаична друштва су успевала да кроз дуготрајно искуство изградје одрживи систем регулисања међусобних односа, како се не би угрозила кохезија тих заједница. Уколико се конфликтно сучељавање интереса не би каналисало обичајним, религијским или писаним нормама, то би довело до још тежих сукоба и потреса. Тада би „алтернативни“ начин решавања спорова био физички обрачун појединаца, или чак рат између група којима завађене стране припадају.¹⁹ Отуда су раз-

16 Л. Маргетић, „Покушај правне интерпретације судске сцене на Ахиловом штиту“, *Зборник радова њосвећен Албертију Вајсу*, Београд, 1966, стр. 51–57. У контроверзном Хомеровом опису сцене суђења, помиње се треће лице под називом *исџор*, али је спорно да ли је то судија, арбитар или сведок, мада се не одбацује ни могућност да ово лице помаже странкама око нагодбе поводом „крварине“ (*Vergeld*) због убиства. То би онда био случај нагодбе странака око износа накнаде. О томе Л. Карамарковић, *нав. дело*, стр. 20–23.

17 А. R. W. Harison, *The Law of Athens*, Oxford, 1971, стр. 64; S. Todd, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1955, стр. 89 и даље.

18 P. Stein, *Legal Institutions: The Development of Dispute Settlement*, London, 1984, стр. 6 и даље.

19 О обичајноправним начинима мирног решавања спорова код балканских народа вид. В. Petranović, *О osveti, mirenju i vraždi po negdašnjem srbsko-hrvatskome običaju*, Rad JAZU, бр. 6, Zagreb, 1869; F. Kruszelnicki, *Postupak pred šerijatskim sudovima u Bosni i Hercegovini*, Zagreb, 1917; „Закон Леке Дукађина“, *Анали ПФ у Београду*, бр. 4/1956, стр. 463–474; Б. Недељковић, „Канун Леке Дукађина. Арбанашко обичајно право (Из рукописне заоставштине Валтазара Богишића)“, *Анали ПФ у Београду*, бр. 4/1956, стр. 429–462; М. Ђуричић, *Обичаји и веровања Албанаца*, Београд, 1994, спец. стр. 469–489 (о „мировним већима“).

новрсни видови поравнања странака, међусобних нагодби и арбитража, древни колико и најстарији облици организованих људских заједница. Судски поступци које прописују државе у настајању, нису ништа друго до кодификовано обичајно право, које ће убудуће *самойомоћ* из сфере *ius non scriptum* пребацити у писане и јавно обзнањене регуле.²⁰

3. Најбољи пример за то је древно римско право. Од вајкада су посредници, помиритељи или арбитри били комшије, пријатељи или „људи од поверења“. Када су децемвири ту праксу кодификовали у тексту XII таблица, и даље ће *iudex* бити само обични грађанин, кога су странке изабрале да им пресуди спор. Магистрат, као новоуспостављени орган јавне власти, није се уплитао у парницу, већ ју је званично одобравао и старао се да у фази *apud iudicem* она буде окончана пресудом. Њу, дакле, не доноси „државни“ орган, нити професионални судија, већ лаик изабран вољом сукобљених страна. Он пресуду доноси на основу „слободног судијског уверења“, па чак и када му славни учени правници (*iurisprudentes*) дају савет како да одлучи у спорном случају. Такви одговори (*responsa prudentium*) почеће да обавезују изабране арбитре („судије“) тек од времена Августа, али ће, с друге стране, тада углед класичних правника већ увелико зависити од царске воље да им подари *ius publice respondendi ex auctoritate principis* („право јавног давања мишљења на основу владаревог овлашћења...“). Увођењем професионалних судија у екстраординарном поступку, током периода домината, они губе обележје „арбитра“ у изворном значењу те речи, али је парадоксално да назив *iudex* (који сада формално добија пуно оправдање), у стварности означава јавну функцију која се претвара у део централизованог, бирократски организованог апарата власти. Судија постаје царски службеник који ће тзв. теоријом формалних доказа бити спутан у доношењу својих одлука. Његова креативност и слобода одлучивања су били ограничени системом законског вредновања одређене врсте доказа, на основу рангирања које је извршио сам император. Судија је био дужан да прати да ли су странке поднеле одговарајуће доказе, чија се веродостојност утврђује по унапред датим правилима, с обзиром на форму или начина извођења, а не и зато што је судија поверовао у њихову истинитост. Свакако да је по својим општим обележјима екстраординарни поступак најближи савременом правосуђу, али он у себи, нажалост, носи и оне противречности и негативна обележја, која оштећену странку удаљавају од остварења правде. То су претерани формализам, нефлексибилност,

20 Теорију о самопомоћи као првобитном облику правне заштите (*Selbsthilfetheorie*) први износи R. Ihering, *Geist des römischen Rechts*, vol. I, Leipzig, 1878, стр. 108, 167, а потом Wlassak, Betti, Kaser, Luzzatto, Wieacker и многи други романисти. Вид. M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, стр. 28, нап. 21 и тамо нав. лит.

спорост, високи парнични трошкови, који ће – како у прошлости тако и данас – бити разлог за изналажење алтернативних решења.²¹

Мада су Римљани дуго робовали строгом формализму приликом покретања и вођења судског поступка, они су већ у најстарије време покушавали да ублаже његове негативне стране вештим, прагматичним решењима. Кроз то сучељавање крутог конзервативизма и практичног духа, изродиле су се установе које су потом преживеле векове.

Више од осам столећа су легисакциони, а потом формуларни поступак, представљали редован начин суђења (*cognitio ordinaria*). Током тог дугог времена, правила судске процедуре се нису битније мењала, али су Римљани заобилазним путевима тражили како да их прилагоде потребама новог времена. Излаз су нашли у санкционисању неформалних споразума странака, који у принципу нису рађали никакве обавезе (*nudum pactum non parit obligationem*).

Тако су странке могле склопити *compromissum*,²² неформални споразум којим се обавезују да ће свој спор решити не у редовном судском поступку, пред претором на Форуму, већ ће доношење коначне одлуке препустити грађанину кога су саме одабрале (*arbiter ex compromisso*). Да су ишле пред претора, морале би одредити „судију“ са званичног списка (*album iudicum*), а сада је то могао бити било који грађанин у кога имају поверење. Странке би потом одлазиле код њега и неформално закључивале *receptum arbitrii*, споразум којим се грађанин обавезивао, сада у својству арбитра, да ће им решити спор.²³ Међутим, пошто је тај договор представљао само обични *pactum* (незаштићени, „голи“ споразум), странке нису имале одговарајућу тужбу којом би га присиле да испуни обећано. Зато им је претор, на основу свог империјума, обезбеђивао заштиту тако што је несавесном арбитра изрицао новчану казну (*multae dictio*) или му одузимао неку ствар као залог (*pignoris capio*). Претор је пружао заштиту само уколико су тужилац и тужени претходно обезбедили извршење арбитражне пресуде путем две узајамне стипулације (*stipulatio*), обећававши међусобно да ће она страна која одбије да прихвати одлуку изабраног арбитра исплатити одговарајући новчани износ

21 E. Costa, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, стр. 139–215; G. Pugliese, *Il processo civile romano*, Milano 1963, стр. 366 и даље; W. Turpin, „Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem“, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, бр. 46/1999, стр. 499–574.

22 Назив је настао од *compromittere*: *com* (узајамно) + *promittere* (обећати), дакле, „међусобно обећати“, „договорити се“ – јер су странке узајамно споразумеле да ће се покорити одлуци изабраног грађанина. А. Ромас, *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, 1989, стр. 72 (в. *compromissum*). Етимологија латинских назива у овом раду наведена је према овом речнику.

23 R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, стр. 513–514.

другој страни (*stipulatio poena*). Тако ће се овај неформални споразум (*receptum arbitrii*) сврстати у тзв. „преторска пакта“ (*pacta praetoria*), док је *compromissum*, који су закључиле саме странке, добио заштиту много касније, онда када им је император својим конституцијама обезбедио посебну тужбу (*actio ex lege*). Отуда се они сврставају у тзв. „законска пакта“ (*pacta legitima*). Ипак, *compromissum* је био утужив само уколико је споразум био потврђен заклетвом обеју странака и арбитра, или када је закључен у писменој форми.²⁴

Ово је, дакле, била нека врста „скраћеног поступка“, који је имао знатне предности у односу на постојећи *cognitio ordinem*. Погодности овакве арбитраже су у избегавању слабости редовног судског поступка: присуство јавности, строги формализам, сужене могућности избора арбитра, дуготрајно утврђивање чињеница, судски трошкови, рокови и сл. Овде се првенствено водило рачуна о сврсисходности и правичности одлуке, јер је идеја оваквог споразумевања почивала на поверењу и доброј вери (*bona fides*).

Римско право је познавало још један облик решавања спора мимо суда. То је *pactum de iureiurando* (споразум о заклетви) којим су се странке неформално уговориле да ће спор добити онај ко положи заклетву (*iuramentum*) да је власник спорне ствари, да дуг заиста постоји и сл. Споразум се могао склопити пре покретања поступака, али и када је он већ у току, а по давању заклетве спор се сматрао окончаним. Овај *pactum* приватног карактера сам по себи није имао обавезујућу снагу, већ се заснивао на међусобном поверењу и доброј вери. Отуда, уколико се тужени претходно заклео да је власник или да није дужан, а друга страна ипак подигне тужбу, или настави већ започет спор, претор је у првом случају одбијао право на вођење спора (*denegatio actionis*), а у другом је туженоме давао одговарајући приговор (*exceptio iurisiurandi*). Заклетву је могао положити и тужилац, па би тада тужени био обавезан да врати дуг или спорну ствар. Уколико то не учини, претор је тужиоцу давао *actio (in factum) de iureiurando*. Чињеница на коју се том приликом позивао је његов *iuramentum*, дакле, сама заклетва. Спор је добијао и без доказивања правног основа, јер ова тужба није била занована на цивилном праву (*in ius concepta*), већ на чињеници коју претор признаје својим едиктом (*in factum concepta*). Пошто је овој врсти неформалних споразума претор обезбедио утуживост, они улазе у круг *pacta praetoria*, дакле, у групу „обучених“, заштићених паката (*pacta vestita*).²⁵

24 *Ibid.*, стр. 526–527.

25 D. 12,2; CJ. 4,1. C. Fadda, *Sul cosi detto pactum de iureiurando e sopra una recente opinione in proposito*, Roma, 1888, стр. 1–12 и тамо нав. лит.; E. Voltera, *Istitutioni di diritto privato romano*, Roma, 1987, стр. 579.

Увођењем формуларног поступка, средином II века п.н.е., постепено се потискује ригидни легисакциони поступак, а строга вербална процедура се замењује писменим формулама. У њу се уноси стандардни, битни делови (*iudicis nominatio, intentio, demonstratio, condemnatio*), али се омогућавало увођење и неких новина. То су формуле са арбитражном клаузулом (*clausula arbitraria*) којом претор овлашћује судију да после спровођења доказног поступка наложи туженоме да добровољно преда спорни предмет тужиоцу. Назив клаузуле долази од речи *arbitrari* („слободно изабрати“), јер тужени има право да бира између исплате суме новца и повраћаја ствари.²⁶ Дакле, иако је у формуларном поступку пресуда увек гласила на одређену суму новца (па и онда када је предмет спора била ствар), тужени се могао ослободити плаћања тог износа благовременом предајом спорне ствари, непосредно пре изрицања пресуде. То значи да је ова клаузула давала судији лаику додатну опцију, осим оне две које му је претор остављао: да осуди или ослободи туженог, у зависности од његовог уверења стеченог током извођења доказног поступка. Ако би тужени пристао да изврши реституцију, пресуда је била ослобађајућа, а предмет спора би на основу посебне судске наредбе (*pronuntiatio*) припадао тужиоцу. На тај начин су се могли ускладити интереси обе стране, тако да се овим путем остварује нека врста *йоравнања сџранака* у оквиру већ започетог судског поступка. Свакако да је тужилац заинтересован да добије управо ону ствар чију је реституцију захтевао, поготово код реивиндикационе тужбе, код које се једино побе захтевати индивидуално одређена ствар (*species*). Предност овог „поравнања“ је у томе што, уместо да му се досуди одговарајућа новчана сума, тужилац може повратити конкретну ствар, која за њега можда има посебну афекциону вредност (венчани прстен, одани роб и сл.). С друге стране, уколико тужени одбије понуду судије, ризиковао је да вредност досуђеног износа буде вишеструко већа од реалне вредности ствари, јер је тужилац могао под заклетвом (*iusiurandum in litem*) изјавити колика је вредност спорне ствари или је дефинитивни износ одређивао судија на основу своје слободне процене (*litis aestimatio*). Осим тога, у неким случајевима могла је да се досуди и *infamia*, губитак грађанске части.²⁷

Арбитражна клаузула се уметала у текст формуле непосредно испред *condemnatio*, чинећи њен саставни део и најчешће је гласила: „ако не врати ствар“ (*nisi restituetur* или *neque restituetur*). Класични правници су је понекад тумачили веома широко, сматрајући да је судија био

26 A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, стр. 345 (в. *actiones arbitrariae*).

27 W. W. Buckland, *Elementary Principles of the Roman Private Law*, Cambridge, 1912, стр. 359–360; E. Voltera, *нав. дело*, стр. 231–232.

овлашћен да наложи туженоме не само повраћај спорне ствари, већ и реституцију плодова као и надокнаду евентуалне штете. При том су реч *restituere* из ове клаузуле тумачили као *restitutio in integrum* (повраћај у пређашње стање). У групу *actiones (formulae) arbitrariae* спадају првенствено тужбе из стварноправних односа (*actiones in rem*), али су арбитражне (реституторне) клаузуле познавале и неке тужбе за заштиту облигационих односа (*actio de dolo, actio quod metus causa, actio Pauliana, actio redhibitoria, actio quanti minoris*) и наследноправних (*actio Fabiana, actio Calvisiana*).²⁸

4. Посебна врста поравнања је *transactio* (од *transigere* – посредовати, договорити се, изравнати спор), споразумна нагодба којом се две странке договоре да међусобним уступцима реше спорни однос и тиме избегну покретање парнице или наставак већ започете. Такав неформални споразум углавном склапају дужник и поверилац из неког већ постојећег облигационог односа, преузимајући нове међусобне обавезе: трансакциони дужник треба да изврши неку чинидбу да би се, с друге стране, трансакциони поверилац одрекао утужења из претходно постојећег потраживања према њему. Отуда, циљ таквог „поравнања“ (*causa transactionis*) неће наступити уколико трансакциони поверилац ипак подигне тужбу из раније постојећег облигационог односа.²⁹ У том случају трансакциони дужник може захтевати кондикцијом повраћај онога што је дао у циљу да се поверилац одрекне свога права на тужбу из већ постојећег дужничко-поверилачког односа.³⁰

Овај овај споразум може се посматрати и као посебан случај „опроштаја дуга“ (*pactum de non petendo*), пошто се поверилац неформално одриче да ће подићи тужбу из претходног облигационог односа.³¹ С друге стране, дужник се пактом одриче тврдње о постојању свога права. Уколико дужник *ex causa transactionis* изврши одређену чинидбу или је формално обећа, оваква *datio* или *promissio* трансакционог дужника ступа на место задовољења захтева из претходно постојећег дужничко-поверилачког односа. Управо је циљ дужникове престације да се ослободи извршења чинидбе из раније постојеће облигације. Међутим,

28 W. W. Buckland, *Elementary Principles of the Roman Private Law*, стр. 359 и даље; Исти, *A Text-Book of Roman Law: From Augustus to Justinian*, Cambridge, 1963, стр. 659 и даље; H. F. Jolowicz, B. Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 1972, стр. 231.

29 F. Schwarz, *Die Grundlage der Condictio im Klassischen Römischen Recht*, Münster-Köln, 1952, стр. 257.

30 M. E. Peterlongo, *La transazione nel diritto romano*, Milano, 1936, стр. 22–35; M. A. Fino, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano, 2004, стр. 55 и тамо нав. лит.

31 F. Schwarz, *нав. дело*, стр. 160.

трансакциони дужник извршава чинидбу не као противчинидбу због одрицања трансакционог повериоца од подизања тужбе (из претходно постојећег односа), већ као накнаду повериоцу који неће добити претходно настало потраживање.³² У случају да трансакциони поверилац (упркос пакту) тужи дужника и овај буде обавезан да изврши чинидбу из ранијег облигационог односа, дужник ће моћи да захтева повраћај оног што је извршио на име пакта.³³

Иако је код Јустинијана овај случај сврстан у *titulus* који говори о исплати недугованог (*De conditione indebiti*), заправо се ради о случају који су класични правници разматрали као *datio ob transactionem*.³⁴ Циљ који исплатилац жели постићи састоји се у ослобађању од претходно установљене обавезе. Будући да овде овај циљ није постигнут, јер је поверилац, противно пакту којим се одрекао од подизања тужбе против дужника, то ипак учинио, дужник ће имати право да захтева повраћај оног што је дао *ob transactionem*. Другим речима, неиспуњење циља огледа се у томе да трансакциони поверилац није испунио оно на шта се неформалним споразумом (поравнањем) обавезао.³⁵

Током класичног периода правна природа оваквих нагодби била је спорна, али се сматра да се њихова утуживост у почетку постизала склапањем две узајамне стипулације, или путем уговорне казне (*stipulatio poenae*) закључене уз основни договор, а касније уз помоћ преторских тужби. У Јустинијановом праву *transactio* улази у круг „безимених контраката“ (*contractus innominati*), заштићених са *actio praescriptis verbis*. Назив потиче отуда што је судија доносио пресуду само на основу наведених чињеница, односно „претходно написаних речи“ (од *praescribere* – напред написати, *verbum* – реч). Ова тужба је имала широки спектар примене јер је омогућавала утуживост бројним неформалним споразумима на основу којих је једна страна испунила своју обавезу а друга није и који до тада нису рађали право на тужбу (*ex nudo pacto actio non nascitur*).³⁶

Овим је учињен велики корак на том дугом историјском путу који је водио од пакта до контракта. Наиме, у римском праву постојало је онолико утуживих обавеза колико и одговарајућих формула. Да би судски поступак уопште могао покренути, странка се морала позвати на конкретни правни основ или чињенично стање, које је одговарало типизираној садржини одређене формуле. Уколико тужилац није мо-

32 F. Scwarz, *нав. дело*, стр. 161.

33 *Ibid.*

34 F. Scwarz, *нав. дело*, стр. 159.

35 *Ibid.*

36 Ž. Bujuklić, *Forum Romanum, Rimska država, pravo, religija i mitovi*, Beograd, 2012, стр. 108–109.

гао спорну ситуацију подвести ни под једну од постојећих формула, није ни стекао право на тужбу. Стога, страна која је ипак извршила своју „обавезу“, не може правно приморати другу страну да испуни дато обећање. Отуда је временом претор увео *actio in factum*, тужбу у којој оштећеној страни дозвољавао да се позове управо на чињеницу испуњења своје престације и налагао другој страни да испуни своју „обавезу“. По узору на њу, настаће касније *actio praescriptis verbis*, чиме практично неограничен број *nuda pacta* постајају заштићени контракти („неименовани“). Овом тужбом је омогућено лицу које је испунило своју обавезу да присили другу страну на испуњење противчинидбе, док се за раскид споразума и повраћај датог, могла користити одговарајућа кондикција (*condictio causa data causa non secuta*).³⁷

Кроз ову еволуцију од пакта до контракта, прошла је и римска *transactio* која је очигледно представљала неку врсту нагодбе о вансудском поравнању, а до ње је могло доћи и уколико је поступак већ био у току. У Дигестама се јасно истиче да се „поравнатим“ или „ликвидираним“ сматра не само оно што је решено судским путем, него и оно што би се постигло без суда: *као предмет нагодбе, односно као окончано морамо сматрати не само оно због чега спор настаје (ишче води се) него и оно што је постигнуто (добијено, сичено) изван спора*.³⁸

Сама нагодба се по свом дејству изједначавала са пресуђеном ствари (*res iudicata*): *поравнање је као судска пресуда*,³⁹ потом: *спорове или њарнице, које су окончане законитим нагодбама, не треба поново доизајти*.⁴⁰ Међутим, само оно поравнање које је постигнуто пред судом има за последицу *ne bis in idem*. Против њега се није могао водити поновни поступак, а у посткласичном праву није била могућа ни жалба. Наведени фрагменти, као и десетак других, налазе се у оквиру посебног титулуса Друге књиге Дигеста, насловљене *De transactionibus*. Већ и та чињеница указује колики је значај Јустинијан придавао овом виду поравнања странака.

У Јустинијановом Кодексу (*Codex Iustinianus*), који је донет пре Дигеста, сакупљене су конституције ранијих царева, у којима се такође говори о поравнању, и то у виду једноставних правних сентени, попут: *нема поравнања ако се ништа не даје, не задржава или не обећава*.⁴¹ Да-

37 R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, стр. 532 и даље; Ж. Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд, 2013, стр. 399–400.

38 Paulus, D. 50,16,229: *“Transacta finitave” intelligere debemus non solum, quibus controversia fiat, sed etiam quae sine controversia sint possessa*. Преводи у овом раду наведени су према А. Romac, *Minerva, Florilegium sententiarum latinarum*, Zagreb, 1988, стр. 726–727.

39 C.J. 7,51,3: *Transactio est instar rei iudicatae*.

40 C.J. 2,4,16: *Causas vel lites transactionibus legitimis finitas, resuscitari non oportet*.

41 C.J. 2,4,38: *Transactio nullo dato vel retento seu promisso, minime procedit*.

кле, без узајамних уступака нема поравнања и уколико би странке једна другој чиниле одређене услуге, а не уступке у намери да реше спор, онда би се радило о даровању а не поравнању.

Из доступних извора може се закључити да су споразумне нагодбе могле бити и злоупотребљене на штету једне од страна или противне јавном интересу. У својим Сентенцијама Паул каже: „*сјоразумевајти се можемо о оним њишањима о којима је доушћено закључивајти нагодбу; једино из ових односа настаје обавеза из њакџа (...)* Не можемо закључивајти сјоразуме који су сјуројни закону или добрим обичајима (моралу). Пакџи који је унећ (у њравни њосоа) сјуројно (цивилном) њраву, царским констџиуцијама или одлукама Сенаџа, нишћав је. О односима њоводом којих џече сјор можемо се дојоварајти и закључивајти њоравнање.“⁴² Овим општим правилима за склапање пактова, па и споразума о поравнању, требало је спречити разне врсте шпекулација, поготово када је спор већ у току (*res litigiosa*). Посебном регулативом желело се спречити откупљивање парница (*redemptio litium*) помоћу „поравнања“ иза кога се крила превара (нпр. откупљивањем спорног износа по знатно нижој цени, или од стране лица које је могло искористити свој друштвени положај на штету дужника и сл.).⁴³

У Дигестама се, у једном Улпијановом фрагменту, истиче да „несавесно поступа онај који тражи више, супротно закљученој погодби.“⁴⁴ Зато се и непоштовање поравнања може подвести под тај принцип, а такво понашање нападати из разлога који се наводе и код уговора, због преваре (*dolus*), принуде (*metus*) и сл. Отуда, уколико после постигнуте нагодбе друга страна ипак подигне тужбу за испуњење примарне обавезе, изневерена страна може подићи одговарајући приговор (нпр. *exceptio doli*). Ако то не учини благовремено, биће обавезна да испуни стару обавезу, јер није дошло до одбацивања тужбеног захтева друге стране (*denegatio actionis*). Ипак, уколико је изневерена страна већ извршила своју трансакциону обавезу, има право да захева да јој се врати оно што је предао, путем *condictio ob transactionem*.⁴⁵

42 Paulus, *Sentent.* 1,1,1–5: *De his rebus pacisci posumus, de quibus transigere licet: et his enim pacti obligatio solummodo nascitur. (...) Nequae contra leges, nequae contra bonos mores pacisci possumus. Pactum contra ius aut constitutiones aut senatus consulta interpositum nihil momenti habet. De rebus litigiosis et convenire et transigere possumus.* Julije Paulo, *Sentencije*, Zagreb, 1989 (превод и коментари А. Ромас), стр. 47.

43 *Ibid.*, стр. 253, нап. 12. У класичним изворима се за споразумне нагодбе странака користе изрази *pacisci*, *pactum* или *transactio* и *transigere*, а никада термин *contractus*. E. Voltera, *Istituzioni di diritto privato romano*, стр. 541, нап. 6.

44 D. 12,6,23,3: *Dolo facit qui contra transactionem expertus ampius petit.*

45 F. Sturm, „*La condictio ob transactionem*“, in: *Studi C. Sanfilippo*, vol. III, Milano, 1983, стр. 627–660.

Из другог Улпијановог текста види се да *transactio* коју закључи законски или тестаментарни наследник не може бити на штету било легатара било робова ослобођених тестаментом (*libertates atque legata... suam habent potestatem*), пошто ово последње располагање, упркос склопљеној „трансакцији“, остаје важеће. Из овога јасно произилази да се *transactio* закључивала и ван сфере облигационих односа.⁴⁶ Зато треба разликовати сам пакт о поравнању од правног односа око чијег испуњења је настао спор, а који може бити најразличитијег порекла: на основу обавеза из контракта и деликта, али и поводом стварног, породичног или наследног права (спор око службености, пекулијума, мираза, легата и сл.).⁴⁷

5. Судећи по пажњи коју је *Corpus iuris civilis* посветио установи поравнања, очигледно је да она имала посебно место у посткласичном праву. Свакако да не би била толико фаворизирана да у пракси није имала велики значај. Поготово јер је тада већ увелико превазиђен крути формализам и апстрактност старог цивилног права, уступајући место консензуализму. Сагласност воља и договор странака се стављају у први план, па и ранији пактови сада добијају снагу уговорног обавезивања, мада их Римљани никада неће сврстати у посебну врсту контраката.⁴⁸ О значају који је *transactio* имао у посткласичном праву, говори и чињеница да је овај „безимени“ контракт био међу реткима који је у правним текстовима задржао свој специфичан назив – као и трампа (*permutatio*), комисиона продаја (*aestimatum*) или неорочени бесплатни закуп (*precarium*). Учесталост примене поравнања и њен значај несумњиво су утицали да се овај *contractus innominatus* издвоји од огромног броја споразума те врсте и да добије своје посебно име.⁴⁹

У средњем веку ће и *Corpus iuris canonici* третирати *transactio* са посебном пажњом, јер је поравнање очигледно и у канонском праву било значајно. То показује фрагмент који говори о вансудском решавању

46 D. 2,15,1; D. 5,2,29,2. Уп. А. Spina, *Ricerche sulla successione testamentaria nei Responsa di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, стр. 135 и даље, спец. 146 нап. 179.

47 А. Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1981, стр. 327.

48 Они су и даље схватани као врста реалних контракта (*re contrahitur obligatio*), а назив *innominati* (грч. *anopimon synalagma*) даће им позновизантијска и средњовековна правна догматика. Ж. Вујуклић, *Forum Romanum*, стр. 627–631.

49 R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, стр. 532–537. Ипак, била би претерана тврдња, која се среће у нашој литератури, да се „у римском праву први пут јавља јасно теоријско разграничење поравнања од других сличних установа, уз установљавање теоријског концепта овог института“, као и да је „римско право прво изнедрило генерације правника који су теоријски елаборирали правну праксу“. Л. Карамарковић, *нав. дело*, стр. 23–24. Напротив, доктринарна обрада и систематизација римских правних установа тековина је тек средњовековних правника и потом пандектиста.

спорова: *да би се избејли судски спорови, корисно је применити најодбу или мирење (спиранака); односно спор се може поверити одлуци једној или више арбитра.*⁵⁰ Предвиђено је и судско поравнање: *судија током јарнице, или у било ком другом иренуику, уколико види да истоји мојћности доброј исхода, нека не иројустии да спиранке иодсйакне или им иомоине да ираже иравично решење спора заједничким дојвором; нека им сам укаже на иојодан иуи ивршења ие намере, ујућивањем на разумне људе који би им иосредовали.*⁵¹

Кроз миленијумски дуг процес изналажења различитих облика решавања грађанских спорова, у римском праву су се уобличили начини који се не могу увек укалупити у савремене класификације. Са становишта модерног права они се чине хетерогеним, недовољно издиференцираним, јер се у њима тражи заокруженост којој они нису ни тежили. Римски судски поступак, као и решавање спорова мимо редовне процедуре, плод су дуге еволуције и прагматичног изналажења решења која одговарају потребама свакодневног живота. Зато се арбитража, нагодба, вансудско или судско поравнање често међусобно преплићу, и отуда их није увек могуће подвести под истоимене установе модерног доба. Међутим, Римљани су ипак, кроз лепезу различитих могућности компромисног решавања спорова, уобличили установу судског и вансудског поравнања, од којих је *transactio* један од начина којим се то постигло. Од неформалног, незаштитеног споразума (пакта), он је дошао до обавезујућег процесног договора (безименог контракта), који ће постати утужив и имати снагу изречене пресуде (извршног наслова).

Посредством средњовековне рецепције, савремено право ће презети бројне неименоване уговоре (па и *transactio*) чију су садржину утврђивале слободно саме странке. Било је потребно још само да нововековна теорија (природноправна школа) одустане од јединог услова који се захтевао за настанак безимених контраката, *да је једна спирана своју чиниодбу већ ивршила*, и да се у савременом праву дође до начела утуживости свих дозвољених споразума.⁵² Било је логично да се начело диспозиције странака код склапања правних послова, пренесе и на

50 CIC, can. 1713: *Ad evitandas iudiciales contentiones transactio seu reconciliatio utiliter adhibetur; aut controversia iudicio unius vel plurium arbitratorum committi potest.*

51 CIC, can. 1446, par. 2: *Iudex in limine litis, et etiam quolibet alio momento, quotiescumque spem boni exitus perspicit, partes hortari et adiuvere ne omittat, ut de aequa controversiae solutione quaerenda, communi consilio curent, viasque ad hoc propositum idoneas ipse indicet, gravibus quoque hominibus ad mediationem adhibitis.* Уп. J. Behrens, *Church Disputes Mediation*, Gracewing Publishing, 2003, стр. 30.

52 R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford, 2004, стр. 107 и даље; T. Wallinga, „The Common History of European Legal Scholarship”, *Erasmus Law Review*, vol. 4, бр. 1/2011, стр. 4–20; Ж. Бујуклић, *Римско иривајино ираво*, Београд, 2013, стр. 400.

овлашћења учесника тог односа када он постане споран, да га решавају споразумно и да сами одреде начин како ће то учинити. То утолико више важи за модерно доба.

Са становишта правних историчара, који појаве сагледавају кроз призму дугих еволутивних процеса, несумњиво се може констатовати да „иновација“ и „традиција“ нису увек противречне категорије, већ да могу бити комплементарне, поготово када треба изнаћи регулативу за вечни проблем решавања међуљудских конфликта.⁵³ Очигледно да је велики цивилизацијски корак одустајање од насиља као „алтернативног“ начина остварења права и препуштање органима јавне власти да ту функцију обављају. Управо зато, када организовано правосуђе заборава *због чега* је настало, па постане окоштало, тромо, скупо и нефункционално, онда је добро да се присети *како је* настало: кодификовањем древног обичајног судовања. Заправо, окретањем ка традицији, долази се до савремених „алтернативних“ начина решавања спорова. Ко у томе жели да види само „иновацију“, показује да не познаје историју настанка правних институција. Све реформе правосуђа, па и ова наша, морају имати на уму да *Iustitia*, богиња завезаних очију, не види где су тренутне метрополе светске моћи (које су и саме пролазне), већ на теразијама објективно одмерава кривицу и правду. Мач у другој руци опомена је онима који јој одмажу у том послу. Задатак романиста је да „европејске“ законодавце на то непрестано подсећају, као и на чињеницу да многи путеви још увек воде ка античком Риму, а не само ка Бриселу.

53 Колики значај правна историографија придаје овој проблематици, показује чињеница да је 2012. године у Франкфурту на Мајни покренут заједнички пројекат Макс Планк института за европску правну историју, Гете Универзитета и Универзитета за примењене науке, на тему: „*Extrajudicial and Judicial Conflict Resolution*“ („*Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung*“), са подпројектом „*Alternative conflict arbitration as a challenge in society*“. Темељни концепцијски приступ изложен је у програму рада за израду овог међународног пројекта: „*In an increasingly globalised world, the 21st Century human is constantly searching for his rights and their assertion in the thick undergrowth of international, national and private norms. He can no longer take suitable support in this search from (national) state bodies for granted. How he will be able to access his rights in future has long been the subject of intense discussion in political and legal practice. Concepts of extrajudicial dispute resolution such as mediation, arbitration and settlement have long moved onto the side of official judicial dispute decisions. In some areas, these seem to be able to take over successfully, but in others, official jurisdiction is maintaining its monopoly. However, neither the litigious resolution of legal conflicts nor their solution through consensus lack history or culture. The history of the Western world both inside and outside Europe has just as much rich and relevant experience as the cultures of the Eastern hemisphere. The role of fundamental legal, arts and cultural research is to open the door to this knowledge, to cut through it systematically and to place it at the service of current discussions in social politics regarding regulation, resolution systems or, in short, law and justice. (...) The Research Focus has a wide range of topics. Its individual research projects include such wide-ranging areas as the ancient Near East, Hellenistic Egypt, Europe as a trading location in the Middle Ages and early modern period.*“ Доступно на: <http://www.konfliktloesung.eu/>.

Žika BUJUKLIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

EU INTEGRATION OF SERBIA AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR): INNOVATION AND (OR) ANCIENT LEGAL TRADITION

Summary

This paper deals with the legislative regulation in the field of Serbian judiciary in light of its harmonization with the EU legislation. The author states that the forthcoming reform must provide modern judicial system, far more efficient than the existing one, so that citizens can faster, easier and with less cost protect their legal interests. In accomplishing this task, many states have sought out the so-called “alternative” mode of dispute resolution (ADR), and Serbia took these experiences as well. Its various types are already part of the current legislation in Serbia (arbitration, mediation and the like), but in this area a need for improving existing solutions is indicated. In the second part, the author raises the question of whether the doctrine of alternative dispute resolution is innovation of the modern era or it relies on the legal tradition of the past. From the standpoint of legal historians, the author concludes that the various forms of agreement between parties, mutual settlements and arbitration are ancient as the oldest forms of organized human communities. He pays special attention to the experience that we took from the Roman legal tradition and points out the parallels between modern legislation in the field of judiciary and that of antiquity. The author sees them in the following institutions: compromissum, receptum arbitri, pactum de iure iurando, clausula arbitraria, transactio etc. Finally, he concludes that “innovation” and “tradition” are not always contradictory categories, but they can be complementary when we need to find solutions to the eternal problem of resolving human conflicts.

Key words: *EU integration, ADR, mutual settlements, arbitration, mediation, Roman legal tradition, compromissum, receptum arbitri, pactum de iure iurando, clausula arbitraria, transactio.*

Урош ЖИВКОВИЋ, мастер
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

Јелена ЛЕПЕТИЋ, мастер
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПОСЛЕДИЦЕ ОТВАРАЊА СТЕЧАЈА НА АРБИТРАЖНИ ПОСТУПАК У ПРАВУ СРБИЈЕ*

Резиме

Отварање стечајној поступци над једном од страна у арбитражном поступку доводи до бројних практичних проблема која нису решена на изричит начин у оквиру српској позитивној права. Аутори су, имајући у виду поступојећу уредну праксу и доктрину, покушали да на систематичан начин прикажу проблеме који могу настати у интеракцији арбитражној и стечајној поступци и укажу на институционална решења која су конзистентна са поступојећим законодавним оквиром – посебно имајући у виду Закон стечају и Закон о арбитражи Републике Србије. У раду је анализиран и разјашњен одабрани крући проблеми који се могу јавити како у процесном тако и материјалном смислу, а који се односе на питања арбитрабилности, могућности за паралелно вођење стечајној и арбитражној поступци и повезане процесне празнине које поступоје или се могу јавити у српском праву.

Кључне речи: стечајни поступак, арбитража, арбитрабилности, прекид поступци.

* Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правној система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспекти (2014)“.

І Уводна разматрања

Решавање спорова путем арбитраже представља модерну и прихваћену алтернативу судском поступку. У том смислу, нема сумње да је решавање спорних правних питања из привредних уговора у међународном промету данас чешће предмет арбитражног него судског поступка. Национални судови учестало помажу у извођењу арбитражних поступака изрицањем привремених мера, именованем арбитра у *ad hoc* арбитражним поступцима, упућују стране на арбитражу када је пре покретања поступка пред судом закључен пуноважан арбитражни споразум и извршавају коначне арбитражне одлуке у поступцима принудне наплате потраживања.¹ Овакав балансирани однос судова и арбитража тенденција је скоро свих модерних закона о арбитражи са једне стране,² док са друге представља и логичну последицу заједничког циља који поступак пред судом и поступак пред арбитражом имају – да се спорно правно питање између страна реши на коначан начин, у складу са меродавним правом уз поштовање свих процесних начела.

Међутим, природа арбитражног поступка се умногоме разликује од природе стечајног поступка. Проблеми који настају у пракси (како за поступајући суд тако и за арбитражно веће), у случајевима када у току арбитражног поступка дође до испуњења неког од стечајних разлога након чега једна од страна постане стечајни дужник, бројни су и везани како за саму природу стечајног поступка тако и за карактеристике поступка намирења потраживања, утврђивања износа и основа потраживања и могућности за наплату потраживања самог стечајног дужника како би се, у интересу поверилаца, увећала стечајна маса. Док је циљ арбитраже решавање спорног правног питања између (углавном) две стране на основу претходног споразума, циљ стечајног поступка је колективно намирење и дистрибуција потраживања свих поверилаца стечајног дужника у оквиру једног, централизованог поступка пред над-

1 Вид. у том смислу Charles C. Correll, Jr, Ryan J. Szczepanik, „No Arbitrator Is an Island: The Role of Courts in Aid of International Arbitration“, *World Arbitration and Mediation Review*, Vol. 6, No. 3/2012, стр. 567–569; Hilary Heilbron, *A Practical Guide to International Arbitration in London*, London, 2013, стр. 87–88; Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, 3rd ed., Huntington, 2014, Chapter 12; тако и Закон о арбитражи (*Службени гласник РС*, бр. 46/2006; даље у фуснотама: Закон о арбитражи), чл. 7, 24 и 25.

2 David A. R. Williams QC, „Defining the Role of Court in Modern International Commercial Arbitration“, *SMUAsian Arbitration Lectures*, Singapore, 2012, стр. 6–9, доступно на адреси: http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/david_williams_Defining_the_Role_of_the_Court_in_Modern_Intl_Commercial_Arbitra.pdf, 23.4.2014; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, The Hague, 2014, стр. 68–70; Emmanuel Gaillard, John Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, стр. 710–711.

лежним судом. Различитост циљева, основних начела и процесне логике арбитражног и стечајног поступка самим тим доприноси стварању бројних питања у ситуацијама када због специфичности конкретног случаја долази до интеракције између стечаја и арбитраже.

Одређена карактеристична питања која могу настати као последица међусобног односа између стечајног и арбитражног поступка чине предмет овог рада и биће изложена у три засебне целине. Наиме, први део рада обухватиће анализу појма арбитрабилности и разликовања правих од неправих стечајних питања како би се установио критеријум разликовања правних питања која се могу јавити као предмет арбитражног поступка у односу на питања која су увек и безусловно резервисана за надлежност поступајућег стечајног суда.

Затим, у другом делу испитује се утицај отварања стечаја над једном од страна која је учесница у арбитражном поступку при чему се седиште арбитраже налази у Србији (обрађујући специфичности и ситуације када тужилац из арбитражног поступка пада под стечај и случаја када се над туженим у поступку отвори стечај) са посебним освртом на проблеме вођења и окончања поступака који се воде пред арбитражама чије се седиште налази у иностранству. На крају, аутори у завршним разматрањима сумирају закључке изнетог истраживања уз препоруке за тумачење одређених спорних одредби у српском праву и правних празнина које се могу јавити као проблематичне у будућој арбитражној и судској пракси.

II Отварање стечаја и арбитрабилност

Спорови који су, према меродавном праву, подобни да буду решени од стране арбитраже сматрају се арбитрабилним споровима.³ Карактеристика арбитрабилности, стога, представља једну од кључних одлика спора која служи да раздвоји правна питања за која странке могу слободно да уговоре арбитражу као начин решавања спора од оних која су резервисана за искључиву надлежност суда и у којима меродавно право не дозвољава слободу уговарања механизма за решавање спора. Самим тим, арбитрабилност представља легитимно ограничење аутономије воље странака у избору алтернативних начина за решавање спора. Додатно, арбитрабилност као квалитет одређеног спора нужна је претпо-

3 Вид. примера ради Loukas A. Mistelis, „Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 – Arbitrability – International and Comparative Perspectives“ у: Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, The Hague, 2009, стр. 4; тако и Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, J. Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009, стр. 123–124.

ставка како за валидно уговарање арбитраже⁴ пре него што је спор настао тако и за вођење и окончање арбитражног поступка.⁵

Неспорно је да одређени имовински захтеви који простичу из привредних односа а тичу се плаћања уговорне цене, накнаде материјалне штете или испоруке робе и плаћања уговорне казне сасвим извесно представљају арбитрабилна питања о којима арбитража може да одлучује. Међутим, захтев за исплату доспелог новчаног потраживања из уговора о међународној продаји робе, примера ради, иако је арбитрабилан сам по себи, може да промени своју природу када постане уперен против лица које услед инсолвентности постаје стечајни дужник. На који начин се питање арбитрабилности третира у случајевима у којима долази до отварања стечајног поступка над једном од страна у арбитражи и како се врши адекватна диференцијација и утврђивање правне природе захтева након отварања стечајног поступка представља предмет анализе предстојећих редова.

1. Арбитрабилност – дефинисање појма

Прецизно дефинисање круга питања која се сматрају арбитрабилним у оквирима једног националног права не представља лак задатак. Ово је посебно тачно када релевантни прописи који се баве арбитражним решавањем спорова не садрже прецизну дефиницију арбитрабилности – што је и случај са српским Законом о арбитражи. Члан 5 став 1 Закона о арбитражи предвиђа да се арбитража може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда. Тако широке дефиниције не помажу много у смањењу броју дилема које могу настати приликом тумачења израза „имовински спор“ или „права којима странке слободно располажу“.⁶

У контексту овог рада посебно је интересантна одредница у Закону о арбитражи која наводи да се имају сматрати као неарбитрабилни они спорови за које постоји искључива надлежност суда. Наиме, према експлицитној одредби Закона о стечају,⁷ потраживања стечајних пове-

4 Проф. Станивуковић наводи члан 10 Закона о арбитражи уз тврдњу да споразум неће бити ништав већ само неважећи у делу у којем у надлежност арбитраже укључује неарбитрабилно питање. Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд, 2013, стр. 102.

5 Вид. уопштено о спровођењу арбитражног споразума и извршивости у контексту арбитрабилности у Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 4th edition, The Hague, 2013, стр. 145–149.

6 М. Станивуковић, *нав. дело*, стр. 108.

7 Вид. Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС; у даљем тексту и фуснотама: Закон о стечају), чл. 80, ст. 1.

рилица према стечајном дужнику могу се остварити искључиво у оквиру стечајног поступка. Додатно, како се након отварања стечаја сва питања колективног намерења поверилаца морају расправити пред стечајним судом (искључива надлежност),⁸ јасно је да уопштено посматрано ова питања не спадају у круг арбитрабилних питања која могу бити поверена арбитражи. Овакав закључак прати широко постављену дефиницију арбитрабилности из Закона о арбитражи, а у складу је са већинским ставом упоредне доктрине и праксе.⁹ Такође, овакво тумачење било би у складу и са начелом равноправности поверилаца, као једним од основних начела стечајног поступка,¹⁰ имајући у виду да се у оквиру арбитражног поступка никако не може постићи балансирано намерење свих поверилаца стечајног дужника.

Међутим, неопходно је направити јасну разлику између оних питања која се у оквиру стечајног поступка никада не могу расправљати пред арбитражом (која постају неарбитрабилна или су увек неарбитрабилна након отварања стечаја) и оних питања која се могу јавити као предмет арбитражног поступка и након што је стечајни поступак отпочео. Управо у овој разлици, како упоредноправно тако и код нас, треба тражити смернице за одређивање круга питања која могу бити паралелно предмет стечајног и арбитражног поступка, а да не дође до преклапања односно сукоба надлежности. Разликовање треба тражити како у суштинском, материјалноправном смислу (разликовање правих и неправих стечајних питања) тако и процесном (раздвајање надлежности за решавање повезаних спорова у вези са стечајним поступком о којима може одлучивати парнични суд).

2. Разликовање правих и неправих стечајних питања

Питања у вези са стечајним поступком, могу се поделити на права и неправу у односу на то да ли су у искључивој надлежности стечајног суда или нису. Питања у вези са стечајем која су у искључивој надлежности стечајног суда могу се назвати правим стечајним питањима (енгл. *“pure” bankruptcy issues*), док она које то нису могу бити означена као неправу стечајна питања.¹¹ Претходна подела је такође од значаја за разграничење арбитрабилних од неарбитрабилних ствари.

8 Вид. Закон о стечају, чл. 6 који прописује да „*до отварања стечајни послоушај сироводи суд до службеној дужности*“.

9 Вид. Vesna Lazić, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, The Hague, 1998, стр. 154–156; Fernando Mantilla Serrano, „International Arbitration and Insolvency Proceedings“, *Arbitration International*, Vol. 11, No. 1/1995, стр. 69.

10 Мирко Васиљевић, *Компанијско право, Право привредних друштва*, 8. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 557–558; F. Mantilla Serrano, *нав. дело*, стр. 70.

11 Вид. V. Lazić, *нав. дело*, стр. 156.

Да би се дао адекватан одговор на питање шта спада у искључиву надлежност стечајног суда морају се имати у виду циљ и начела стечајног поступка. Процесно стечајно право, у том смислу, не може се разматрати одвојено од његовог материјалног дела. Циљ стечаја је најповољније колективно намирење стечајних поверилаца. У контексту овог рада посебно је од значаја начело једнаког третмана поверилаца, за чије се означавање користи максима *par est conditio omnium creditorum*,¹² имајући у виду да је кључни аргумент против расправљања питања, у вези са стечајем, у арбитражном поступку (било поступка у току или тек отпочетог након отварања стечајног поступка или настављеног након прекида као последице његовог отварања) потенцијална неправноправност стечајних поверилаца (када је стечајни дужник тужена страна). Неправноправност се испољава у одступању од принципа атракције надлежности. Принцип једнаког третмана (равноправности) стечајних поверилаца има посебну важност будући да су у тренутку отварања стечајног поступка познати само поверилац који је поднео предлог за отварање стечајног поступка када је предлог поднет од стране повериоца (што не мора бити случај) и стечајни дужник, што значи да се, између осталог, не зна ни колико ће их бити, као ни колика су им потраживања.¹³ Од значаја за овај рад је и стечајно начело судског поступка под којим се подразумева споровођење стечаја искључиво у судском поступку (атракција надлежности стечајног суда).¹⁴

У стечајном поступку решавају се „имовинскоправни односи инсолвентног дужника“, али не и спорови о чињеницама (о висини и основу потраживања).¹⁵ Питање арбитрабилности добија посебно на тежини када се има у виду да је стечајно право на граници јавног и приватног права.¹⁶ На крају, није могуће ни сврсисходно утврдити коначну листу правих стечајних питања, о којима се не може расправљати у арбитражним поступцима, али је свакако могуће навести очигледне примере. Неки од њих су: отварање, вођење и закључење стечајног поступка, именовање стечајног уравника, питања у вези са реорганизацијом стечајног дужника и деобе стечајне масе.¹⁷ Неспорно је да питања која су

12 Ian F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law, National and International Approaches*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999, стр. 83. Више о стечајним начелима вид. у М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 557–558.

13 Вид. Гордана Илић-Попов, Небојша Јовановић, Јован Јовановић (уредници), *Приручник за стечајне управнике*, Агенција за лиценцирање стечајних управника, Intermex, Београд, 2006, стр. 145.

14 *Ibid.*, стр. 158.

15 *Ibid.*, стр. 185.

16 Вид. више у V. Lazić, *нав. дело*, стр. 11.

17 Вид. Закон о стечају, чл. 18. Вид. и V. Lazić, *нав. дело*, стр. 154.

у искључивој надлежности стечајног суда нису арбитрабилна. Међутим, то не значи аутоматски да су сва питања у вези са стечајем која нису у искључивој надлежности стечајног суда арбитрабилна. Питање основа и висине оспореног потраживања не спадају у надлежност стечајног суда, али су у вези са стечајем због чега Закон о стечају предвиђа упућивање на парницу ради утврђивања оспореног потраживања (не помињући упућивање на арбитражни поступак).

3. Подобност за расправљање одређених, повезаних питања из стечајног поступка у оквиру засебног арбитражног поступка

Процесна раздвојеност решавања одређених повезаних правних питања у оквиру стечајног поступка такође може послужити као основ за диференцирање арбитрабилних и неарбитрабилних ствари (услед постојања, односно непостојања искључиве надлежности стечајног суда). Наиме, као наставак претходне расправе о појму арбитрабилности и разликовања правих од неправих стечајних ствари, нужно је увести још једну, процесну одредницу која може помоћи у дефинисању подобности за расправљање одређених питања пред арбитражним већем.

Посматрајући разликовање које наводе страни аутори и решења у упоредном праву,¹⁸ постоји низ питања која се могу сматрати арбитрабилним у току стечајног поступка. Имајући у виду да стечајни суд, услед широког круга питања која мора решити у току поступка, одређена спорна питања мора да остави ван домашаја своје искључиве надлежности и повери их другом суду на решавање (најчешће у оквиру парничног поступка), може се претпоставити да тај круг питања уз постојање пуноважне арбитражне клаузуле може решавати арбитража.

Претпоставке и решења на којима се заснива Закон о стечају, посебно имајући у виду одредбе о надлежности, такође подржавају овакво тумачење у српском праву. Повезани спорови који се тичу висине и основа потраживања повериоца (у случајевима у којима је повериоцу оспорено пријављено потраживање), иако блиско везани за стечајни поступак нису резервисани за искључиву надлежност стечајног суда. Одредбе Закона о стечају пружају два основа за овакво тумачење – првенствено, поверилац чије је потраживање оспорено упућује се на парницу ради утврђивања оспореног потраживања,¹⁹ док је само спровођење стечајног поступка (не и утврђивање спорне висине и/или основа) поверено у искључиву надлежност стечајног суда.²⁰ У случајевима у којима је у

18 F. Mantilla Serrano, *нав. дело*, стр. 69–70.

19 Вид. Закон о стечају, чл. 117, ст. 1.

20 Вид. Закон о стечају, чл. 6, ст. 1.

питању основ који је у редовном току ствари арбитрабилан (спор око имовинских права којима странке могу слободно да располажу), при чему су поверилац и стечајни дужник пре отварања стечаја закључили пуноважан споразум о арбитражи или уговорили арбитражну клаузулу, Закон о стечају не прави препреку утврђивања основа и висине потраживања повериоца у оквиру арбитражног поступка.²¹

Чињеница да се по изричитом слову закона поверилац *ујућује* да своје потраживање докаже у одвојеном парничном поступку јасна је индикација да нема атракције надлежности код стечајног судије и да ова питања могу и треба да буду одлучена у посебном поступку.²² Додатно, ни за такав поступак у којем се висина и основ потраживања имају доказивати није предвиђена искључива надлежност парничног суда.²³ Имајући у виду да је данас арбитражно решавање спора општеприхваћена алтернатива парничном поступку, у ситуацијама у којима међу странкама на снази постоји валидан арбитражни споразум који обухвата потраживања која су оспорена у стечајном поступку, арбитрабилност не би требало да представља препреку за арбитражно веће да донесе одлуку о конкретном питању и утврди основ и висину повериоцевог потраживања.

Самим тим, што је у наведеном контексту и битније за самог повериоца, стечајни судија би требало да прихвати коначну арбитражну одлуку као основ за исправку коначне листе потраживања. Претходно је опавдано, имајући у виду да поверилац који докаже своје потраживање има право да тражи исправљање те листе,²⁴ без обзира на то што Закон о стечају не наводи експлицитно арбитражу као начин решавања питања оспореног потраживања.

21 Тако и М. Станивуковић, *нав. дело*, стр. 110.

22 Треба имати у виду да је питање арбитрабилности поступка за утврђивање висине потраживања и правног основа у одређеним законима земаља из региона уређено на изричит начин. Примера ради, у чл. 179 хрватског Стечајног закона предвиђено је да ако је у време отварања стечајног поступка већ покренут парнични поступак о потраживању пред судом или *арбитражом*, поступак ради утврђивања потраживања наставља се преузимањем спора, по предлогу повериоца чије је потраживање у стечајном поступку оспорено. Из претходног се може закључити да се о овим питањима може одлучивати и у арбитражном поступку. Вид. хрватски Стечајни закон (*Народне новине*, бр. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12 и 133/12), чл. 179.

23 Закон о стечају не предвиђа ни експлицитно нити имплицитно да се упућивање на парницу мора сматрати као нужно једини поступак у којем поверилац може утврдити основ сопственог потраживања. Претходно је посебно релевантно из перспективе извршивости арбитражне одлуке у редовном току ствари и чињенице да Закон о арбитражи у чл. 64, ст. 1 предвиђа да домаћа арбитражна одлука има снагу домаће правноснажне судске одлуке и извршава се у складу са одредбама закона који уређује извршни поступак.

24 Вид. Закон о стечају, чл. 116, ст. 7.

Наведено разликовање арбитрабилних од неарбитрабилних питања посебно би било целисходно применити када је између повериоца и стечајног дужника арбитражни поступак већ био у току у тренутку отварања стечаја (поводом потраживања које поверилац пријављује у стечајном поступку) и када се пред арбитражним већем о основу и висини потраживања већ расправљало. У тим ситуацијама начела економичности и ефикасности налажу да стечајни суд прихвати одлуку арбитраже (само као одлуку којом се утврђују висина и основ потраживања, не и захтев за исплату), за коју су већ предујмљени трошкови. С једне стране, арбитражно веће које је већ упознато са свим околностима случаја је у бољој позицији јер у краћем року и уз мање трошкове може да донесе одлуку о висини и основу потраживања, него парнични судија који би морао ући у меритум спора од самог почетка. При том, треба имати у виду да судија поступа истовремено у великом броју парничних поступака, за разлику од арбитражног већа које најчешће решава само један спор. Стога, брже одлучивање о основу и висини оспореног потраживања омогућава ефикаснију финализацију коначне листе утврђених потраживања у стечајном поступку. Произлази да арбитражни поступак треба сматрати не само поступком у којем странке могу да утврде спорни основ и/или износ потраживања (у потпуности у складу са законом), него и као помоћ поступајућем стечајном судији да поступак колективног намирења осталих поверилаца спроведе што ефикасније и правичније, уз заштиту свих необезбеђених поверилаца.

III Утицај отварања стечаја на арбитражне поступке у земљи и иностранству

Чињеница да је над једном од страна у арбитражном поступку дошло до отварања стечаја сасвим извесно представља одлучујући фактор у одређивању круга арбитрабилних и неарбитрабилних питања у поступку пред арбитражом. Идеја дефинисања оквирног круга питања која су у вези са стечајним поступком а која могу да буду предмет поступања арбитраже, има за циљ да понуди основ разграничења и препоруку за поступање како националних стечајних судова тако и арбитража са седиштем у Републици Србији. Међутим, увођењем основа за одвајање арбитрабилних од неарбитрабилних ствари нису решена сва питања која се тичу интеракције стечаја и арбитраже.

Процесне последице покретања стечајног поступка на арбитражни поступак који је у току нису изричито предвиђене ни унутрашњим законима ни ратификованим међународним уговорима из арбитражног

права. Без обзира на то, не може се порећи да динамика тока поступка пред стечајним судом и арбитражним већем, када случај доводи до преплитања ових механизма, отвара неколико занимљивих процесних питања.

1. Процесне последице отварања стечаја на арбитражне поступке у земљи

У Закону о стечају предвиђена је обавеза прекида свих судских, пореских и управних поступака који се односе на имовину стечајног дужника, даном отварања стечајног поступка.²⁵ С те стране, несумњиво је да је интенција законодавца била да се поступци пред различитим државним органима Републике Србије од утицаја на износ стечајне масе, привремено прекину, са могућношћу да касније буду настављени. Процесна логика стечајног поступка подразумева обједињење исплате потраживања из стечајне масе пред стечајним судом, на начин којим се најбоље штите интереси поверилаца. У том смислу, сваки захтев за исплату који би се односио на имовину која улази у стечајну масу нужно би морао да буде одобрен од стране стечајног суда.

Неспорно је да спровођење наплате потраживања повериоцима из стечајне масе никако не може бити предмет арбитражног поступка, међутим остаје неразјашњено у светлу Закона о стечају на који начин отварање стечаја процесно утиче на ток арбитражног поступка. Услед процесног разликовања улога у арбитражном поступку, па самим тим и потенцијалних последица у стечајном поступку, разликоваћемо ситуацију у којој тужилац постаје стечајни дужник од случајева у којима се стечај отвара над привредним друштвом које је тужена страна у арбитражи.

а) Отварање стечаја над тужиоцем у арбитражном поступку

Уколико се поступак стечаја отвори над привредним друштвом које је тужилац у арбитражном поступку, сврисходно је прекинути поступак пред арбитражом до тренутка када стечајни управник не обавести надлежну арбитражу да преузима спор и да се поступак наставља.²⁶ Наиме, даном отварања стечаја престају сва заступничка и управљачка

25 Вид. Закон о стечају, чл. 88, ст. 1.

26 Овакав приступ у тумачењу произлази из аналогије са чл. 89 ст. 1 Закона о стечају којим је предвиђено да се поступак у којем се стечајни дужник налазио у улози тужиоца односно предлагача наставља тек онда када стечајни управник обавести суд пред којим се води поступак да је преузео поступак.

права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника и та права прелазе на стечајног управника.²⁷ Стога, процесна економија арбитражног поступка налаже да се поступак настави тек када стечајни управник о томе обавести арбитражно веће, а након упознавања са свим аспектима и детаљима спора.

Под претпоставком да стечајни управник савесно обавља своју функцију, одлука да се поступак настави заснивала би се не само на детаљној анализи свих околности случаја, већ и износа уложених трошкова, могућностима за успех у спору и последично увећање стечајне масе након окончања поступка. Одговорност је стечајног управника утолико већа јер је очување једнакости поверилаца као једног од основних начела од суштинске важности за адекватно спровођење стечајног поступка. Наравно, за очекивати је да и супротна страна у поступку као и арбитражно веће учествују у активној комуникацији са тужиоцем који је пао под стечај и у том смислу олакшају стечајном управнику да се упозна са спором како би у интересу обе стране поступак био окончан у што краћем року. Ефикасно решавање започетог арбитражног спора стога може представљати, уз све погодности које арбитража подразумева у поступку наплате потраживања и извршења одлуке, олакшање и помоћ у бољем и економичнијем спровођењу стечајног поступка када је у питању отварање стечаја над страном која се пред арбитражом јавља у својству тужиоца.

б) Отварање стечаја над туженом страном у арбитражном тужби

Проблеми који настају након отварања стечаја над страном која је у арбитражном поступку тужена у одређеном смислу се разликују од претходно објашњеног сценарија, иако Закон о стечају не предвиђа изричито никакве процесне последице ни у овом случају. Стојимо на становишту да би и у овој ситуацији на предлог једне од страна у арбитражи било целисходно прекинути поступак, у случају када се тужбени захтев односи на имовину стечајног дужника која улази у стечајну масу, имајући у виду да арбитража тренутком отварања стечајног поступка није више надлежна да донесе одлуку којом обавезује туженог (стечајног

27 Вид. Закон о стечају, чл. 74. Иако чл. 88 и 89 Закона о стечају није предвиђена процесна последица прекида и настављања арбитражног поступка, у случајевима у којима сва управљачка права прелазе на стечајног управника, без његове сагласности поступак пред арбитражом не би могао бити спроведен. С друге стране, у чл. 95 Стечајног закона Хрватске предвиђено је да стечајни управник преузима све парнице и *арбитражне тужбе* који су били у току у тренутку отварања стечаја а односе се на имовину која улази у стечајну масу.

дужника) на исплату потраживања.²⁸ Оваква одлука лежи искључиво у рукама стечајног судије.²⁹

Несумњиво је да отварањем стечајног поступка над туженом страном, тужилац у арбитражном поступку постаје фактички поверилац који своје потраживање мора пријавити у року који прописује закон како би уопште могао да остварује било какво право у оквиру стечајног поступка. С друге стране, чињеница је такође да одређена питања, и поред покретања стечајног поступка, настављају да буду арбитрабилна, па би било целисходно тумачити да прекид арбитражног поступка не треба да означава и фактичку обуставу истог. Наиме, као што је наведено у претходном делу овог рада, питање утврђивања основа и висине оспореног потраживања подобно је да буде решено и пред арбитражом, уколико између страна постоји валидан арбитражни споразум. Штавише, било би целисходно и економично упутити стечајног повериоца, чије је потраживање оспорено, да свој захтев остварује у оквиру већ започетог а прекинутог арбитражног поступка. Претходно због тога што је арбитражно веће не само добро упознато са меритумом спора чији су трошкови предујмљени, већ и због чињенице да арбитражно веће није претрпано другим поступцима који могу да успоре доношење одлуке о оспореном потраживању.

Разлика коју је нужно направити из чисто процесних разлога лежи у природи захтева коју тужилац (стечајни поверилац) поставља пред арбитражно веће. Наиме, уместо раније обавезујућег захтева за исплату (против туженог који је пао под стечај), тужилац има интерес да настави поступак пред арбитражом са захтевом да се одлука арбитраже односи искључиво на основ и висину потраживања. На овај начин, спорно питање би било очувано као арбитрабилно, искористила би се предност арбитражног решавања спора у смислу ефикасности и економичности а стечајни судија не би погоршао позицију тужиоца (стечајног повериоца) који је претходно уложио значајан труд и средства у вођење арбитражног поступка.

28 У скорашњој делимичној одлуци арбитражног већа Међународне трговинске коморе из Париза чије је седиште било у Београду, арбитража је одлучила да не прекине поступак иако је над туженим привредним друштвом са седиштем у Београду отворен стечај. Поред врло јасног навођења Закона о стечају који такву обавезу не предвиђа када су у случају арбитражни поступци, арбитражно веће је посебну пажњу обратило на чињеницу да се конкретан захтев тужиоца не односи на непокретну имовину која је улазила у оквир стечајне масе. Самим тим, арбитражно веће је на врло вешт начин успело да очува интегритет арбитражног поступка и процесно настави са одлучивањем о постављеном тужбеном захтеву ослањајући се, с једне стране, на изричит текст Закона о стечају, а с друге стране на чињеницу да имовина која је предмет тужбеног захтева, заправо, не улази у оквир стечајне масе. Вид. делимичну одлуку арбитраже *ICC award no. 18317/GZ/MHM* (необјављено).

29 Вид. Закон о стечају, чл. 6.

2. Последице отварања стечаја на поступке који се воде у иностранству

Отварање стечајног поступка над привредним друштвом са седиштем у Србији, а које је једна од страна у арбитражном поступку од пресудног је утицаја не само за поступке који се одвијају пред арбитражама са седиштем у Србији већ и иностранству. Проблем који настаје за арбитражно веће своди се на чињеницу да ни у оваквој ситуацији, Закон о стечају не пружа јасна упутства нити процесне механизме које арбитража може да примени. Иако остајемо при томе да би прекид поступка био доследно поступање и у овом случају, проблем примене одредаба Закона о стечају у оквиру арбитражног поступка у иностранству остаје отворено питање.

Несумњиво је да би суд одбио признање стране арбитражне одлуке чије би извршење морало бити спроведено на имовини стечајног дужника.³⁰ Међутим, спорно је на који начин арбитража, чије се седиште налази у иностранству, одлучује о вођењу поступка након што је једна од страна пала под стечај. У том случају, замисливо је да тужилац, и након што тужена страна падне под стечај, има интерес да настави са поступком и добије арбитражну одлуку како би покушао извршење на имовини стечајног дужника која се не налази ван територије Републике Србије.

Закон о стечају дефинише стечајну масу као целокупну имовину стечајног дужника у земљи и иностранству на дан отварања стечајног поступка, као и имовину коју стечајни дужник стекне током стечајног поступка.³¹ Ефекат стечаја, међутим, у прекограничном смислу, изгледа да остаје без много практичних ефеката. Све и када би Закон о стечају предвиђао прекид поступка пред арбитражом, може се поставити легитимно питање да ли постоји обавеза арбитраже чије се седиште налази у иностранству да аутоматски прекине поступак.³²

30 Претходно је јасно у контексту изнете расправе о неарбитрабилности питања која се налазе у искључивој надлежности судова Републике Србије. Суд ће одбити признање стране арбитражне одлуке услед тога што је арбитража одлучивала о предмету спора који није арбитрабилан у складу са чл. 66 Закона о арбитражи.

31 Вид. Закон о стечају, чл. 101.

32 Чак и у случајевима преговарања и писања члана 20 УНЦИТРАЛ Модел закона о прекограничном стечају (*UNCITRAL Model Law On Cross-Border Insolvency*), напомиње се да је питање аутоматског прекида које предвиђа национални закон о стечају питање које не мора нужно да производи последице за арбитражне поступке који се воде у иностранству и чији *lex arbitri* може предвиђати другачија правила о интеракцији између покренутог стечајног поступка и арбитраже. Вид. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency*, New York, 2005, стр. 84–86.

С тим у вези, остаје неразјашњено на који начин би одредбе о међународном стечају имале ефекта, уколико би се поступак стечаја који се води пред надлежним судом у Србији покушао признати у иностранству. Без обзира што суд или стечајни управник могу затражити помоћ у страни држави у вези са стечајним поступком који се у Републици Србији води у складу са одредбама Закона о стечају,³³ ефекат који би страно право дало оваквом захтеву у највећој мери зависи од става меродавног права земље у којој се тражи помоћ. Самим тим, остаје као неразјашњен процесни несклад у ефектима стечаја који је отворен над привредним друштвом у Србији на арбитражне поступке у којима то лице учествује у иностранству и могућностима за извршење таквих арбитражних одлука над имовином стечајног дужника која се налази у иностранству. Како ово питање суштински више дотиче материју признања и извршења страних арбитражних одлука у трећим земљама када је арбитража наставила да одлучује и поред отвореног стечајног поступка, аутори свесно остављају ову материју ван граница питања која су у фокусу овог рада.

IV Завршна разматрања

Отварање стечајног поступка, врло симболично, отвара и низ процесних и материјалних правних питања када је стечајем погођено привредно друштво које је означено као страна у арбитражном поступку. На основу претходне анализе намеће се следећи закључак: арбитрабилност и процесне последице отварања стечаја основна су питања без којих се не може сагледати однос стечаја и арбитраже.

Извесно је да позитивно право Републике Србије не даје директна решења. Међутим, пажљивом анализом Закона о стечају и Закона о арбитражи, посебно имајући у виду упоредну праксу и доктрину, могуће је пронаћи путоказе за поступање уз очување основних начела стечајног и арбитражног поступка.

На првом месту, неарбитрабилност није санкција која погађа сва правна питања која су у било каквој вези са потраживањима према стечајном дужнику, већ само она за која је резервисана искључива надлежност стечајног суда. Целисходност и економичност налажу да стечајни суд, и поред атракције надлежности, одређена питања као што су висина и основ оспореног потраживања стечајног повериоца поверава парничном суду. Мишљења смо да у оваквим ситуацијама повериоцу треба дозволити да висину и основ потраживања доказује у оквиру арбитражног поступка који отпочео пре отварања стечаја, те да би се ова-

33 Вид. Закон о стечају, чл. 174.

какав утврђујући захтев у арбитражи имао сматрати арбитрабилним. Претходно тумачење било би у складу не само са духом Закона о арбитражи и Закона о стечају, већ и постојећом праксом судова и арбитража у Европи. Домаћа судска пракса тек треба да укаже на правац у којем ће се интерпретација релевантних одредби Закона о стечају кретати.

Такође, иако Закон о стечају не предвиђа процесне последице отварања стечаја на арбитражни поступак који је у току, било би сврсисходно тумачити да се правило о прекиду судских поступака у којима се стечајни дужник јавља у улози тужиоца или туженог аналогно примењује и на ову ситуацију. Аналогна примена правила о прекиду посебно је оправдана када се стечај отвара над привредним друштвом које је у арбитражи означено као тужилац. У том смислу, стечајном управнику треба дати прилику да се у разумном времену упозна са поступцима који су у току и одабере оне у којима има смисла настављати даље процесне радње. Ти поступци сасвим сигурно могу и треба да обухватају било који арбитражни поступак који је у тренутку отварања стечаја био започет. На арбитражном већу је да се уз проактиван приступ прилагоди специфичностима случаја, водећи рачуна о интересима обе стране и интегритету арбитражног поступка, док стечајни управник треба да процени да ли треба наставити поступак пред арбитражом и да ли постоји могућност да стечајна маса након завршетка поступка буде увећана.

На крају, стечајни судија би требао да допусти вођење арбитражног поступка за утврђивање висине и основа потраживања које је оспорено стечајном повериоцу (тужиоцу у арбитражи) након уредног пријављивања. Самим тим према природи ствари било би очекивано да стечајни суд прихвати одлуку арбитражног већа којом су утврђени основ и тачан износ потраживања. Разлози за претходно тумачење ослањају се како на ефикасност у поступању (када је арбитража почела са одлучивањем пре отварања стечаја), тако и на правну природу домаће арбитражне одлуке која је у свему изједначена са правноснажном и извршном пресудом суда. Ако се, при том, узме у обзир једностепеност арбитраже, као и чињеница да незадовољна страна може тражити поништај по доношењу арбитражне одлуке из веома ограниченог броја разлога, извесно је да ће утврђивање оспореног износа и основа потраживања стечајног повериоца бити решено ефикасније, брже и целовитије ван оквира редовног парничног поступка.

Uroš ŽIVKOVIĆ, M.A.

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

Jelena LEPETIĆ, M.A.

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

EFFECTS OF BANKRUPTCY UPON ARBITRAL PROCEEDINGS IN THE SERBIAN LAW

Summary

Opening of bankruptcy proceedings over one of the parties to the pending arbitration opens up numerous practical problems that remain unresolved within the current framework of Serbian legislation. Bearing in mind that key procedural aspects of the possible interaction between these diverging proceedings are not explicitly covered by the applicable statutes, the existing international and comparative practice as well as doctrinal writings on the topic have shaped the motivation of the authors to address selected issues in this troublesome relationship between the bankruptcy and arbitration from the standpoint of Serbian law. The analysis of the issues covered – from the perspective of applicable Serbian Bankruptcy and Arbitration Acts – includes delineation of the notion of arbitrability, possibilities of parallel bankruptcy and arbitration proceedings and procedural gaps that may appear or already exist in the context of insolvent party acting as either a claimant or respondent in arbitration. The paper concludes with summarization of vital problems and their precise identification while addressing possible solutions that would be in line with the applicable laws in the Republic of Serbia.

Key words: *bankruptcy proceedings, arbitration, arbitrability, stay of proceedings.*

Милош РАДОВАНОВИЋ
Правни саветник у „MARFIN BANK“ а.д. Београд

ОПШТЕ ПРАВИЛО О ДОЗВОЉЕНОСТИ ПРАВНОГ ЛЕКА ПРОТИВ РЕШЕЊА У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Резиме

Извршно процесно право Републике Србије реформисано је доношењем Закона о извршењу и обезбеђењу („Службени гласник РС“, бр. 31/11, 99/11 и 109/13) (у даљем тексту: ЗИО). Овај закон, између осталог, реформисао је и систем правних лекова у извршном поступку. Одредбом члана 39 став 2 ЗИО прописано је да се правни лек (привод) против решења донетој у извршном поступку може изјавити само када је по овим законом изричито дозвољено. Дакле, ова одредба представља, као опште правило, да правни лек против решења у извршном поступку није дозвољен. Аутор ће у овом раду покушати да докаже, да без обзира на ову одредбу, у извршном поступку важи опште правило да је правни лек против решења у извршном поступку дозвољен. Пре него што се упусти у доказивање ове хипотезе, аутор ће указати да је по ранијем домаћем праву важило опште правило о дозвољености правног лека у извршном поступку, као и да такво опште правило важи у сродним правним системима. Аутор ће такође, са вредносној ставовима, изнети разлоге збој којих сматра да правни лек против решења у извршном поступку треба да буде дозвољен, осим у изузетним случајевима када је друкчије законом прописано. На крају овој рада биће приказани ставови домаће судске и уставно-судске праксе који потврђују ауторову хипотезу.

Кључне речи: извршење и обезбеђење, извршни поступак, право на правно средство, привод у извршном поступку.

I Увод

Грађанско процесно право јесте део амбијента у коме привредни субјекти обављају делатност. Грађанско процесно право Републике Србије претрпело је више реформи. Ове реформе су, као један од циљева, имале стварање повољнијег привредног амбијента. Измењене су одредбе којима је уређена организација, надлежност, унутрашње уређење, седишта и подручја судова – дакле организационо грађанско процесно право. Такође, реформисане су и норме грађанског поступка – парничног, али и извршног.

„Извршни поступак, као и парнични – служи успостављању нарушеног правног поретка у области субјективних права.“¹ „Извршни поступак већ неколико деценија представља најслабију карику у процесу заштите субјективних грађанских права.“² Важеће одредбе члана 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Европска конвенција), којом је зајемчено право на правично суђење, протеже се у грађанскоправним случајевима и на фазу извршног поступка.³ Велики број представки, које су грађани Србије поднели Европском суду за људска права (у даљем тексту: *ЕСЧР*) сведочи и о извесним системским проблемима, као што су проблем суђења у разумном року и проблем неизвршења правноснажних судских одлука.⁴

Законодавац је, у циљу отклањања наведених системских недостатака, почев од 2000. године у више наврата вршио реформе домаћег извршног процесног права. Последња реформа извршног процесног права Републике Србије учињена је доношењем Закона о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/11, 99/11 и 109/13; у даљем тексту: *ЗИО*). Циљ овог закона је „да се оствари бржи поступак принудног извршења и обезбеђења потраживања и спречи његово беспотребно одуговлачење. Закашњење не може бити такво да угрожава суштину права заштићеног чланом 6 став 1 Европске конвенције.“⁵

1 Милан Миловић, „Закон о извршном поступку – осврт на неке од битних новина“, *Правни информатор*, бр. 2/2005, стр. 38.

2 Никола Бодирога, „Извршни поступак за наплату потраживања по основу извршених комуналних и сличних услуга“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2012, стр. 209.

3 Драгољуб Поповић, *Евројско право људских права*, Београд 2012, стр. 249.

4 Славољуб Царић, „Стање у предметима које Република Србија има пред Европским судом за људска права – упоредна статистичка анализа“, *Сирани правни живои*, бр. 1/2011, стр. 100.

5 Боровоје Живковић, „Закон о извршењу и обезбеђењу нова законска решења у сусрет убрзања поступка извршења и обезбеђења“, *Правни информатор*, бр. 7–8/2011, стр. 3.

Законодавац је проценио да је, ради остварења циља ЗИО, потребно да случајеви у којима се у извршном поступку може изјавити правни лек, буду ређи него по раније важећем праву. Због тога је одредбом члана 39 став 2 ЗИО прописао да се против решења суда може изјавити приговор, само када је овим законом прописано да је приговор дозвољен. Дакле, уведено је опште правило да правни лек против решења у извршном поступку није дозвољен.

У овом раду биће приказана законска решења из неколико иностраних права, као и раније важеће домаће право, по коме је правни лек у поступку извршења дозвољен, осим у изузетним случајевима. Након тога, биће изнети вредносни разлози због којих би *de lege ferenda* требало прихватити опште правило да је правни лек против аката суда (и приватног извршитеља) дозвољен. После кратког приказа упоредноправних решења и вредносне оцене одредбе члана 39 став 2 ЗИО, аутор ће, правно догматским методом покушати да докаже да важи опште правило, по коме је приговор против решења у извршном поступку дозвољен, без обзира на наведену одредбу ЗИО. На крају рада биће изложени становишта судске праксе, али и Уставног суда, који се поклапају са ставовима које аутор у овом раду заступа.

II Раније важеће домаће право

„У 19. веку грађанске судске одлуке у Србији је извршавала полиција. Судско извршење је последица рецепције решења из аустријског права (*Exekutionsordnung* из 1986. године). Законом о извршењу и обезбеђењу из 1930. године први пут је извршена кодификација извршног процесног права на нашим просторима. Тада је устројен, за те прилике, један модеран систем судског извршења.“⁶

Према Закону о извршењу и обезбеђењу из 1930. године „судске одлуке у самом извршном поступку доносе се закључком. Против ових закључака допуштен је рекурс, осим у оним случајевима, у којима закон изричито искључује уопште сваки правни лек или не допушта засебни правни лек. Рок за рекурс износи 8 дана ... Рекурс не зауставља провођење побијаног закључка осим у случајевима нарочито поменутих у закону“.⁷

„Након Другог светског рата (1946. године), када је сачињен правни дисконтинуитет у односу на ранији период стављени су ван

6 Н. Бодирога, „Вансудско извршење на основу Закона о хипотеци“, *Правни животи*, бр. 12/2010, стр. 85.

7 Дионис Година, *Приручник новога Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд, 1930, стр. 60–61.

снаге бројни прописи па и Закон о извршењу и обезбеђењу из 1930. године. Све до 1978. године судови су користили тзв. правна правила која су се углавном ослањала на основна начела из Закона о извршењу и обезбеђењу из 1930. године.⁸ Године 1978. донет је Закон о извршном поступку (*Службени лист СФРЈ*, број 20/78; у даљем тексту: ЗИП 1978). Правни лекови у извршном поступку били су уређени чланом 8 ЗИП 1978. Одредбом става 1 овог члана било је прописано да се против решења донесеног у првом степену може изјавити жалба, осим ако је овим законом друкчије одређено. Против решења о извршењу дужник је, према ставу 2 овог члана, могао изјавити приговор. Одредбом става 4 члана 8 ЗИП 1978. било је прописано да се против решења донетог по приговору може изјавити жалба. Дакле, одредбама ЗИО 1978. било је утврђено опште правило да се решење извршног суда може побијати правним леком (жалбом или приговором). Треба напоменути да жалба и приговор, према одредби члана 8 став 5 ЗИП 1978, нису имали суспензивно дејство, осим кад је другачије прописано тим законом.

„Искуства у практичној примени ЗИП 1978. у току две деценије од његовог ступања на снагу указивала су да нека решења од нарочите важности за брзо и ефикасно одвијање извршног поступка треба мењати. Ово се првенствено односи на сложен систем правних лекова и правних средстава у извршном поступку и њихово дејство ... По ЗИП 1978. поред редовних правних лекова – приговора на решење о извршењу и жалбе (која се могла уложити другостепеном суду на решење првостепеног суда донесено у првом степену) у спровођењу извршења, постојала су и бројна правна средства у извршном поступку чије је коришћење од стране дужника, а често и злоупотреба, доводило до неоправдано дугог трајања извршног поступка. Иако жалба и приговор нису одлагали извршење решења, због бројних изузетака од тог правила и то нарочито у фази спровођења извршења, извршни поступак није био ефикасан и повериоци су отежано остваривали своја права. Ово нарочито ако се има у виду да се спровођење извршења по већини средстава извршења (продајом покретних ствари, продајом непокретности, преносом потраживања на дужника и слично) одвијало у више фаза у којима је првостепени суд доносио решење на које се могла уложити жалба другостепеном суду, а следећој фази поступка се није могло приступити пре правноснажности тог решења.“⁹

8 Небојша Шаркић, Милош Милошевић, „Анализа ефеката Закона о извршењу и обезбеђењу и система извршења и обезбеђења“, *Правни информатор*, бр. 1/2014, стр. 12.

9 М. Миловић, „Нови Закон о извршном поступку“, *Правни информатор*, бр. 7–8/2000, стр. 3–4.

Закон о извршном поступку (*Службени лист СРЈ*, број 28/2000; у даљем тексту: ЗИП 2000) ступио је на снагу 8. јула 2000. године. Тада је престао да важи ЗИП 1978. „Законом из две хиљаде године извршена је темељна реформа извршног поступка и многобројним новим решењима неспорно отклоњена презаштићеност дужника и неефикасност у принудном извршењу потраживања повериоца утврђеног извршном исправом, као главне мањкавости ранијег закона. Међутим, тим законом укинута су неки правни институти који имају своје оправдање у извршном поступку, као нпр. уставно право на жалбу или друго правно средство.“¹⁰ Законом из 2000. године учињен је заправо покушај да се поступак убрза изменом система правних лекова. Нажалост тај закон је изневерио очекивања стручне јавности јер је радикализовао одредбе извршног права и смањио основна – темељна права извршног дужника.¹¹ „Законодавац је пошао од погрешне премисе да се проблем ликвидности привреде може решити бржим извршењем, а заправо је дошло до конфузије узрока и последице.“¹²

Стручна јавност оценила је да је ЗИП 2000. неоправдано рестриктивно поставио систем правних лекова у извршном поступку. Међутим, тај закон је, као опште правило, задржао правило да је правни лек (приговор) против решења у извршном поступку дозвољен. Наиме, одредбом члана 8 став 1 ЗИО 2000. било је прописано да се против решења донетог у првом степену може изјавити приговор, осим ако у том закону није одређено да приговор није дозвољен.

Дана 22. фебруара 2005. године ступио је на снагу Закон о извршном поступку (*Службени лист РС*, број 125/04 у даљем тексту; ЗИП 2004). Ступањем на снагу ЗИП 2004. престао је да важи ЗИП 2000. ЗИП 2004. вратио је жалбу као редовно правно средство које се може изјавити против одлука у извршном поступку. „Жалба као деволутиван правни лек сада је по правилу увек у употреби против решења донетог у првом степену, осим *ex lege* изузетака. О томе се изјаснила одредба члана 12 ЗИП 2004. чији је наслов: Правни лекови.“¹³ Према наведеном члану ЗИП 2004. против решења донетог у првом степену могла се изјавити жалба, осим ако је тим законом прописано да жалба није дозвољена. Приговор се могао изјавити против решења о извршењу донетог на основу веродостојне исправе, против решења о упису у књигу

10 М. Миловић „Закон о извршном поступку – осврт на неке од битних новина“, *Правни информатор*, бр. 2/2005, стр. 38.

11 Н. Шаркић, М. Милошевић, *нав. чланак*, стр. 12.

12 Н. Бодирога, „Вансудско извршење на основу Закона о хипотеци“, стр. 86.

13 Б. Живковић, „Правни лекови у извршном поступку“, *Правни информатор*, бр. 4/2005, стр. 17.

извршних дужника и решења о извршењу донетог у скраћеном поступку (реч је о решењу о извршењу које се доносило на основу посебно квалификованих веродостојних исправа).

ЗИП 2004. био је на снази до 17. септембра 2011. године, када су почеле да се примењују одредбе ЗИО (осим одредаба које се односе на приватне извршитеље, а које се примењују од 17. маја 2012. године). „Нови закон се поново враћа на позиције ЗИП 2000, преузимајући, у основи, истоветна решења о правним лековима у поступку извршења ... приговор је једини правни лек у поступку извршења ... Новост је правило да је приговор против решења извршног суда дозвољен само онда када је то изричито прописано законом.“¹⁴ Наиме, чланом 39 ЗИО одређен је правни лек који се може изјавити у извршном поступку. Одредбом става 2 овог члана прописано је да се против решења суда може изјавити приговор, само када је овим законом прописано да је приговор дозвољен. Дакле, „правни лек у поменутом поступку је искључиво приговор, који је дозвољен само у одређеним случајевима предвиђеним у закону“.¹⁵

Овакво законско решење у домаћем праву, све до доношења ЗИО, никада није постојало. ЗИО је, по броју случајева у којима се правни лек може изјавити и условима за изјављивање правног лека, рестриктивнији чак и од ЗИП 2000. „Може се закључити да је потреба за ефикасношћу поступка превагнула у односу на потребу заштите одређених права странака.“¹⁶

III Сродни правни системи

Одредба члана 39 став 2 ЗИО одступа од домаће правне традиције, али и од законских решења која су на снази у многим сродним правним системима. Наиме, правило да је правни лек против решења у извршном поступку дозвољен, осим ако је законом изричито другачије одређено, широко је распрострањено у упоредном праву.

У Немачкој важи опште правило да је правни лек против одлука у извршном поступку дозвољен. Одредба члана 793 немачког Законика о грађанском поступку (*Zivilprozessordnung*) (донет 1950. године, последња измена и допуна из 2013. године) прописује да је против од-

14 Зоран Танасковић, „Закон о извршењу и обезбеђењу, где је узрок судске неефикасности“, *Правни информатор*, бр. 10/2011, стр. 42.

15 Борислав Чолић, „Нови Закон о извршењу и обезбеђењу и начела Устава Републике Србије“, *Правни информатор*, бр. 5/2012, стр. 34.

16 Небојша Шаркић, Младен Николић, „Извршење у привредним стварима“, у: Драгиша Слијепчевић (ур.), *Привредна груштива у свейлу актиуелних измена закона*, Београд, 2012, стр. 171.

лука (*Entscheidungen*) које се доносе у извршном поступку без усмене расправе, правни лек (*Beschwerde*) одмах дозвољен.

Према праву Републике Словачке, у судском извршном поступку допуштен је правни лек, осим у случајевима када је изричито прописано другачије. Део шести важећег Законика о грађанском поступку Републике Словачке (донет 1963. године од стране Народне скупштине Републике Чехословачке, последња измена 2001. године) уређује судски извршни поступак. Према словачком праву (члан 251 Законика о грађанском поступку), у случају да дужник добровољно не испуни обавезу утврђену извршном исправом, поверилац може да изабере да ли ће покренути судски извршни поступак или поступак принудног извршења по посебном закону – тј. по прописима о извршитељима. Одредба члана 254 став 1 Законика о грађанском поступку Републике Словачке предвиђа да се у судском извршном поступку примењују одредбе претходних делова тог закона, осим ако је делом шестим другачије прописано. Овом одредбом прописано је и да се одлуке у судском извршном поступку доносе у форми решења. Одредбама ст. 2 и 3 члана 202 наведеног законика предвиђени су случајеви у којима се не може изјавити жалба против решења. Према ставу 2 овог члана жалба против решења донетог по посебним прописима, који уређују поступак пред извршитељима и поступак ради наплате потраживања суда, није дозвољена осим ако ти посебни прописи предвиђају другачије. Одредба става 3 члана 202 словачког Законика о грађанском поступку по систему *numerus clausus* предвиђа 16 случајева у којима није дозвољена жалба против решења (између осталог: против решења којим се управља поступком, против решења којим се поднесак враћа на исправку и сл.). Из наведених одредаба произилази да у словачком праву важи опште правило да је жалба против решења, донетог у судском извршном поступку ради намирења потраживања субјеката приватног права, дозвољена.

У хрватском праву важи опште правило да је правни лек против решења у извршном поступку дозвољен. Наиме, одредба члана 11 став 1 важећег Овршног закона Републике Хрватске (*Народне новине*, бр. 112/12 и 25/13) прописује да се „против рјешења донесенога у првом ступњу може изјавити жалба, ако овим законом није друкчије одређено“.

Одредбом члана 12 став 1 Закона о извршном поступку Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10 и 57/12) прописано је: „редовни правни лекови у извршном поступку су приговор и жалба, осим ако овим законом нису искључени.“ Према ставу 2 овог члана против решења донесеног у првом степену може се изјавити приговор, а жалба када је то овим законом одређено.

Право Федерације Босне и Херцеговине такође је задржало опште правило по коме је дозвољен правни лек против решења донетог у поступку извршења. Чланом 12 Закона о извршном поступку Федерације Босне и Херцеговине (*Службене новине Федерације БиХ*, бр. 32/03, 52/03, 33/06, 39/09 и 35/12) одређено је да су правни лекови у извршном поступку приговор и жалба. Одредбом става 2 овог члана прописано је да се против решења донесеног у првом степену може изјавити приговор, а жалба када је то овим законом одређено.

Закон о извршењу и обезбеђењу Републике Црне Горе (*Службени лист ЦГ*, бр. 36/11; у даљем тексту: ЗИО ЦГ) на другачији начин уређује могућност изјављивања правног лека против решења у извршном поступку. Правни лек у поступку извршењам, по црногорском праву, јесте приговор. Чланом 8 ЗИО ЦГ прописано је да против закључка приговор није дозвољен (став 2), а да се против решења у поступку извршења и обезбеђења може изјавити приговор у складу са овим законом (став 1).

Одредбом члана 47 став 1 ЗИО ЦГ изричито је прописано да се против решења о извршењу и решења о одбацивању предлога за извршење, односно одбијању предлога за извршење, може изјавити приговор у року од пет дана. Одредбама ЗИО ЦГ предвиђени су изричито још неки случајеви у којима се може изјавити приговор. Нпр. одредбом члана 73 став 4 тог закона прописано је да се против решења по предлогу за одлагање извршења може изјавити приговор. Такође, постоје и одређени случајеви када ЗИО ЦГ изричито не предвиђа да се може изјавити приговор, али уређује поступак по приговору. Тако на пример суд решењем одлучује о захтеву за отклањање неправилности поднетом против закључка о предаји непокретности. ЗИО ЦГ није изричито предвидео да се против тог судског решења може изјавити приговор. Међутим, тај закон је одредбом члана 181 став 4 прописао да приговор против тог решења не одлаже извршење.

Црногорски закон је пропустио да се на општи начин одреди о могућности изјављивања приговора против решења донетог у извршном поступку. ЗИО ЦГ изричито не прихвата опште правило да је правни лек против решења у извршном поступку дозвољен, за разлику од закона који важе на територији Хрватске и Босне и Херцеговине. Међутим, ЗИО ЦГ не утврђује правило да је приговор против решења у извршном поступку забрањен (осим ако је другачије изричито прописано), као што то чини ЗИО Републике Србије. Стога се може рећи да је законско решење које важи у Црној Гори негде између решења које постоји у Србији и решења које прихватају хрватски Овршни закон и закони

о извршном поступку, који важе на територији бивше Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине.

ЗИО ЦГ, као и наведени закони који важе на територији бивше Југославије, прописује да се у поступку извршења сходно примењују одредбе закона који уређује парнични поступак.¹⁷ Одредба члана 393 став 1 Закона о парничном поступку Републике Црне Горе (*Службени лист ЦГ*, бр. 22/04, 28/05 и 76/06) прописује да је против решења првостепеног суда дозвољена жалба, ако у закону није одређено да жалба није дозвољена. ЗИО ЦГ не прописује опште правило да правни лек против решења у извршном поступку није дозвољен. Стога се по праву Републике Црне Горе, сходном применом црногорског Закона о парничном поступку, може изјавити правни лек против решења извршног суда.

Право Републике Србије, по начину на који одредба члана 39 став 2 ЗИО ограничава могућност изјављивања правног лека у извршном поступку, одступа од законских решења прихваћених у сродним правним системима.

IV Вредносна оцена одредбе члана 39 став 2 ЗИО

„У извршном поступку леме се два интереса: први, да се поверилац у потпуности и ефикасно намири, и други, да се дужник заштити од економске руине. Стога, у поступку извршења требало би да важи принцип пропорционалности.“¹⁸

Вредност која се у извршном поступку (скоро увек) штити јесте имовинско право повериоца утврђено извршном исправом. „Пропуст државе да изврши правноснажне пресуде подносиоца представки представља мешање у њихово право на мирно уживање имовине, како је предвиђено првом реченицом става 1 члана 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију.“¹⁹ „Држава има обавезу да организује систем извршења пресуда који је делотворан на нивоу права и у пракси, те да обезбеди њихово извршење без непотребног одлагања.“²⁰

17 Видети: члан 14 ЗИО ЦГ; члан 10 ЗИО; члан 21 став 1 Овршног закона Републике Хрватске; члан 21 став 2 Закона о извршном поступку Федерације Босне и Херцеговине; члан 21 став 1 Закона о извршном поступку Републике Српске.

18 Александар Јакшић, *Грађанско њроцесно њраво*, 5. издање, Београд, 2010, стр. 798.

19 Качапор и други против Србије пресуда ЕСНР од 15. јануара 2008. године (§ 119), представке бр. 2269/06, 3041/06, 3043/06, 3045/06 и 3046/06, доступно на адреси: http://www.zastupnik.mpravde.gov.rs/images/kacapor%20p_2269-6_eng.pdf, 26.1.2008.

20 Мужевић против Хрватске, пресуда ЕСНР од 16. новембра 2006. године (§ 83), представка бр. 39299/02, доступно на адреси: www.vlada.hr/hr/content/download/223201/3277632/file/MUZEVIC.pdf, 26.2.2014.

Циљ извршног поступка је да омогући извршном повериоцу да принудним путем у разумном року наплати своје потраживање. Стога је нужно да поступак извршења буде неповољан за дужника. Међутим, ограничења права дужника у извршном поступку биће оправдана само ако су сразмерна циљу извршног поступка. Легитимитет тражи да поступак извршења, у мери у којој циљ тог поступка дозвољава, за дужника буде што мање неповољан.

Сматрамо да органичење права на правно средство, које намеће одредба члана 39 став 2 ЗИО, није сразмерна циљу извршног поступка. Штавише, у неким случајевима то органичење уопште ни не служи остварењу циља извршног поступка.

„Сви који се баве извршним правом знају да поступак одлучивања по правном леку не утиче битније на дужину трајања поступка.“²¹ До одуговлачења у извршном поступку најчешће долази у фази спровођења извршења. Одлуке којима се налаже предузимање појединих извршних радњи и управља извршним поступком, према одредби члана 36 став 3 ЗИО, јесу закључци. Приликом спровођења извршења (по правилу) не доносе се решења. У поступку спровођења извршења одлуке се доносе у форми закључка. Стога одредба, која прописује опште правило да није дозвољен правни лек против решења у извршном поступку, не може знатно убрзати спровођење извршења.

Међутим, дословна примена предметне одредбе може довести до веома тешких повреда права извршног дужника. Наводимо следеће примере: извршни дужник (ако би се спорна одредба ригидно применила) не би имао право да изјави правни лек против решења првостепеног судије појединца којим се одбацује приговор против решења о извршењу. Такође, извршни дужник не би имао право на правни лек против решења којим се одбија предлог за враћање у пређашње стање поднет на основу одредбе члана 30 став 2 ЗИО.

Одредба члана 39 став 2 ЗИО спречава да се отклоне последице арбитрерног решавања извршног судије појединца. То угрожава и права повериоца, а не само извршног дужника. Према наведеној одредби, против решења о обустави поступка не би се могао изјавити правни лек „јер ту могућност, код одредбе о обустави извршења законодавац једноставно није прописао. То даље теоријски, али нажалост и практично значи да суд може у сваком тренутку обуставити извршни поступак. Да ли је то урадио намерно, ненамерно из незнања, корумпираности или напросто из личне грешке, потпуно је неважно за извршног повериоца. Он нема правних механизма да се на било који начин бори против овако донете одлуке. То практично значи да се извршни поступак од стране суда може обуставити у сваком тренутку, а да не постоји никакав меха-

21 Н. Шаркић, М. Милошевић, *нав. чланак*, стр. 12.

низам (ни редовних ни ванредних правних лекова) да се оваква судска одлука исправи или да се неправилност отклони.²²

Дакле, одредба члана 39 став 2 ЗИО не даје знатан допринос остваривању циља извршног поступка. Међутим, примена те одредбе може довести до озбиљних кршења права на правно средство и права на правично суђење на штету извршног дужника. Такође, та одредба може угрозити права извршног повериоца, јер спречава да се решење о обустави извршења побија правним леком. Стога сматрамо да је одредба члана 39 став 2 ЗИО нелегитимна.

V Догматски метод

Догматски метод у праву има нарочито значајну улогу, штавише догматски метод је у праву нужан.²³ Прва карактеристика овог метода је проучавање права изоловано од окружења, занемаривање окружења, а друга карактеристика је неприкосновеност ставова који потичу од ауторитета који доноси прописе.²⁴ „Догматски метод, остајући увек у „правним водама“, интересује обавеза коју ауторитет провлачи кроз норму.“²⁵

Одредба члана 39 став 2 ЗИО језички јесте веома јасна. Она на општи начин, језички јасно, искључује могућност изјављивања правног лека против решења извршног суда, осим у случајевима када је посебном одредбом друкчије прописано. Међутим, сматрамо да се ова одредба не сме применити, чак и ако бисмо домаће право посматрали изоловано (изоловано од окружења, од упоредних правних система, од раније важећих законских решења и од вредности које треба заштитити у извршном поступку). Начело легалитета забрањује примену спорне законске одредбе.

Чланом 194 Устава Републике Србије успостављена је хијерархија општих правних аката који важе у Републици Србији. Одредбама ст. 2 и 3 наведеног члана утврђено је да је Устав највиши правни акт Републике Србије и да сви закони и други општи акти донети у Републици Србији морају бити сагласни са Уставом. Одредбом члана 18 став 1 Устава утврђено је да се људска и мањинска права зајемчена Уставом непосредно примењују. „Непосредна примена уставних одредби о људским и мањинским правима значи да закон није нужан посредник

22 *Ibid.*, стр. 16.

23 Никола Висковић, *Основе методологије права*, Сплит 1980, стр. 31.

24 Милорад Закић, Илија Зиндовић, *Методологија научно-истраживачког рада – с посебним освртом на право и економију*, Београд, 2010, стр. 145–146,

25 *Ibid.*, стр. 147.

између уставне норме и њене практичне примене. Суд и сваки други орган који примењује право може се позвати непосредно на уставну норму, и може непосредно применити уставно правило на конкретан случај.²⁶ Одредба члана 142 став 2 Устава изричито утврђује да је суд, приликом одлучивања, везан пре свега Уставом.

Устав, између осталих људских права, јемчи и право на правно средство. Према одредби члана 36 став 2 Устава, свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.

Дакле, право на правно средство зајемчено је одредбом надзаконске снаге. Наведена одредба о праву на правно средство, према хијерархији општих правних аката утврђеној чланом 194 Устава, дерогира сваку законску одредбу која јој противречи. Суд, приликом решавања конкретног спора, према слову Устава, не би смео да примени законску одредбу која није у сагласности с Уставом. Уколико одредба Устава налаже суду да одлучи на један начин, а законска одредба на други, суд треба да одлучи онако како му Устав налаже. Супротно поступање би било противно начелу легалитета, хијерахији општих правних аката, а могло би да доведе и до повреде Уставом заштићеног субјективног права.

Одредба члана 39 став 2 ЗИО на један општи начин искључује право на правно средство у извршном поступку. Приликом разматрања питања сагласности наведене законске одредбе с одредбом члана 36 став 2 Устава, нужно се поставља једно додатно питање. То додатно питање је: да ли у извршном поступку, у форми решења, могу бити донете одлуке које су, по својој природи такве да представљају одлуке о правима, обавезама, односно правним интересима странака, а да посебним одредбама није предвиђено да се против тих одлука (односно решења) може изјавити правни лек. Уколико је одговор на ово питање „не“ одредба члана 39 став 2 ЗИО је сагласна с Уставом. Ако је одговор на ово питање „да“ то значи да предметна одредба ЗИО није у складу с Уставом, те да је не треба примењивати.

У извршном поступку, према члану 36 ЗИО, одлуке се доносе у форми решења и закључка. Решења су одлуке које имају већи значај. Решењем се (по правилу) одлучује о правима, обавезама и правним интересима странака у извршном поступку. „И у овом поступку, који је процесног карактера и чија је садржина у фактичкој примени утврђених права, у знатној мери се мериторно одлучује и о основним правима и слободама учесника у поступку.“²⁷

26 Мирјана Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд, 2009, стр. 29.

27 Вукашин Ристић, „Правни лекови и правна средства у поступцима принудног извршења у грађанским стварима“, *Правни животи*, бр. 12/2010, стр. 137.

Неспорно је да се у извршном поступку могу донети решења, која представљају одлуке о правима и обавезама странака, а против којих се, по посебним одредбама ЗИО, може изјавити правни лек (нпр. решење о извршењу на основу веродостојне исправе). Међутим, постоје и другачији случајеви. У извршном поступку доносе се и решења, којима могу бити повређена права странака, а за која ЗИО није прописао да се могу побијати правним леком. У ранијем тексту су, као примери наведени решење о обустави извршења и решење којим првостепени судија појединац одбацује приговор против решења о извршењу.

Дакле, у извршном поступку могу се донети решења, која представљају одлуке о правима, обавезама и правним интересима, а за која посебним одредбама није предвиђено да се против тих решења може изјавити правни лек.

Уставно право на употребу правног средства против сваке одлуке којом се одлучује о појединачним правима и обавезама правних субјеката, не даје могућност законодавцу да то право странкама у поступку ускрати.²⁸ Одредба члана 39 став 2 ЗИО није у сагласности са одредбом члана 36 став 2 Устава. Судови су овлашћени да суде на основу Устава и да непосредно примењују уставне одредбе о људским правима. Стога судови не би требало да примењују одредбу члана 39 став 2 ЗИО. Судови би, непосредно на основу одредбе члана 36 став 2 Устава, требало да дозвољавају изјављивање приговора против решења донетих у извршном поступку, чак и ако посебним одредбама ЗИО није прописано да се против тих решења може изјавити приговор.

VI Ставови судске праксе и Уставног суда

Судска пракса се већ одредила о могућности изјављивања правног лека против решења донетих у извршном поступку, за која није изричито прописано да се могу побијати приговором.

Наиме, на седници Одељења Привредног апелационог суда одржаној 23. октобра 2012. године, на питање привредних судова „да ли је дозвољено изјављивање приговора против решења која се доносе током спровођења извршења: решења о прекиду, исправци, обустави, стварној или месној надлежности и других?“ дат је следећи одговор: „Сваки закон који уређује поступак извршења је процесни закон и поред посебних правила поступања у том поступку, нужно прописује сходну примену одредби другог процесног закона, Закона о парничном поступку који представља темељ сваке грађанске процедуре. Начином прописивања

28 *Ibid.*, стр. 128.

правних лекова у члану 39 ЗИО то је занемарено, па би дословном применом те норме од контроле законитости у другостепеном поступку биле изузете све одлуке засноване на сходној примени Закона о парничном поступку. Посебним одредбама је регулисано право на правни лек само у односу на одлуке специфичне за поступак извршења, па се то мора имати у виду приликом тумачења дозвољености правног лека. Зато се сходном применом одредби Закона о парничном поступку може сматрати да се може изјавити правни лек, само што то није жалба као у парничном поступку, већ приговор.²⁹

Седница Одељења Привредног апелационог суда 23. октобра 2012. године, на питање привредних судова „да ли је приговор дозвољен само тамо где изричито стоји у закону да се може изјавити или је дозвољен на свако решење“ јасно је одговорила: „С обзиром да право странке на правни лек прописује члан 36 Устава, те да се решењем у извршном поступку одлучује о правима, обавезама и правном интересу странака, нужно је општу законску одредбу тумачити као одредбу са ограниченим дејством, те да је иста релевантна када је посебном одредбом за поједина решења приговор прописан као недозвољен. Дакле, када је посебном одредбом прописано да је приговор недозвољен, важи општа одредба из члана 39 став 2 ЗИО, а у осталим случајевима када ништа није предвиђено или је предвиђено да је приговор дозвољен, сматра се да исти јесте дозвољен.“³⁰

Дакле, Привредни апелациони суд закључио је да се одредба члана 39 став 2 ЗИО, којом је на општи начин искључена могућност изјављивања приговора у извршном поступку, може применити само у случајевима када је и посебном одредбом искључена могућност изјављивања приговора. Према цитираном правном ставу, одредба члана 39 став 2 ЗИО не може се применити у случајевима када посебном одредбом није искључена могућност изјављивања правног лека. Дакле, на седници Одељења Привредног апелационог суда одржаној 23. октобра 2012. године, јасно је заузет став да је приговор против решења у извршном поступку дозвољен, осим у случајевима када је посебним одредбама ЗИО другачије прописано. Привредни судови прихватају опште правило да је правни лек против решења извршног суда дозвољен. Практично, на седници Одељења Привредног апелационог суда од 23. октобра 2012. године утврђено је да одредба члан 39 став 2 ЗИО није у сагласности са одредбом члана 36 став 2 Устава, те да предметну законску одредбу не треба примењивати.

29 *Билејен судске њраке љривредних судова*, бр. 3/2012, Одговори на питања привредних судова, извршење и обезбеђење, питање број 43.

30 *Билејен судске њраке љривредних судова*, бр. 3/2012, Одговори на питања привредних судова, извршење и обезбеђење, питање број 44.

Уставни суд је, приликом одлучивања о једној уставној жалби, резонувао на сличан начин. Наиме, приликом доношења решења Уж. 8166/2012 од 23. јануара 2014. године, Уставни суд је, полазећи од одредбе члана 36 став 2 Устава, оценио да је приговор против решења о обустави извршења дозвољен. Уставни суд је, при томе, имао у виду члан 39 ЗИО и околност да посебним одредбама ЗИО није предвиђено да се против одлуке о обустави извршења може изјавити правни лек.

Уставни суд је, на исти начин као и седница Одељења Привредног апелационог суда одржана 23. октобра 2012. године, утврдио да важи опште правило да је правни лек против решења извршног суда дозвољен, без обзира на одредбу члана 39 став 2 ЗИО. Суштински посматрано, Уставни суд је, у поступку по уставној жалби Уж. 8166/2012 оценио да наведена законска одредба није у сагласности са одредбом члана 36 став 2 Устава. У образложењу наведеног уставног решења наведено је: „С обзиром на право странке које се јемчи чланом 36 Устава, Уставни суд сматра да када се решењем у извршном поступку одлучује о правима и обавезама странака, оне имају право на правни лек.“

Приликом заузимања наведених правних ставова, Привредни апелациони суд и Уставни суд, нису експлицитно констатовали неуставност одредбе члана 39 став 2 ЗИО. Ипак је очигледно да су ти судови закључивали противно наведеној законској одредби – *contra legem* (за то су имали утемељење у уставним нормама). Начин на који су образложени цитирани ставови заузети на седници Одељења Привредног апелационог суда од 23. октобра 2012. године и наведено решење Уставног суда, потврђују закључак да је оправдано *contra legem* одлучивање у највећој могућој мери прикривено и да је плод извесне интуиције и судског осећаја за праведност који је праћен одговарајућим правнометодским резонувањем.³¹

VII Закључак

Требало би, када се ради о правним лековима у извршном поступку, пронаћи најјеласходније решење ради праведног остварења сврхе овог поступка.³² Међутим, законодавац систем правних лекова у извршном поступку није реформисао на најбољи могући начин. Одредба члана 39 став 2 ЗИО удаљила је позитивно право Републике Србије од сродних правних система, али и од домаће правне традиције. Прави-

31 Саша Бован, „*Contra legem* јудииирање – пандорина кутија правне херменеутике“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2012, стр. 111.

32 В. Ристић, *нав. чланак*, стр. 140.

ло да правни лек против решења у извршном поступку није дозвољен, осим ако је другачије изричито предвиђено, није правно одрживо. Постоје оправдани разлози због којих одредбу члана 39 став 2 ЗИО не треба примењивати. Одредбе Устава, дакле норме највеће правне снаге, налажу судовима да не примењују наведену одредбу ЗИО.

Неуставност спорне законске одредбе (још увек) није формално утврђена одлуком Уставног суда у поступку контроле законитости. Међутим, у судској (односно уставносудској) пракси заузети су ставови који су у супротности са одредбом члана 39 став 2 ЗИО. Ти ставови утемељени су у одредби члана 36 став 2 Устава. Привредни апелациони суд и Уставни суд, својим ставовима, приближили су позитивно право Републике Србије сродним правним системима и домаћој правној традицији.

Практично и суштински, правило да је правни лек против решења извршног суда дозвољен (осим кад је другачије изричито прописано посебном одредбом) важи без обзира на одредбу члана 39 став 2 ЗИО.

Miloš RADOVANović
Legal Advisor in “MARFIN BANK” JSC Belgrade

GENERAL RULES ON THE PERMISSIBILITY OF LEGAL REMEDY AGAINST A DECISION IN ENFORCEMENT PROCEDURE

Summary

Enforcement procedure law of the Republic of Serbia was reformed with the adoption of the Law on Enforcement and Security (“Official Gazette of RS”, no. 31/11, 99/11 and 109/13) (hereinafter ZIO). This law, inter alia, reformed the system of legal remedies in enforcement procedure. Article 39 Paragraph 2 of ZIO provides that the legal remedy (objection) against a decision in an enforcement procedure may be filed only when expressly permitted by this Law. Thus, this provision as a general rule, stipulates that the legal remedy against the decision in enforcement procedure is not permitted. The author of this paper will attempt to prove that despite this provision, in an enforcement procedure, legal remedy against a decision is permitted by general rule. Before he embarks on proving this hypothesis, the author will indicate that in accordance with the previously applicable domestic law, the general rule on the permissibility of a le-

gal remedy existed in the enforcement procedure, and that this general rule applies in similar legal systems. The author will, from the value point of view, also put forward reasonable grounds due to which he believes that a legal remedy against the decision of the enforcement proceedings should be permitted, except in exceptional cases where it is otherwise prescribed by law. At the end of this paper author will present court's viewpoint and Constitutional court's viewpoint that confirm the author's hypothesis.

Key words: *enforcement and security, enforcement procedure, right to legal remedy, objection in enforcement procedure.*

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

др Горан ОБРАДОВИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

др Слободанка КОВАЧЕВИЋ-ПЕРИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Приштини,

са привременим седиштем у Косовској Митровици

СУБОРДИНАЦИЈА И ДИСЦИПЛИНСКА ВЛАСТ ПОСЛОДАВЦА

Резиме

Субординација представља једно од најважнијих и увек актуелних питања радног права. Субординација, односно подређености значи правну и економску зависности радника према послодавцу у радном односу. Економска подређености запослених у радном односу произилази из чињенице да је запослени економски зависан од радног односа. Правна подређености је подређености запослених у извршавању рада, у смислу подређености радника власти послодавца у извршавању налога, инструкција послодавца, подређености радном реду, дисциплини рада, контроли извршавања рада и др. Присуство односа субординације, јер субординација је најпре однос подређености и надређености, најизраженије је код дисциплинске власти послодавца. Она је карактеристична за радни однос како ради интензивирања рада, тако и ради одржања реда и дисциплине међу члановима одређене радне групе. Дисциплинска овлашћења послодавца представљају дојуну и гаранцију послодавчевих управљачких и нормативних овлашћења. Дисциплинска власти није подучје у коме се манифестује његова аутономна и неограничена аутономија, већ је послодавац ограничен у вршењу својих дисциплинских овлашћења.

Кључне речи: субординација, дисциплинска власти послодавца, границе дисциплинске власти послодавца.

I Субординација – подређеност запослених

Субординација у појмовном смислу води порекло из средњо-вековног латинског језика и речи *subordinatio*, која означава потчињеност, односно подређеност нечијем ауторитету или зависност од другог (од *subordinare* – ставити под контролу, подредити, подређивати, потчинити, потчињавати).¹ Овај израз прешао је из текстова на новолатинском језику у језике појединих народа и постао њихов појам, уз модификацију својствене духу сваког језике (енгл. *subordination*, фр. *subordination*, нем. *Unterordnung*, рус. *подчинение*).² Термин субординација налази примену у различитим областима живота и многим сегментима људског деловања. Тако се, на пример, у логици, термином субординација означава однос нижег појма према вишем, односно однос врсте према роду.³ Затим, у области политичког и друштвеног живота, појму субординација приписује се значење „потчињености, зависности, послушности, односно дужности повиновања наређењима која издаје други, надређени“ у односима који се успостављају између различитих субјеката.⁴ Субординација се препознаје и у нормативном елементу права. У основи, однос надређености и подређености прожима мноштво правних норми, правних појмова и начела. Овај однос, најпре, рефлектује се у повезивања правних норми у правни поредак кроз *начело хијерархије њравних норми*. Наведено начело подразумева да се међу правним актима успоставља однос субординације, према којем су општи правни акти виши од појединачних, при чему нижи правни акти – акти ниже правне снаге морају бити усклађени са вишим актима – актима више правне снаге.⁵ И даље, субординација прожима суштину и циљ правних норми. Како наводи проф. Божидар С. Марковић „суштина права су неједнакости“.⁶ Посматрано са нормативног аспекта, правни однос се може успоставити само између два субјекта која су различитог правног положаја – радник и послодавац, дужник и поверилац,

1 Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник сѝраних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад, 2007, стр. 1184.

2 То је случај и са српским језиком, где се речју „субординација“ означава „стро­го потчињавање млађег старијему, нижега у служби вишем; потчињеност, подређеност“. Више о појму субординације у: Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 19 и даље.

3 Милан Вујаклија, *Лексикон сѝраних речи и израза*, Просвета, Београд, 1991, стр. 853.

4 Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 19.

5 Слично и: Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 20.

6 Божидар С. Марковић, *Оглед о односима између њојма њравде и развѝйка њозѝиив­ној њривајној њрава*, Београд, 1995, стр. 21, 22.

купац и продавац, налогодавац и налогопримац, и др. У том смислу, однос субординације подразумева однос двају субјеката или елемената који међусобно нису једнаки, већ један од њих има мањи значај или ужа овлашћења у односу на други који му је надређен и од којег зависи. Реч је, дакле, о односу зависности, по којем се појам субординације приближава појму „хијерархија“.⁷ Хијерархија (грч. *hierarchia*, од *hieros* – свети и *arkhein* – бити први, владати, заповедати) означава распоред и унутрашњу организацију неког скупа чланова који су распоређени по вертикалној силазној линији један испод другог, где је сваки нижи по обиму, значају и вредности, мање или више подређен оном изнад себе. Дакле, када се каже „хијерархијски однос“, тиме се подразумева постојање „пирамиде“ надређених и подређених субјеката, који у њој заузимају место према снази или власти којом располажу.⁸ Из односа вертикалне подређености и надређености извире право надређених да издају наређења подређенима и обавезе потоњих да поштују и извршавају издата наређења, под условима утврђеним правним прописима.⁹

Субординација је најтешње повезана са појмом власт (лат. *potestas*). Власт је могућност, тј. способност потчињавања некога или нечега нечијој вољи, право управљања, заповедања, господарења. Власт је легитимни облик моћи. Где је власт ту су успостављени односи подређености и надређености, као израз корелативности између права и дужности њених носилаца и оних који су им потчињени. Управо као и однос субординације, који настаје као последица вршења власти, будући да надређени субјект издаје, а подређени извршава наредбе. Према проф. Тасићу (Ђорђе Тасић) „власт у правом смислу речи постоји када постоји једнострано одлучивања, односно наређивање“.¹⁰ Послодавчева власт се, сходно томе, може одредити као власт која је подесна да буде вршена у току примене уговора о раду.¹¹

II Субординација у радном односу

Одступање од начела правне једнакости најизразитије је у области радних односа. Неједнакост уговорних страна има за последицу

7 Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 20.

8 Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 20.

9 Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Јујославије и основни проблеми социологије рада, треће издање*, Савремена администрација, Београд, 1971, стр. 273.

10 Ђорђе Тасић, *Увод у правне науке*, 3. издање, „Привредник“, Београд, 1941, стр. 148.

11 Цитирано према: Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 22–31.

овлашћење једне стране да издаје наређења другој, при чему је такво овлашћење, у правном смислу – *essentialia negotii* која оправдава вршење послодавчеве власти, а у економском смислу услов за обављање одређене делатности. Правна неједнакост у радном односу последица је економске неједнакости (друштвено-економске и политичке неједнакости) уговорних страна – радника и послодавца. Економска зависност (*dépendence économique*) се огледа у потреби радника да осигура економску сигурност (средства за достојанствен живот од пристојног рада), коју му омогућује послодавац обезбеђивањем посла.

Субординација се први пут појављује као радноправни појам поткрај XIX века, у време ступања на снагу првих закона о заштити од незгода на раду, када је осмишљена у пракси француских судова, а, у вези са тумачењем законских одредаба које су се односиле на круг заштићених лица.¹² У зачетку субординација је, дакле, представљала критеријум за одређивање (персоналног) подручја примене закона о незгодама на раду. Међутим, питање субординације нема само историјски значај за уговорно уређивање радних односа. Субординација, управо супротно, представља једно од најважнијих и увек актуелних питања радног права. О томе живо сведоче историчари радног права, када пишу да је радно право „право субординације“ (*droit de la subordination*), које претпоставља да су на једној страни они који издају налоге, а на другој они који се тим налозима потчињавају, који прихватају да, за зараду, раде за рачун и под влашћу другог.¹³ Радно право се не дефинише на овај начин само у класичној радноправној литератури, већ и у савременој радноправној литератури субординација је централна одредница у дефинисању радног права. У смислу реченог, могу се прочитати дефиниције према којима се „радно право може назвати радно право подређеног рада или право подређеног рада“; као „скуп правних норми које се односе на подређени рад“;¹⁴ односно као „права зависног рада“;¹⁵ затим „право заштите запослених због њиховог стања субординације“;¹⁶ „за радно право релевантан је само рад за другог – несамосталан, подређени рад, али рад слободно успостављен (вољом радника), друш-

12 Радноправна концепција субординације није оригинална – њени корени воде порекло из грађанског права и могу се препознати у бројним судским одлукама донетим средином XIX века. Наведено према: Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 14, 37–39.

13 Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 28, 29.

14 Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21^e édition, Dalloz, Paris, 2002, стр. 7.

15 Simon Deakin, Gillian S. Morris, *Labour Law*, 4th édition, Hart Publishing, Oxford, 2005, стр. 239.

16 Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, 5^e édition, Montchrestien, Paris, 2006, стр. 11–20.

твено користан рад“ и слично.¹⁷ Одступање од концепта радног односа у коме је субординација конститутивни елемент постојања радног односа као правног односа, било је заступљено у периоду самоуправног социјализма. Друштвено-економски систем се базирао на доминацији друштвене својине, сходно чему су и у теорији „социјалистичког радног права“ (везује се за период самоуправног социјализма који почиње 1953. године до деведесетих година када је започела транзиција) били доминантни ставови који су негирали подређеност као битно обележје радног односа у условима социјалистичких производних односа, истовремено, истиче се интегрисаност – укљученост у организовани процес рада као обележје „међусобног односа радника у удруженом раду“.¹⁸

Са становишта савремене теорије и упоредног права подређеност је битно обележје и својство запосленог, мерило које раздваја радноправни положај запосленог (радника, јавног/државног службеника) од правног положаја неких других лица које ангажује послодавац ради извршења одређених послова за потребе послодавца – директора, самозапослених лица и подуговорника. Зато се и каже да је субординација или подређеност „правна вододелница“ помоћу које се одређује да ли се једно лице налази у правном положају запосленог или не.¹⁹ Зависно од тога да ли у раду постоји однос подређености или не прави се и терминолошка разлика између појма „радник“ и „запослени“ која се традиционално везује за разлику која постоји између „рада“ и „запослења“. Тако, термин „рад“ упућује на неку активност, док термин „запослење“ означава правну ситуацију, односно једно правно стање. Аналогно томе, појам „радник“ је генерички појам који обухвата свако лице које обавља одређени рад, независно од чињенице да ли ради у своје име и за свој рачун или у име и за рачун другог, док појам „запослени“ означава лице које ради у оквиру радног односа.²⁰ Међутим, субординација није само технички појам и не сме се редуковати на „подређеност“ и „надређеност“ при самом обављању рада (службе).²¹ Положај „послодавца“ и „послопримца“ одређен је њиховим друштвено-економским и

17 Бранко А. Лубарда, *Радно право (расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу)*, Правни факултет у Београду, Београд, 2012, стр. 10–12.

18 Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, Београд, 1978, стр. 21–22 и 31–33. Било је и аутора који су заступали гледиште да субординација није само битно обележје најамних радних односа већ да се на одређени начин испољава и у такозваном социјетатном радном односу (у условима социјализма). У том смислу: Н. Тинтић, *Радно и социјално право, Књига прва: радни односи (I)*, Народне новине, Загреб, 1969, стр. 359–364.

19 Б. А. Лубарда, *нав. дело*, стр. 25, 28.

20 Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 237.

21 Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 361.

правним положајем, приликом ступања у такав правни однос. На то нас упућује историјски развој радног права и друштвено-економске претпоставке које су условиле настанак радног односа. Нужна претпоставка настанка и разуме се постојања радног односа јесте подела грађана једног друштва на оне који имају власништво над средствима рада и на оне који то власништво немају.²²

Субординација у радном односу значи правну и економску зависност (подређеност) радника послодавцу. Економска подређеност радника у радном односу произилази из чињенице да је радник економски зависан од радног односа.²³ Вебер сматра да је често, посебно у модерном капиталистичком свету, економска моћ доминантан облик моћи (Макс Вебер). *Зависни рад у економском смислу* подразумева и својеврсну личну (*йравну*) *йодређеност* у извршавању рада, у смислу подређености радника власти послодавца у вршењу (испуњењу налога – инструкција послодавца) и контроли извршавања рада.²⁴ Сходно правно-економској надређености послодавац је титулар различитих овлашћења, која су међусобно уско повезана, као што су: а) овлашћење да самостално уреди своје предузеће у његовој техничкој и особној структури; б) овлашћење да одлучује и вези са пословањем предузећа (у погледу његових циљева, техничких средстава, пословања итд.); в) овлашћење да доноси правила у правцу интерног пословања предузећа; г) овлашћење контроле и оцене резултата радникова рада; д) овлашћење дисциплинирања према радницима који су запослени у његовом предузећу.²⁵ Када таква овлашћења постоје на једној страни, на другој страни се аутоматски јавља стање подређености.

III Субординација и дисциплинска власт послодавца

Субординација као једно од правних обележја радног односа је везана „уз *сйаийус субординираној радника*“.²⁶ „Зависност“ радника према послодавцу у процесу рада је типична и карактеристична за радноправни однос. Субординацији је и у савременом развоју признато обележје „централног појма радног права и стожера око којег је распоређена це-

22 Боровоје Шундерић, *Демокрајизација радној односа*, „Гласник“ Правног факултета у Крагујевцу, 1991, стр. 64.

23 Guillaume H. Camerlynck, Gérard L. Caen, Jean Pélissier, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 1986, стр. 177.

24 Б. А. Лубарда, *нав. дело*, стр. 11.

25 Никола Тинтић, *Радно и социјално йраво, Књија йрва: радни односи (II)*, Народне новине, Загреб, 1972, стр. 588, 589.

26 Н. Тинтић, *Радно и социјално йраво, Књија йрва: радни односи (I)*, стр. 360.

лина радног права као критеријум примене радног права јер указује на једну од важних улога радног права – улогу организовања приватне власти, тј. власти једног приватног лица над другим²⁷. У њеном средишту налази се послодавчево овлашћење да издаје налоге и упутства запосленом, другим речима, „да доноси одлуке, да уређује односе (прописује понашање) и да изриче дисциплинске санкције“²⁸. То послодавцу даје овлашћења господара посла; право да бдије и надзире активност радника у погледу начина извршења посла; право да примењује дисциплинска овлашћења; право да издаје правила у погледу организовања посла итд.²⁹ Из наведеног се уочавају *три основне врсте овлашћења, тј. функције које њроисћичу из власћии послодавца: уйрављачка власћ, нормативна власћ и дисциплинска власћ*.³⁰ Радноправне норме, по правилу, не регулишу изричито све врсте овлашћења послодавца. Премда, субординација у радном односу постоји и ако послодавац стварно не врши управљачку или другу власт, али када има *de facto* могућности за то. То је карактеристично за рад запослених који уживају висок степен аутономије на раду, нпр. наставни кадар у високошколским установама, лекари и сл.

Однос подређености и надређености као израз правне субординације у радном односу најизраженији је код дисциплинске власти послодавца. Она је карактеристична за радни однос како ради интензивирања рада, тако и ради „одржања реда и дисциплине“ међу члановима одређене радне групе (међу радницима истог послодавца).³¹ Дисциплинска овлашћења обухватају: а) овлашћења да се стварају правила понашања радника на раду, и б) овлашћења за примењивање дисциплинске санкције, или се редуцира само на примену санкције.³² У смислу реченог, дисциплинска овлашћења, односно обављање „дисциплинске власти“ (*pouvoir disciplinaire, Disziplinargewalt*) – „карносне власћии“ према особама и радном односу, у зависном раду (у субординираном раду) односно у најамном односу, везује се уз елемент потчињености (субординације) радника на раду правилима рада и овлашћењима послодавца.³³ Управо ова околност – правна неједнакост чини уговор о

27 У том смислу и: Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 30.

28 Боривоје Шундерић, *Радни однос: теорија, норма, ѡракса*, Култура, Београд, 1990, стр. 26 и даље.

29 Н. Тинтић, *Радно и социјално ѡправо*, Књ. ѡрва: *радни односи (I)*, стр. 359, 360.

30 Тако и: Rudy Kyovsky, *Delovno pravo*, Prva knjiga: Splošni del, Pravna fakulteta v Ljubljani, DDU Univerzum, Ljubljana, 1978, стр. 180; Б. Шундерић, *Радни однос: теорија, норма, ѡракса*, стр. 54; Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 31.

31 Н. Тинтић, *Радно и социјално ѡправо*, Књ. ѡрва: *радни односи (II)*, стр. 588.

32 Н. Тинтић, *Радно и социјално ѡправо*, Књ. ѡрва: *радни односи (II)*, стр. 588, 589.

33 Н. Тинтић, *Радно и социјално ѡправо*, Књ. ѡрва: *радни односи (II)*, стр. 588.

раду јединственим у породици уговора, јер је уговор о раду инструмент којим се успоставља правна неједнакост између запосленог и послодавца – стављање запосленог у положај зависности наспрам послодавца. Насупрот правној, економска подређеност као економска зависност запосленог од послодавца није правно релевантна за одређивање суштинског обележја уговора о раду, односно радног односа, пошто економски ризик пословања сноси послодавац, тако да правна подређеност изражава и одсуство економског ризика запосленог у току рада.³⁴ Такав карактер односа последично се одражава на дијаметрално различит положај послодавца и радника, на пример: а) неодвојивошћу обавезе рада од особе радника; б) зависности и подвргавању радника вољи послодавца у погледу распореда на рад и обављање рада; в) овлашћењима послодавца да самостално одлучује о врсти рада, о управљању, о техничкој и комерцијалној организације, о финансијском пословању предузећа (јер је његов власник), у зависности радника да се понаша и управља у складу с тим; г) иницијативом послодавца у питањима процеса рада; д) правом послодавца на контролу; ђ) овлашћењима да покреће и одлучује о питању одговорности (дисциплинске) у случају повреде радних дужности од стране радника; е) везаношћу радника у обављању рада ако се ради о природи посла у обављању кога је радник стручно самосталан (јер ради *lege artis*), правним нормама које уређују његову делатност (овлаштења, права и обавезе, па и одговорност дисциплинску у случају прекршаја тих правила).³⁵ Отуда је правна подређеност сама душа уговора о раду,³⁶ а норме радноправног законодавства имају за циљ да заштите интересе обе уговорне стране, превасходно запосленог у смислу *in favor laboratoris* као вулнерабилније стране, услед економске принуде/потребе да ради за/код другог.

Запослени је подређен радном реду, радним обавезама и другим правилима понашања на раду и у вези са радом, моментом ступања на рад.³⁷ Ступање на рад је фактички акт који има за последицу стицање права и обавеза запослених и послодавца.³⁸ Дужност је запослених да савесно и марљиво извршавају преузете радне обавезе и дужности на раду и у вези са радом утврђене законом, општим актом (колектив-

34 Guillaume H. Camerlynck, Gérard L. Caen, Jean Pélissier, *нав. дело*, стр. 177.

35 Н. Тинтић, *Радно и социјално њраво*, Књ. њрва: *радни односи (I)*, стр. 360.

36 Jean de Maillard, *Scolie sur le rapport de subordination*, Droit social, N.1/1982, стр. 21. Нав. према: Б. А. Лубарда, *нав. дело*, стр. 18.

37 Предраг Јовановић, *Радно њраво*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1998, стр. 157, 158.

38 Ступањем на рад запослени остварује права, преузима обавезе и дужности на раду и у вези са радом утврђене законом, колективним уговором, правилником о раду, уговором о раду и др. (чл. 34) Закона о раду Србије, *Службени ѓласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13.

ним уговором, правилником о раду), уговором о раду и др. Дужности на раду су корелатив права запослених, и могућности надређених да уређују, доносе правила понашања, као и да примењују санкције за непоштовање истих. Корелативност права и обавезе субјеката радног односа значи да оно што је обавеза за једну страну то је право за другу, и *vice versa*. Онај ко је стекао права, односно преузео обавезе из одређеног односа, сноси и одговорност за њихово остваривање. У смислу реченог, одговорност улази у састав правне обавезе као један од њених елемената (као што захтев улази у састав субјективног права, такође као један од његових елемената).³⁹ Неспорно је да наведена каузалност важи и за субјекте радног односа.⁴⁰ Међутим, не усвајају сви запослени утврђене радне обавезе и одговоран однос према раду. Запослени који својом кривицом, чињењем или нечињењем не извршава своје дужности и радно – правне обавезе на раду или вези са радом, у складу са важећим правом, или се не придржава одлука и инструкција послодавца нарушава радну дисциплину чиме чини повреду радне обавезе која као дисциплински кажњиво дело има за последицу дисциплинску одговорност запослених. Такав положај радника је *fons potestatis* послодавца у вези са радном дисциплином,⁴¹ чиме се потврђује *causa* да дисциплинска одговорност постоји где постоји и однос субординације, и обратно. Према проф. Тинтићу (Никола Тинтић), чим постоје дужности, могуће су и повреде тих дужности. А када је потребан ред (*ordo*), потребне су и заповеди односно забране (*jussum*),⁴² тако ће бити, сматрао је, све док радни однос буде рад на средствима другог и док ризик обављеног рада не буде у целини сносио онај ко га врши. Сличан став је заступао и проф. Перић (Бошко Перић), те он истиче да је „дисциплинска одговорност у својој битности, санкција субординације уполсеника послодавцу, која има својих варијаната, али постоји свуда где постоји радни однос“.⁴³ Дисциплинска одговорност има свој правни основ у радном односу, јер се примењује према запосленом, од момента његовог ступања на рад, тј. од почетка рада па све до његовог престанка.⁴⁴ Самим тим она је по-

39 Н. Тинтић, *Радно и социјално право*, Књ. прва: *радни односи (II)*, стр. 578.

40 Зоран Ивошевић, *Концепцији, појам и режим радног односа*, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, 1991, стр. 73.

41 Н. Тинтић, *Радно и социјално право*, Књ. прва: *радни односи (II)*, стр. 588.

42 Н. Тинтић, *Радно и социјално право*, Књ. прва: *радни односи (II)*, стр. 364.

43 Бошко Перић, *Појам радног односа*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1956, стр. 201–231.

44 Дисциплинска одговорност је одговорност за утврђене повреде радне обавезе и друге повреде радне дисциплине, за које се од овлашћених органа у законом прописаном поступку изричу прописане дисциплинске казне. Нав. према: Зоран Ивошевић, *Дисциплинска и материјална одговорност*, „Драган Срњић“, Правно-економски центар-Шабац, Београд, 1991, стр. 7.

себан облик одговорности, јер се односи на повреду посебних правила понашања, која су резултат потребе радне дисциплине, којих се запослени морају придржавати на раду и у вези са радом, а у циљу бољих и успешнијих резултата рада, веће продуктивности итд. Дисциплинска одговорност је уједно и специфичан вид правне одговорности, по томе што је применљива само против физичких особа (радника–службеника), односно лица у радном односу. Традиционално, против свих особа у односу субординације.⁴⁵

IV Границе субординације – границе дисциплинске власти послодавца

Дисциплинска власт послодавца као и свака власт је легитимни облик моћи. Подручје манифестације послодавчеве дисциплинске власти није и подручје у коме се манифестује његова апсолутна и неограничена аутономија, већ је послодавац ограничен у вршењу својих дисциплинских овлашћења. Као што је у друштву власт поверена појединим органима да би штитили успостављену друштвену организацију и постојећи систем, и служи тој сврси, тако и у односима на раду власт послодавца као последица економске субординације запослених, у циљу је организације рада и поштовања радног реда, и служи само тој сврси. На сличан начин и у односима који настају поводом дисциплинских овлашћења нема места самовољи, нити слепој послушности, него су односи међусобно јасно успостављени радноправном регулативом у начелу, а даље препуштени послодавцу да својим општим, једностраним актима ближе уреди дисциплинску одговорност. Таква констелација проистиче из начела субординације у чијем се средишту налази захтев да дисциплинска власт послодавца мора бити подређена законском и другим правилима. При томе, законом се не уређују сви аспекти дисциплинске одговорности, већ само услови дисциплинске одговорности, дисциплинске санкције и основна начела дисциплинског поступка. Одговоран однос запослених према својим правима и обавезама на раду и у вези са радом, савесно извршавање радних дужности, придржавање одлука донетих у предузећу есенцијалне су претпоставке несметаног процеса рада, успешног остваривања радних, пословних задатака. Поштовање правила унутрашњег радног реда прворазредни је чинилац успешности и већој продуктивности, на чему сваки послодавац инсистира. У крајњем, из дисциплинске власти проистиче право послодавца на изрицање дисциплинске санкције, с циљем „дисциплиновања запослених“ који не поштују утврђене радне обавезе и прописану дисциплину на

45 Н. Тинтић, *Радно и социјално право*, Књига прва: радни односи (II), стр. 588.

раду и у вези са радом. Констатовали би, да наведени општи принципи изражавају суштину дисциплинске власти, и уједно дефинишу њене границе и њен домашај, јер дисциплинска овлашћења могу се вршити само у мери у којој доприносе очувању радног реда и дисциплине у одређеној радној средини и њеном правилном функционисању. То, коначно, значи да потреба послодавца да обезбеди добро функционисање радне средине представља извор и границе послодавчевих овлашћења.⁴⁶ Поред наведеног, ограничењу послодавчевих дисциплинских овлашћења, тиме и ограничењу субординације запослених према послодавцу, доприноси мноштво радноправних института. Моћне границе дисциплинској власти успостављају радноправна правила о дисциплинској одговорности, пре свега: (а) дефинисање бића и услова повреде радне обавезе, чиме се постављају просторне и временске границе дисциплинских овлашћења, (б) као и правила оличена у основним начелима дисциплинског поступка. Дисциплинска власт послодавца, у начелу, ограничена је на радно место (везана за рад и у вези са радом) и радно време. Из наведеног проистиче да послодавац нема право да дисциплински кажњава запосленог због понашања у приватном животу, изузев ако се докаже да понашање запосленог негативно утиче на рад у одређеној средини, на односе на раду, нарушава углед установе у којој ради, и сл.

У радном односу све је више јавно-правних елемената. Ширење спектра људских права посредно доводи до екстензије права човека и у област радних односа. Тако се и низом других правних института постављају јасне границе дисциплинске власти послодавца. Из начела субординације чију суштину прожима захтев да дисциплинска власт послодавца мора бити подређена правним правилима, запослени нису дужни да поступају у складу са налозима послодавца уколико су они противни закону, јавном поретку, пословним обичајима, и сл. Таквим поступањем запослени не чини повреду радне обавезе, јер биће повреде нема елемент противправности. Најеклатантнији пример таквог поступања је заштита „узбуњивача“. Слично, не чини повреду радне обавезе запослени који одбије послодавчев налог уколико му прети опасност по живот и здравље, јер нису спроведене прописане мере за безбедност и здравље на раду, итд. Савремено радно право карактерише шира заштита достојанства на раду, што је праћено „постављањем границама правној подређености најпре нормама хетерономног права [...], прецизирање домашаја подређености и јаснијег одређивања њених граница како би се заштитио физички, психички и морални интегритет, приватност личности и достојанство запосленог“.⁴⁷ Заштита достојанства човека на раду, његовог физичког и моралног интегритете-

46 Љ. Ковачевић, *нав. дело*, стр. 362, 363.

47 Б. А. Лубарда, *нав. дело*, стр. 19, 20.

та значајно доприноси ограничењу подређивања дисциплинској власти послодаваца, па и апсолутној забрани вршења дисциплинске власти уколико доводи до дискриминације запослених због њихове расе, пола, здравственог стања, и ма ког другог личног својства – одлука о дисциплинској санкцији донета на основу дискриминационих разлога је ништава.

Људска права и слободе постављају најочитије границе дисциплинске власти, често не и најаче. Наиме, савремени цивилизацијски развој карактерише ширење људских права у свим доменима што се последично одразило на област људских права у радном односу. Прихватањем концепта грађанина-запосленог (савремени концепт грађанства у Европској унији) преовладава се или напушта традиционални концепт субординације као битног обележја положаја запосленог (и граница субординације). Сматра се да је концепт грађанина-запосленог онај који више одговара природи положаја запосленог – лојалност послодавцу, с једне стране, лојалност држави, с друге стране: подељена лојалност послодавцу и држави (нпр. право на узбуђивање).⁴⁸ Конституисање квантификацијом признатих права радницима, пружа се раднику, као економски слабијем субјекту нешто јача заштита, у поређењу са послодавцем, што је у складу са начелом *in favor laboratoris*, и тиме, суштинском сврхом радноправног законодавства које је заштитно законодавство од првих норми државног интервенционизма у односе послодавца и радника.⁴⁹ Традиционално норме радног права настоје да помире антагонизам између послодавчевих овлашћења са правима и слободама запослених и да успоставе равнотежу између интереса надређених– послодавац и подређених-запослени. За ефикасну и доследну заштиту права човека на раду неопходна је била, показана-

48 Б. А. Лубарда, *нав. дело*, стр. 21, 22.

49 Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима човека, из 1966. године (*Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71), у чл. 8 обавезује државе чланице, да обезбеде право сваког лица да образује, ступа у синдикат у циљу заштите и унапређења својих економских и социјалних интереса.

Конвенција бр. 98 МОП-а о правима радника на организовање и колективно приговарање усвојена 1949. год. сугерише земљама чланицама да предузму мере и створе услове за унапређење ширег коришћења добровољних преговора, кроз колективно уговарање између послодавца и радничке организације.

Препорука бр. 129 МОП-а из 1967. год. о саобраћају између управе и радника у предузећу има за циљ стварање атмосфере узајамног поверења, путем потпунијег и објективнијег обавештавања и информисања и консултовања радника у различитим сегментима живота предузећа.

Конвенција бр. 87 МОП-а из 1948. год. о синдикалним слободама и заштити синдикалних права предвиђа да, радници и послодавци без икаквих разлика имају право да без претходног одобрења оснивају и учлањују се у ове организације уз једини услов да се повинују статутима ових организација.

ло се анализом материјалних извора, интернационализација слобода и права не само у грађанско-политичком домену, већ и на економско-социјалном пољу. Интернационализација као процес, односно метода стварања међународног радног и социјалног права, претпоставља да слободе и права уживају сви људи у међународној заједници, а не само грађани једне државе или ограниченог броја држава.⁵⁰ Са развојем међународног радног и социјалног права створено је још једно средство, овог пута на међународном плану, којим се од самог почетка настојала обезбедити не само екстензија права и слобода на што већи број држава чланица међународне заједнице (самим тим и на што више људи), већ и унапређење, и систем контроле поштовања овим актима утврђених слобода и права.⁵¹

Правни поредак је склон да пружа нешто јачу заштиту раднику у радном односу с позивом на начело *in favor laborem*. Разлог за такво опредељење нормотворца је тежња да се заштити радник као економски слабија страна у радном односу. Егзистенцијална нужност рада доводи радника до „добровољне“ правне подређености послодавцу, која има легитимитет у уговору о раду заснивањем радног односа, фактички од ступања на рад запосленог. Рад у радном односу је за милионску армију радно способних лица основни извор егзистенције и пристојног живота која зависи од посла који му обезбеђује послодавац. И, након сто година од првих интервенција државе у радне односе, егзистенцијална нужност рада је и данас основна друштвено-економска претпоставка настајања и постојања радног односа. Док такве нужности има биће и радних односа, односно и субординације. Норме радног права настојаће, и надаље, да помире антагонизам послодавчеве власти са фундаменталним људским правима и слободама на раду.

50 Боровоје Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Правни факултет у Београду, Београд, 2001, стр. 16.

51 Слободанка Ковачевић-Перић, *Пристојан рад*, Правни факултет Универзитета у Приштини – Косовска Митровица, Grafikolor (Краљево), Београд, 2013, стр. 17–19.

Goran OBRADOVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Niš

Slobodanka KOVAČEVIĆ-PERIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Priština, Kosovska Mitrovica

SUBORDINATION AND DISCIPLINARY CAPACITY OF EMPLOYER

Summary

Subordination is one of the most important and still ongoing questions of labor law. Subordination or subjection means legal and economic dependence of the worker on the employer in employment. Economic subordination of employees in employment stems from the fact that the employee is economically dependent on employment. Legal subordination is the subordination of employees in the performance of work, in terms of the subordination of employees to the employer in carrying out orders, instructions of the employer, the subordination of the working order, and discipline of work, supervision of the execution of work, etc. The presence of a relationship of subordination, because subordination is primarily a relationship of subordination and superiority, is most pronounced in the disciplinary authority of the employer. It is a characteristic of the employment relationship, both in order to intensify the work and to maintain order and discipline among the members of a particular working group. Disciplinary authority of the employer complements and guarantees employers' management and regulatory powers. The disciplinary authority is not an area in which its absolute and unlimited autonomy is manifested, but the employer is limited in the exercise of his or her disciplinary powers.

Key words: *subordination, the disciplinary authority of the employer, the boundaries of the disciplinary authority of the employer.*

др Љубинка КОВАЧЕВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ЕКОНОМСКА КРИЗА И РЕФОРМЕ РАДНОГ ЗАКОНОДАВСТВА У ЕВРОПСКИМ ДРЖАВАМА, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПРАВИЛА О ОТКАЗУ УГОВОРА О РАДУ – МОГУЋЕ ПОУКЕ ЗА СРПСКО РАДНО ПРАВО*

Резиме

У време економске кризе, широке гаранције сигурности запослења кришикују се као преграда за превазилажење тешкоћа са којима се послодавци суочавају на тржиштима. Са друге стране, кришници су изложени и правни системи који послодавцима признају безмало апсолутну слободу одлучивања, будући да радници имају потребу за већом заштитом у време када их угрожава повећан ризик (дугорочне) незапослености. Ове дилеме обележиле су и период који је уследио по разбукивању економске кризе у јесен 2008. године, због чега је у раду, најпре, размислен утицај кризе на реформе радног законодавства у више европских држава. Посебну пажњу у овој анализи заузимају резултати примене концепције флексибилне сигурности који су, уместо очекиваног повећања запослености, довели до продубљивања социјалних неједнакости и маргинализације најосетљивијих категорија радника (посебно младих и старијих радника), као и до значајног нарушавања стабилности запослења, те повећања броја радника који раде ван радног односа. Централни део рада посвећен је скоријим примерима флексибилизације (и дерегулације) заштите од

* Рад је написан у оквиру пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

оџказа у више европских држава (поједностављивање оџказној постојуха, преиспихивање капиалоја ваљаних оџказних разлоја, скраћивање оџказној рока, сужавање зашпихије у случају незаконих оџказа). Конспиховано је да усвајање флексибилних правила о оџказу није значајније допринело оспиваривању њиховој основној циља – спиварању нових полова, шпхо би шребало да буде важна поука и за српској законодавца. Ово шим пре шпхо се шешко може доказати да ће смањени обим зашпихије од оџказа ушпихати на повећање зашпосленоспихи (за шпиха је неоходно спиварање нових полова захваљујући већим улајањима, озбиљној индустријској полишпихици, деловорнијој јавној урави и снижавању шрошкова зашпославања нових радника). У шом смислу се закључује да економска криза може бити леишпихман разлој за измене радној законодавспива у циљу ораничавања шрошкова рада, али да ше измене не смеју имати за поспихицу прекомерну неспихурноспихи радника и повреду њихових основних социјалних права.

Кључне речи: економска криза, реформа радној законодавспива, концепција флексибилне спихурноспихи, оџказ ујовора о раду.

I Увод

Радно право је посебно осетљиво на промене које се дешавају у сфери економије. То нарочито вреди за економске и финансијске кризе, које суочавају државе са потребом смањивања трошкова и решавања проблема масовне незапослености, а послодавце са изазовима очувања контитутета пословања, реструктурирања и колективних отпуштања.¹ Тако је и економска криза с почетка седамдесетих година прошлог века, а, исто вреди и за економску кризу која се разбуктала у јесен 2008. године, навела послодавце да потраже нове облике организације рада и искористе предности флексибилности. Ово тим пре што су, захваљујући глобализацији тржишта, многе мултинационалне компаније суочене са захтевом брзог прилагођавања императивима међународног тржишта, због чега њихове запослене прати изражени ризик од губитка запослења. Исто вреди и за предузећа која су под притиском међународне конкуренције, јер ти послодавци, у случају губитка профита, настоје да „опораве“ пословање посредством отпуштања радника (дакле, пребацивањем великог дела ризика пословања на запослене).²

1 European Network of Legal Experts, *Protection, involvement and adaptation. European labour law in time of crisis, restructuring and transition*, 2010, стр. 1, <http://www.labourlawnetwork.eu>, 22.3.2014.

2 Michael Hansenne, *Labour flexibility: the quest for competitiveness versus the need for social regulation*, у: *Reconciling labour flexibility with social cohesion – Ideas for political*

Осим тога, процес глобализације додатно је „оптеретио“ државе са притиском да што је могуће више сниже трошкове рада, што има за последицу девалоризацију људској рада (у односу на калкулацију).³ Државе су, наимае, суочене са притиском да тржиште рада учине „конкурентнијим“, а организацију рада и његово уређивање флексибилнијим не би ли се неутралисала (стварна или претпостављена) ригидност традиционалног модела организације и уређивања рада, за коју се верује да отежава прилагођавање послодаваца променама на тржишту.⁴ Поједине државе, у том смислу, чак, користе радно законодавство као средство за „привлачење“ директних страних инвестиција и „очување или повећање своје ‘правне атрактивности’ за учеснике на тржишту“,⁵ што има за последицу тзв. компетитивну дерегулацију (фр. *dérégulation compétitive*).⁶

Најснажнији притисци за флексибилизацију и дерегулацију радног права, притом, долазе од неких међународних организација, које афирмишу преиспитивање и преусмеравање циљева радног права у правцу обезбеђивања доброг функционисања тржишта рада у оквиру капиталистичке привреде (Међународни монетарни фонд, Светска банка, Европска централна банка). Ово становиште полази од поставке да радно законодавство, због обавеза и трошкова које ствара за послодавце, штетно утиче на њихову конкурентност на тржишту, што их, последично, одвраћа од заснивања стандардног радног односа, односно подстиче да прибегавају атипичним облицима запослења, привидном независном раду, па и тзв. раду на црно. Стога се, у име обезбеђивања

action, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, стр. 33. Слично и: Sandra Fredman, „Labour law in the flux: The changing composition of the workforce“, *Industrial Law Journal*, vol. 26, бр. 4/1997, стр. 337. Ова поставка одступа од традиционалног схватања да су послодавчева овлашћења нераскидиво повезана са теретом ризика делатности (професионалним ризиком). У класичном радном праву, учешће у ризику делатности се, наимае, сматра неспојивим са подређеним положајем запосленог и чињеницом да он радећи за послодавца остварује средства за издржавање, док послодавац контролише процес и услове рада. Због тога се неучествовање запосленог у ризику делатности разуме као једно од обележја правне субординације, као битног елемента радног односа (и уговора о раду), док се послодавчева овлашћења за издавање налога, контролу рада и верификацију резултата рада запосленог разумеју као „логична противпоставка за то што запослени у својој активности не преузима никакав економски ризик“. G. [Guillaume] H. [Henri] Camerlynck, *Traité de droit du travail: Contrat de travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1968, стр. 50.

3 Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, 2^e édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, стр. xviii.

4 Arturo Bronstein, *International and comparative labour law: Current challenges*, Palgrave Macmillan, International Labour Office, Geneva, 2009, стр. 13–14.

5 Marie-Ange Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation – Confrontations et mutations*, Dalloz, Paris, 2006, стр. 65.

6 Antoine Lyon-Caen, Antoine Jeammaud, „Présentation“, у: Antoine Lyon-Caen, Quentin Urban (sous la direction de), *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, Paris, 2008, стр. 5.

привредног раста, *дерегулација радној љрава* афирмише као гаранција и допуна послодавчевог права да слободно и флексибилно организује и управља радом запослених. Савремени законодавци, у том смислу, нуде послодавцима читаву палету атипичних уговорâ о раду, од којих су многи врло атрактивни због нижих трошкова рада, а, у неким случајевима, и због финансијске подршке (државе) за њихово закључивање и примену. Осим тога, долази и до *преиспитивања улоге појединих извора радној љрава*, посебно када је реч о законима и колективним уговорима.

Конкуренција цена рада између послодаваца на међународном тржишту и фискална конкуренција између држава стварају, дакле, притисак да се, ради веће конкурентности, снижавају трошкови рада и трошкови заштите од социјалних ризика (*социјални дамџини*).⁷ *Флексибилност* се, стога, појављује као „главни тренд у развоју система запошљавања и радних односа“⁸ с тим што појам флексибилности није правно дефинисан. Он се не односи на стандарде или технике правног уређивања односа, већ на одређене циљеве или одређену политику,⁹ због чега се под њега подводи безмало „све за шта бисмо желели да се сматра модернизацијом радних односа“.¹⁰ Због тога га у области права, треба користити опрезно, и то, поглавито, за означавање: а) експанзије атипичних облика запослења; б) нових облика организације рада – од радног времена (непуно радно време, флексибилан распоред радног времена и др.) и места рада (географска мобилност запослених), преко примања по основу радног односа (бонуси, награде за допринос пословном успеху предузећа и сл.) до поверавања радних задатака.¹¹

7 Ово упркос томе што су, у стварности, односи на међународном тржишту много сложенији, тако да конкурентност одређују бројни фактори због којих би разлике које постоје између појединих држава у погледу трошкова рада могле да буду и компензоване. Но, и поред тога што није извесно да ће послодавци из држава у којима су трошкови рада нижи остваривати предност у односу на послодавце из држава са алтернативним режимом, у пракси, повећана конкуренција подстиче неке државе на сужавање радноправне и социјалноправне заштите у циљу смањивања трошкова рада, као саставног дела цена производа и услуга.

8 Roger Blanpain, *Belgium*, у: „The evolving employment relationship and the new economy – The role of labour law and industrial relations. A report from 5 countries“, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, бр. 41, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2001, стр. 44.

9 Marie-Ange Moreau, „Developments in labour law, flexibility and social cohesion: the search for new ways of encouraging restructuring and transition“, у: *Reconciling labour flexibility with social cohesion – Ideas for political action*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, стр. 72.

10 Luciano Gallino, „Labour flexibility, organisation, workers – A three-dimensional matrix which needs simplification“, у: *Reconciling labour flexibility with social cohesion – Ideas for political action*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, стр. 37.

11 Christian Bessy, *La contractualisation de la relation de travail*, L. G. D. J., Paris, 2007, стр. 97–119. Више о предностима и ризицима флексибилизације рада видети у: Сенад

Флексибилност је, међутим, скопчана са великом несигурношћу запослења, због чега се ангажовање на основу атипичних уговора о раду означава изразом „несигуран рад“ (енгл. *precarious work*). На овај ризик надовезује се и ризик да ће послодавци злоупотребљавати флексибилност за релативно комфортно „заобилажење“ одређених императивних заштитних норми, посебно норми о заштити за случај отказа. Ово тим пре што, због велике незапослености, неки послодавци остварују много већи фактички утицај на запослене (посебно оне са атипичним радним односом), него што их право на то овлашћује. Стога се, као противтежа (и противпрестација?) флексибилности афирмише *сијурносѝ* (зараде, запослења), док се око ових двају појмова граде нове концепције и законска решења. У праву Европске уније, таква настојања обједињује *концепција флексибилне сијурносѝ* (енгл. *flexicurity*) која се, у једном делу литературе, с правом, оцењује као озбиљан изазов за опстанак европског социјалног модела, као скупа вредности, које чине препознатљиво обележје европских држава у односу на остатак света (солидарност, хуманост и др.).¹²

II Примена концепције флексибилне сигурности – изневерена очекивања

У европским државама у којима је концепција флексибилне сигурности коришћена као инспирација или модел за реформу радног законодавства остварени су врло различити резултати. Они су, у великој мери, зависили од националних прилика, посебно од развијености социјалног дијалога и културе колективног преговарања, развијености и капацитета служби за запошљавање, правне традиције у области заштите за случај незапослености, као и од привредног раста сваке државе. Примена концепције флексибилне сигурности је, тако, дала дугорочне одличне резултате у Данској, где је отпуштање запослених олакшано

Јашаревић, „Флексибилизација рада – решење или заблуда“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, vol. 46, бр. 4/2012, стр. 173–191.

- 12 Stefan Clauwaert, Isabelle Schömann, *The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise*, European Trade Union Institute, ETUI aisbl, Brussels, 2012, стр. 16. О основним поставкама концепције флексибилне сигурности видети у: European Commission, *Towards common principles of flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 27 June 2007, COM(2007) 359 final; за анализу ове концепције видети у Бранко Лубарда, „Flexicurity – еуфемизам за либерализацију социјалног модела или феномен инхерентан глобализацији“, у: Стеван Лилић (ур.), *Правни капацитет Србије за евројске иницијације*, књ. II, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, стр. 78–89.

скраћивањем отказног рока, уз истовремено обезбеђивање делотворних активних мера запошљавања и врло издашних социјалних престајања за незапослене (како у погледу њихове висине, тако и у погледу дужине периода исплате). То је омогућило значајну професионалну покретљивост радника и њихово брзо укључивање у тржиште рада,¹³ што се може објаснити и чињеницом да је о *данском моделу флексибилне сигурности* постигнут споразум социјалних партнера, који је укључио велику већину запослених, будући да је у овој држави синдикално организовано више од 80% радника. Позитивна искуства са применом концепције флексибилне сигурности бележи и мањи број држава у којима су нова организација рада и поједини атипични уговори о раду, понајвише уговор о раду са непуним радним временом, позитивно утицали на боље усклађивање професионалних и приватних обавеза запослених, као што је то био случај у Холандији.¹⁴

На другој страни се, међутим, налази мноштво других држава, у којима је флексибилизација рада утицала на *маргинализацију и осиромашење појединих, посебно осетљивих, категорија запослених*, као што је то, примера ради, био случај са запосленим женама у Италији и Француској.¹⁵ Стога се крајње неприхватљивим чине закључци појединих аутора да је за успешну примену концепције флексибилне сигурности довољно следити примере добре праксе, попут „чудесног“ данског модела. Уместо тога, у тражењу решења морају се уважити специфичне потребе сваке државе. Ово тим пре што је у неким државама, примена концепције флексибилне сигурности довела до *значајној нарушавања стабилности запослења* (нпр. у Шпанији).¹⁶ Такође, не треба губити из вида да је у многим државама, флексибилизација рада утицала на *повећање броја радника који раде ван радној односа* (на основу уговора грађанског права), као и повећање броја радника који обављају фактички рад.¹⁷

Иако појава нових професионалних и социјалних ризика претпоставља јачање улоге државе и њеног императивног законодавства у обезбеђивању заштите запослених, процес флексибилизације рада је у неким европским државама имао за последицу и то да је уређивање

13 У Данској, сваке године, безмало 1/3 укупног броја запослених промени запослење. Caus Hjort Frederiksen, „Social cohesion and flexicurity – The exemple of Denmark“, у: *Reconciling labour flexibility with social cohesion – Ideas for political action*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, стр. 124 и 131–132.

14 М.-А. Moreau, „Developments in labour law, flexibility and social cohesion: the search for new ways of encouraging restructuring and transition“, стр. 77.

15 *Ibid.*, стр. 72.

16 *Ibid.*

17 М. Hansenne, *нав. дело*, стр. 35.

појединих питања, која су доскора била уређена поглавито законом, сада препуштено социјалним партнерима. Потоња тенденција (тзв. тенденција `контрактуализације` радног права) полази, наиме, од поставке да условима слободне размене роба и услуга више одговарају правни инструменти који су еластичнији од „ригидних“ закона и униформног уређивања радног односа.¹⁸ Прихватање ове поставке има за последицу то да закони који уређују радне односе садрже све већи број бланкетних норми, које упућују на примену одредаба колективних уговора, сасвим различито од досадашње праксе да се законом уређује минимум заштите која је колективним уговором могла бити (само) унапређена.¹⁹ Ипак, најдрастичнију промену представља напуштање начела *in favor laborem*. Реч је, наиме, о традиционалном правилу о хијерархији изворâ радног права које забрањује да се актима ниже правне снаге утврђују мања права запослених или неповољнији услови рада од права и услова утврђених законом.²⁰ Истовремено, начело *in favor laborem* претпоставља да се колективним уговорима и другим актима ниже правне снаге могу утврдити већа права и повољнији услови рада од законом утврђених права и услова, као и друга права која нису утврђена законом, осим ако законом није друкчије одређено. Скорашње реформе радног законодавства у Грчкој, Италији и Мађарској предвиде-

18 A. Supiot, *Critique du droit du travail*, стр. xxv–xxvi.

19 Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21^e édition, Dalloz, Paris, 2002, стр. 26. Упоредити са Горан Обрадовић, „О дерегулацији радних односа“, у: Невена Петрушић (ур.), *Приспјуи њравосуђу – инспјрументѝи за имѝлементѝацију европских сѝандарда у ѝравни сѝстем Републике Србије: ѝемаѝски зборник радова*, књ. 4, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2008, стр. 139–148.

20 Особени пример сужавања заштите запослених на основу аката ниже правне снаге постоји у грчком праву, где је Законом број 3899/2010 допуштено да се колективним уговорима код послодаваца уговарају услови рада који су неповољнији од услова рада уговорених гранским колективним уговором, уз право гранских синдиката или других релевантних федерација синдиката да са послодавцем закључују колективни уговор уколико у одређеној радној средини није основан синдикат. У одговору на колективну притужбу која је, због ове новеле, поднета Европском комитету за социјална права против Грчке, грчка Влада је указала да, и поред тога што допуштају дерогаацију норми гранског колективног уговора *in rebus*, одговарајуће законске норме обезбеђују минимум заштите запослених. Ово стога што су минимални услови рада уговорени националним колективним уговором, као аутономним извором радног права највише правне снаге који се примењује на највећи број запослених. Европски комитет се није изјаснио о овој притужби због уверења да се на предметно питање не примењује гаранција права на одређивање и унапређивање услова рада, организације рада и радне средине (члан 3, став 1, тачка а/ Протокола број 1 уз Европску социјалну повељу), а због чије је повреде притужба и поднета. European Committee of Social Rights, Decision on the merit, *General Federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) v. Greece* (Complaint No. 65/2011), 23 May 2012.

ле су, наиме, значајна одступања од начела *in favor laborem*, независно од тога што оно чини „душу радног права“.

Тако је у *Италији*, под снажним притисцима Европске централне банке и Међународног монетарног фонда, Законом број 92/2012²¹ уведен низ мера којима је требало обезбедити „рационализацију атипичних уговора о раду и спречавање њихове злоупотребе, ограничавање заштите од отказа запослених са стандардним уговором о раду и повећање давања и услуга које олакшавају запошљавање незапослених радника“.²² Овако прокламовани циљеви нису, међутим, целовито и правилно пренети у законодавни оквир. То нарочито вреди за уређивање питања престанка радног односа, коме је посвећено више непрецизних и контрадикторних норми, које су у пракси, скопчане са озбиљном правном несигурношћу.²³ Заштита запослених је, притом, значајно угрожена због могућности да се одредбама колективног уговора код послодавца дерогирају *in reius* одредбе општег колективног уговора, па, чак и законске одредбе (истина, уз одређена ограничења), чиме се колективно преговарање претвара у средство за заштиту послодавчевих интереса.²⁴ Слично решење садржано је и у *новом мађарском Законику о раду*,²⁵ који је, такође, усвојен са циљем повећања конкурентности и запослености, као и искорењивања тзв. рада на црно „снижавањем трошкова, ризика и бирократских терета“ који оптерећују послодавце.²⁶ Остваривању тих циљева и задатака требало би да допринесе, између осталог, и стварање могућности за што шире уговорно уређивање радних односа, због чега је, супротно историјској функцији колективних уговора да унапређују положај запослених, уведена могућност социјалних партнера да одредбама колективног уговора дерогирају одређене законске одредбе на штету запослених. Осим тога, Закоником је значајније ограничена и могућност дерогације законских одредаба у корист запослених, чиме се ствара озбиљна напетост и противречност у самој садржини Законика,

21 Legge 28 giugno 2012, n. 92 – Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita (GU, n. 153, del 3-7-2012 – Suppl. Ordinario n. 136).

22 Maria Teresa Carinci, „The Italian labour market reform under the ‘Monti’ Government (Law No. 92/2012)“, *European Labour Law Journal*, Vol. 3, бр. 4/2012, стр. 306.

23 *Ibid.*

24 Gianni Loy, „La réforme italienne: Entre le malentendu de la flexicurité et la tentation du contrat unique“, *Revue de droit comparé de travail et de la sécurité sociale*, бр. 2/2012, стр. 39.

25 Закон бр. I/2012, од 13. децембра 2011. године (2012. évi I. törvény a munka törvénykönyvéről).

26 Csilla Kollonay-Lehoczky, „Une ‘troisième voie’ en droit du travail? Un panorama du nouveau Code du travail hongrois: Entre un libéralisme extrême et des réminiscences de l’économie planifiée centralisée“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, бр. 2/2012, стр. 76.

а положај запослених чини осетљивијим. Мађарски законодавац, наиме, очекује да ће, уз снижавање квантитативних услова за стицање својства репрезентативности синдикатâ, ово правило подстаћи колективно преговарање и то захваљујући већој заинтересованости послодаваца и њихових удружења за закључење колективног уговора. Са друге стране, постоји уверење да ће положај синдикатâ бити ојачан, због могућности да као противпрестацију за пристанак на погоршање одређених услова рада или сужавање обима одређених права – захтевају да други услови рада буду повољнији, а друга права већа.²⁷ То, међутим, није и једино одступање од начела *in favor laborem*, већ Законик допушта дерогацију законских норми *in peius* посредством споразума савета запослених и послодавца, ако код послодавца није закључен колективни уговор, односно ако на том нивоу није организован синдикат или постојећи синдикати не испуњавају својство репрезентативности. Потоње решење се, с правом, критикује у литератури, посебно ако се има у виду да је преговарачка снага савета запослених значајно ослабљена због тога што му не припада право да организује штрајк, док његови чланови не могу да подржавају штрајк који организују радници у одређеној радној средини.²⁸

III Циљеви и садржина реформи правилâ о престанку радног односа – упоредни преглед

Захтеви за флексибилним уређивањем радних односа односе се, између осталог, и на материју престанка радног односа, јер је послодавцу *властí оййуишшања* важна безмало као и овлашћења која му припадају у поступку запошљавања (у вези са избором кандидатâ за запослење), зато што му омогућава делотворно управљање предузећем. Ипак, послодавчева власт отпуштања није апсолутна, већ сваки правни систем одређује околности у којима послодавац може окончати радни однос. Премда упоредно право познаје и изузетке, који почивају на идејама доктрине *employment at will*, у савременом радном праву преовлађује решење, које подразумева напуштање или модификацију општих правила облигационог права о престанку уговора са трајним извршењем. То је укључило и развој више радноправних института којима се ограничава послодавчева власт отпуштања, почевши од правила о ваљаним отказним разлозима и отказном року, преко обавезе исплате отпремине и консултовања представникâ запослених о отказу, до посебних правила која се односе на отпуштање тзв. вишка запослених, а која

27 Tamás Gyulavári, Nikolett Hős, „The road to flexibility? Lessons from the new Hungarian Labour Code“, *European Labour Law Journal*, vol. 3, бр. 4/2012, стр. 257.

28 *Ibid.*

претпостављају примену мера за очување запослења (отказ као *ultima ratio*).

У тренутку када је у њима незапослено више од 26 милиона лица,²⁹ државе чланице Европске уније настоје да спрече злоупотребе послодавчеве власти отпуштања. Стога је, после првих удара економске кризе, реакција законодаваца била усмерена, управо, на заштиту најугроженијих категорија радника, попут оних ангажованих на основу уговора о раду са непуним радним временом, као и старијих и младих радника.³⁰ Након ових првих реакција, законодавна интервенција је, међутим, преусмерена ка сасвим другачијем циљу: ка снижавању трошкова рада и већој флексибилности рада.³¹ Такав приступ оправдава се уверењем да *примена раднојравних правила о заштити од оштрава производи нејативне макроекономске последице*, зато што ова правила наводно представљају препреку за интензивније запошљавање радника. Ово уверење почива на тези да су, због кризе и потребе да буду конкурентнији на тржишту, послодавци суочени са потребом смањења броја запослених, али да ту потребу није лако задовољити због високих (непосредних и посредних тошкова) отпуштања.³² То даље значи да су послодавци дестимулисани да запошљавају нове раднике због страха од трошкова које ће имати када их буду отпуштали, док правила о престанку радног односа обезбеђују „заштиту“ постојећих радника, чије се отпуштање своди на минимум, јер је сувише скупо за послодавце.³³ Стога се и развија амбивалентан однос послодаваца према запосленима и незапосленима, при чему се тражиоци запослења доводе у неповољнији положај у односу на запослене, јер строга и скупа правила о отпуштању делују дестимулативно по њихово запошљавање, али и по отпуштање

29 Почетком новом миленијума, у државама чланицама Европске уније било је 20 милиона незапослених. У наредним годинама, њихов број је опадао, те је почетком 2008. године износио 16 милиона. Услед развоја економске кризе, долази до наглог повећања броја незапослених, којих је до краја 2012. године било чак 26 милиона, док је у јануару 2014. године, у 28 држава чланица Европске уније, било незапослено 26.231.000 лица. Међу овим државама, притом, постоје значајне разлике у броју незапослених, тако да се стопа незапослености креће од 4,9% у Аустрији и 5% у Немачкој до 25,8% у Шпанији и 28% у Грчкој. Нав. према: Recent developments in unemployment at a European and Member State level, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Unemployment_statistics, 1.3.2014.

30 Costas Papadimitriou, „Le droit du travail Grec face à la crise: Un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique“, *Revue de droit comparé de travail et de la sécurité sociale*, број 2/2012, стр. 7.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*, стр. 11.

33 European Commission, *Towards common principles of flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*, стр. 12.

постојећих запослених. У том смислу се, у једном делу литературе, афирмише предлог о *већој флексибилности, ја и дерегулацији, заштити зајослених од ојказа, као и у случају ојказа*.³⁴

Такви научни и стручни аргументи били су довољно убедљиви за поједине законодавце да се одлуче на измене одређених правила о отказу уговора о раду. Ова правила нису, међутим, значајније измењена, осим у Естонији, Шпанији и Грчкој, а, у извесној мери и у Италији. Такође, ваља имати у виду да су поједини законодавци прибегли изменама (заправо, поједностављивању) отказног поступка, што је нарочито укључило скраћивање отказног рока (нпр. у Бугарској, Грчкој, Естонији, Литванији, Португалији, Словачкој, Шпанији), ублажавање послодавчеве обавезе информисања и консултовања запослених о отказу (нпр. у Грчкој, Мађарској и Шпанији), укидање услова који се тичао одобрења надлежног државног органа или тела за отпуштање запосленог (нпр. у Естонији), те ограничавање могућности за вођење радних спорова због отказа (у Великој Британији).³⁵ У неким државама, другачије су уређене и последице повреде отказног поступка, а најзначајнију новину чини то што повреда правилâ отказног поступка више не представља разлог за поништај решења о отказу, већ послодавац има (само) обавезу да запосленом исплати накнаду штете (нпр. у Шпанији и Португалији).³⁶ У многим државама, реформе су укључиле и преиспитивање појма колективног отпуштања (посебно проширивање појма економских разлога који оправдавају таква отпуштања) и снижавање висине отпремнина, док су у неким државама основани посебни фоднови за финансирање отпремнина (нпр. у Португалији).³⁷

1. Каталог ваљаних отказних разлога

Правила савременог радног права која се тичу отказа уговора о раду почивају на идеји о неопходности *заштити зајослених од арбитрарној и неоправданој йресџанка радној односа*, због чега је отказ

34 Неки аутори сматрају да би могуће разлоге за уздржаност законодаваца у погледу измена правилâ о отказу уговора о раду требало тражити у уверењу да примена правилâ о отказу производи мање значајне економске последице него што је то случај са изменама осталих аспеката радног односа. Ипак, овај закључак релативизује њихово уверење да је та законитост прихватљива само у редовним, „нормалним“ (економским) околностима, али не и у случају озбиљних економских криза. Robert Rebhahn, „Significant changes/trends in dismissal law since 2006“, European Labour Law Network, *Protection aganst dismissal in Europe. Basic features and current trends*, 2011, стр. 56 и 58, <http://www.labourlawnetwork.eu>, 25.3.2014.

35 S. Clauwaert, I. Schömann, *нав. дело*, стр. 12

36 R. Rebhahn, *нав. дело*, стр. 52.

37 S. Clauwaert, I. Schömann, *нав. дело*, стр. 12–13.

уговора о раду на иницијативу послодавца допуштен само ако је за то постојао ваљани (оправдани) разлог. Приликом скорашњих реформи радног законодавства, у већини европских држава, нису мењана правила која се тичу отказних разлога. Изузетак представља Естонија, где су 2009. године ова правила измењена у правцу проширивања подручја послодавчеве власти отпуштања,³⁸ док је у Великој Британији, Португалији, Словачкој, Чешкој и Шпанији одговарајућа измена укључила рedefинисање економских отказних разлога (и правила о вишку запослених) не би ли се омогућила боља и бржа прилагодљивост послодаваца тржишним променама.³⁹ Могућност отказа због економских разлога проширена је и у румунском праву, где укидање радног места представља довољан разлог за отказ, док је у Латвији отворена и могућност за отказ уговора о раду запосленог који је дуже време спречен за рад услед болести или повреде.⁴⁰

Екстреман пример реформе, јединствен међу европским државама, представља, међутим, *реформа грчког радног законодавства*, којом је постигнута безмало апсолутна флексибилност правила о отказу уговора раду на иницијативу послодавца. Премда у овој држави, законитост отказа није зависила од постојања ваљаног отказног разлога ни пре најновије реформе, у пракси је власт отпуштања многих послодаваца, посебно оних са већим бројем запослених, била ограничена аутономним изворима права којима је био уређен отказни постпак и потврђен захтев за постојањем оправданог отказног разлога.⁴¹ Управо те границе послодавчеве власти (и гаранције сигурности запослења) укинута су Законом број 4046/2012, чијим је одредбама утврђено да ће се, по ступању Закона на снагу, на материју отказа уговора о раду примењивати *искључиво* одредбе овог закона.⁴² На тај начин је призната безмало потпуна слобода послодаваца да отпуштају запослене из било ког разлога. Осим тога, флексибилизацији престанка радног односа допринело је и скраћивање отказног рока, и, нарочито, укидање права на отказни рок и накнаду у случају отказа стандардног уговора о раду који је послодавац дао запосленом у првој години трајања уговора. Реформа грчког радног законодавства је, коначно, укључила и измене правила о колективном отпуштању, која су била изузетно строга, будући да отпуштање тзв. вишка запослених није било условљено консултовањем, већ сагласношћу, синдиката или представника државе са послодавчевом

38 R. Rebhahn, *нав. дело*, стр. 53.

39 S. Clauwaert, I. Schömann, *нав. дело*, стр. 12.

40 R. Rebhahn, *нав. дело*, стр. 54.

41 C. Papadimitriou, *нав. дело*, стр. 12.

42 *Ibid.*

одлуком о отпуштању запослених за чијим је радом престала потреба. Премда је наведено правило крајње ретко примењивано у пракси, јер су га послодавци „заобилазили“ сукцесивним отпуштањем мањег броја запослених од броја који је квалификован као вишак запослених, Законом број 3863/2010 је измењен број запослених чије се отпуштање може квалификовати као „колективно отпуштање“.⁴³ Пример из грчког права сведочи, дакле, о драматичном утицају економске кризе на радно законодавство, јер је тај утицај имао за последицу драстично снижавање висине зарада и пензија, нарушавање хијерархије извора радног права, бројна ограничења за запошљавање, брзи пораст стопе незапослености, свеопшту несигурност запослења, те „деконструкцију радног права“ и напуштање основних вредности које чине његову суштину.⁴⁴ Ове последице су озбиљне утолико што у Грчкој, услуге социјалне заштите нису издашне, док је култура социјалног дијалога недовољно развијена, баш као и политика активног тржишта рада и пракса целоживотног учења, што су све важни ослонци концепције флексибилне сигурности.

Новелирана правила о отпуштању запослених садржи и *нови мађарски Законик о раду*. Она су усвојена због уверења да су ранија строга правила о престанку радног односа представљала значајну препреку за повећање запослености и конкурентности. Мађарски законодавац је, отуд, одлучио да значајно поједностави и учини јефтинијим поступак отпуштања, али је каталог оправданих отказних разлога остао непромењен (разлози који се тичу способности и понашања запосленог, и функционисања послодавца), уз додатак једног новог отказног разлога.⁴⁵ Реч је о повреди обавезе верности запосленог послодавцу, с тим што се може очекивати да ће примена овог разлога бити скопчана са ризиком арбитрарног одлучивања, будући да у Законнику није прецизирана садржина предметне обавезе.⁴⁶ Истовремено су као неоправдани отказни разлози потврђени трудноћа, одсуство са рада ради неге детета, подвргавање третману вештачке оплодње и одслужење војног рока, док је посебна заштита од отказа сада ускраћена запосленима који су привремено спречени за рад због болести или бриге о болесном детету.⁴⁷ Олакшано је и отпуштање старијих лица, прецизније, запослених којима недостаје пет година до одласка у пензију, али само у случају отказа уговора о раду због потреба послодавца.⁴⁸ Положај слабије стране радног

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*, стр. 16.

45 Мађарски Законик о раду, део 66; видети и део 55, став 1, тачка d.

46 С. Kollonay-Lehoczky, *нав. дело*, стр. 87.

47 Мађарски Законик о раду, део 65, став 3.

48 С. Kollonay-Lehoczky, *нав. дело*, стр. 87.

односа у случају вишка запослених погоршан је и у погледу обавезе консултовања запослених која представља обавезан сегмент отпуштања вишка запослених.⁴⁹

Премда се у литератури, радноправна правила о отказу уговора о раду неретко наводе као посебно ригидан елемент европског тржишта рада, ваља имати у виду да је њима зајемчена заштита постепено сужавана у пракси. Ово захваљујући, пре свега, *пороасту броја уговора о раду на одређено време*, за који важе особена правила о престанку радног односа, а, затим, и захваљујући *усијњавању производње*, будући да су тзв. мали послодавци изузети из примене појединих правила о престанку радног односа, нарочито када је реч о отпуштању вишка запослених.⁵⁰ Осим тога, не треба губити из вида да је у неким државама, важан инструмент за обезбеђивање флексибилнијег престанка радног односа представљало и *редефинисање њојма малих послодаваца у циљу сужавања њиховог подручја примене заштитних законодавства*. На тај начин је из подручја примене радноправних правила о заштити од отказа изузет значајан број послодаваца, као што је то, примера ради, раније учињено у Немачкој померањем границе за примену заштитних правила са послодаваца који запошљавају најмање пет запослених на послодавце са више од 10 запослених. Такав приступ нарочито подразумева напуштање захтева за постојањем оправданог разлога за отказ уговора о раду на иницијативу малог послодавца. Тиме се значајно погоршава положај запослених, посебно ако се има у виду то да се код ове врсте послодаваца не може успоставити савет запослених, а у неким државама, нема могућности ни за именовање синдикалног представника,

49 Премда Законик, у складу са одредбама Директиве Савета 98/59/ЕЗ, потврђује обавезу послодавца код кога је престала потреба за радом већег броја запослених да започне преговоре са саветом запослених у циљу постизања споразума о решавању вишка запослених, овај извор мађарског права не предвиђа раније супсидијарне облике консултовања представника запослених у оним радним срединама у којима није основан савет запослених: консултације са репрезентативним синдикатима или са *ad hoc* основаним одбором запослених (Т. Gyulavári, N. Hős, *нав. дело*, стр. 267). На тај начин је, и поред формалне усклађености одредаба новог Законика са правом Европске уније, велики број запослених, заправо, стварно ускраћен за могућност информисања и консултовања у случају колективног отпуштања. Ово посебно стога што је у пракси Суда правде Европске уније афирмисан став да су државе чланице Уније обавезне да предузму све неопходне мере како би се радницима осигурало да буду информисани и консултовани, уз могућност да преко својих представника интервенишу у случају колективних отпуштања. Пресуда Европског суда правде у предмету С-383/92 (*Commission v. UK*), од 8. јуна 1984. године (*European Court Reports*, стр. I-2479), став 23.

50 Tiziano Treu, „New forms of labour flexibility: how should labour law evolve“, у: *Reconciling labour flexibility with social cohesion – Ideas for political action*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, стр. 97.

чиме је искључена могућност ограничавања послодавчеве власти посредством основних права из колективних радних односа. Осим тога, треба уочити и то да у неким државама, попут Италије, од величине послодавца зависи и обим заштите запослених у случају незаконитог отказа, будући да је, уз изузетак отказа због дискриминације, запосленима код малих послодаваца ускраћено право да захтевају враћање на рад (реинтеграцију) у случају незаконитог отказа.

2. Скраћивање отказног рока

У неким европским државама, најзначајније измене правила о отказу уговора о раду односиле су се на отказни рок, који треба да омогући запосленом коме је послодавац дао отказ да се прилагоди овој промени и пронађе друго запослење. Реч је, дакле, о праву запосленог да, пре престанка радног односа, потражи друго запослење и да током тог периода остварује зараду, с тим што му, уместо отказног рока, може бити исплаћена и накнада у висини зараде на коју би имао право да је радио током предметног периода. Једини изузетак од овог правила представља отказ због теже повреде радне обавезе, када запосленом може бити ускраћено право на отказни рок.

Премда отказни рок мора бити *разумне дужине*, у праву европских држава, квалификација „разумног отказног рока“ значајно се разликује од једног до другог правног система. Његова дужина, наиме, варира од једне недеље (у Великој Британији, Ирској, Кипру и Малти) до неколико месеци, с тим што се у многим државама, дужина отказног рока одређује сразмерно дужини радног стажа запосленог, односно у складу са начелом сениоритета.⁵¹ Будући да дужи отказни рок може представљати значајан терет и трошак за послодавца, посебно ако је отказ дат због непоседовања потребних способности или неостваривања резултата рада, као и ако је престала потреба за радом запосленог,⁵² поједини законодавци су се одлучили за скраћивање дужине отказног рока. То је, примера ради, био случај у Грчкој,⁵³ где је, на основу одредаба Закона број 3899/2010, запосленима који су закључили уговор о раду на неодређено време чак укинуто право на отказни рок (као и право на

51 Осим тога, законодавство европских држава познаје и различита правила о могућности продужења или, чак, скраћења, отказног рока посредством колективних уговора или уговора о раду. European Labour Law Network, *Dismissal – particularly for business reasons – and employment protection*, 2011, стр. 23 и 25.

52 Etelka Korpič Horvat, „Ali pravna ureditev varstva za primer brezposlenosti sledi ciljem prožne varnosti“, *Delavci in delodajalci*, vol. 10, бр. 2–3/2010, стр. 332.

53 С. Papadimitriou, *нав. дело*, стр. 11–12.

накнаду) у случају отказа током прве године трајања радног односа која се изједначава са пробним радом.⁵⁴

Потоње решење је, с правом, оцењено као повреда одредбе Европске социјалне повеље у којој је, као битан елемент права на правичну накнаду, зајемчено „право свих радника на разуман период отказног рока у случају престанка радног односа“.⁵⁵ Европски комитет за социјална права је, наиме, потврдио да право на отказни рок разумне дужине припада *свим* категоријама запослених, укључујући и запослене са нестандартним запослењем, као и запослене који обављају пробни рад.⁵⁶ Стога је за Комитет било неприхватљиво образложење грчке Владе да су спорне законске одредбе уведене у правни систем због „финансијског вртлога који угрожава опстанак привреде ове државе“, и то као привремена мера која ће бити укинута чим то буде дозволила економска ситуација у земљи, с тим што су политичке и економске тешкоће са којима се Грчка суочава онемогућиле утврђивање рока у којем ће то бити учињено.⁵⁷

Ови аргументи били су, дакле, неубудљиви за Европски комитет за социјална права, а слично је резоновао и трипартитни комитет Међународне организације рада када је одлучивао о притужби коју је поднела француска конфедерација синдиката *Force ouvrière* поводом законских правила о уговору о новом запослењу (*contrat 'nouvelles embauche'*). Ту нову врсту уговора о раду, која је уведена у француски правни систем 2005. године, могла су закључити предузећа која запошљавају мање од 20 запослених, уз могућност да, различито од правила садржаних у Законику о раду, током иницијалног двогодишњег периода радног односа (тзв. период консолидације запослења /*consolidation de l'emploi*/) дају запосленом отказ из било ког разлога.⁵⁸ У извештају

54 Закон број 3899/2010 о хитним мерама за спровођење програма подршке грчкој економији, од 17. децембра 2010. године (Νόμος 3899/2010, ФЕΚ 212/τ. Α'/17–12–2010).

55 European Social Charter (*European Treaty Series*, No. 35), члан 4, став 4.

56 „Премда је легитимно примењивати концепцију пробног рада како би се послодавцима омогућило да провере способности запосленог и [...] то да ли њихово понашање одговара захтевима радног места које им је поверено, концепцију не би требало тумачити толико широко, нити би он требало да траје толико дуго да учини неделотворним гаранције које се тичу отказног рока и накнаде.“ European Committee of Social Rights, Decision on the merit, *General Federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) v. Greece* (Complaint No. 65/2011), 23 May 2012, став 25 i) и став 26.

57 Resolution CM/ResChS(2013)2 adopted by the Committee of Ministers on 5 February 2013 at the 1161st meeting of the Ministers' Deputies (General Federation of employees of the National Electric Power Corporation /GENOP-DEI/ and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions /ADEDY/ against Greece, Complaint No. 65/2011).

58 Ordonnance n° 2005–893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail „nouvelles embauches“ (*JORF*, n°179, du 3 août 2005, стр. 12689).

комитета Међународне организације рада који је Административни савет једногласно усвојио закључено је да ова правила представљају повреду одредаба Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца. Ово стога што Конвенција допушта дерогацију правила о заштити од отказа током пробног рада или квалификујућег периода, али ту могућност условљава захтевом да је реч о периоду разумног трајања. А тако се не може квалификовати иницијални двогодишњи период рада на основу уговора о новом запослењу, и поред уважавања свих релевантних чинилаца (време потребно за стицање вештина и искуства неопходног за обављање повереног посла, општи интерес за подстицање малих послодавца на запошљавање младих радника, каталог права доступних запосленима по престанку уговора о новом запослењу, а у вези са проналажењем другог запослења, могућност судске заштите због злоупотребе послодавчеве власти отпуштања /дискриминаторски отказ/).⁵⁹ Комитет је, дакле, закључио да двогодишњи период тзв. консолидације запослења не представља квалификујући период разумног трајања, као и да су правила на основу којих послодавац, у прве две године, може да откаже уговор без ваљаног разлога – противне одредбама Конвенције број 158. Овај став утицао је на француског законодавца да 2008. године укине уговор о новом запослењу, као институт радног права, док су уговори који су закључени под тим називом аутоматски (пре)квалификовани у уговоре о раду на неодређено време на које се примењују одредбе Законика о раду.⁶⁰

Од наведеног става Евопског комитета за социјална права и комитета Међународне организације рада одступа, међутим, став, који је заузео Европски суд за људска права, поводом британског Закона о правима из радног односа,⁶¹ којим је послодавцима допуштено да у првих 12 месеци запослења опусте запосленог без образложења. Суд је закључио да је једногодишњи квалификујући период уведен „зато што је влада сматрала да ће ризици од неоправданог покретања судских поступака због неправичног отказа и трошкови тих поступака одвраћати послодавце од запошљавања више нових радника. Стога једногодишњи квалификујући период има за циљ да домаћа привреда ужива користи

59 Report of the committee set up to examine the representation alleging non-observance by France of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98), the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) and the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), made under article 24 of the ILO Constitution by the Confédération générale du travail – Force ouvrière, Geneva, November 2007, GB.300/20/6, став 89.

60 Loi n° 2008–596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail (*JORF*, n° 148, du 26 juin 2008, стр. 10224), члан 9.

61 Employment Rights Act (1996).

од повећања потражње за радом.⁶² Овом приликом, Суд се осврнуо и на дужину квалификујућег периода, закључивши да је једногодишњи период редовно довољно дуг да омогући послодавцу да процени да ли му запослени одговара или не.⁶³ Тај закључак био је довољан за оцену да је Велика Британија „спречавањем запослених да подносе тужбе због отказа предузела оправдане и одговарајуће мере за подупирање домаћег тржишта рада“.⁶⁴

3. Сужавање заштите за случај незаконитог отказа

У већини европских држава, изменама правила о отказу уговора о раду обухваћене су последице незаконитог отказа, нарочито, када је реч о праву запосленог да захтева враћање на рад. Ово упркос томе што, у складу са универзалним међународним радним стандардима, право на реинтеграцију представља примарно средство заштите у случају неоправданог престанка радног односа.⁶⁵ Нова законска решења, наиме, почивају на поставци да је институт враћања на рад само симболична мера која нема капацитета да одврати послодавце од отпуштања и која, штавише, „подстиче“ злоупотребе и изигравање важећих правила.⁶⁶ Стога се, последњих година, повећава број држава у којима накнада штете представља једини инструмент заштите за случај незаконитог отказа, осим у изузетним случајевима, какав је дискриминаторски отказ.

Процесне гаранције и санкције за случај незаконитог отказа су, тако, примера ради, измењене у новом мађарском Законику о раду.⁶⁷ То, најпре, вреди за напуштање правила да отпуштени радник, поред права да захтева враћање на рад или накнаду штете у износу од две до 12 зарада, има и право на накнаду изгубљених зарада од дана престанка радног односа до ступања на снагу пресуде о незаконитости отказа уговора о раду. Премда је усвојено са циљем да подстиче послодавце на доследно поштовање норми о престанку радног односа, ово правило оптеретило

62 Пресуда Европског суда за људска права у предмету Редферн (*Redfearn*) против Уједињеног Краљевства, од 6. новембра 2012. године (представка број 47335/06), став 53.

63 *Ibid.*

64 *Ibid.* Ово тим пре што се правило о искључењу запослених који раде краће од 12 месеци из круга заштићених лица дерогира у случају отказа због расе, пола, вероисповести и других својстава које чине основ дискриминације.

65 Brian Napier, „Dismissal – The new I. L. O. standards“, *Industrial Law Journal*, vol. 12, бр. 1/1983, стр. 22.

66 Michele Tiraboschi, „Italian labour law after the so-called Monti-Fornero reform (Law No. 92/2012)“, *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, vol. 1, бр. 3–4/2012, стр. 84.

67 Мађарски Законик о раду, делови 82–84.

је послодавце значајним трошковима, посебно ако се има у виду просечна дужина трајања радних спорова у предметној материји (три-четири године).⁶⁸ Иако је по суду неких аутора, правило о накнади изгубљених зарада имало за последицу неправично „кажњавање“ послодаваца за неефикасност судског система,⁶⁹ други писци сматрају да су такве оцене претеране и да ће напуштање предметног правила обесхрабити запослене да захтевају судску заштиту од незаконитог отказа. Осим тога, враћање на рад, у начелу, више не представља редовну последицу незаконитог отказа, већ га може захтевати сасвим узак круг запослених који уживају нарочиту заштиту од отказа (запослени којима је радни однос престао за време трудноће и одсуства са рада ради неге детета или због других својстава која представљају основ дискриминације, као и због тога што је запослени синдикални представник или члан савета запослених).⁷⁰ Положај запослених додатно је погоршан ограничавањем висине накнаде изгубљених зарада (на највише 12 накнада зарада које припадају запосленом за време привремене спречености за рад), посебно ако се имају у виду крајње ограничене могућности за истицање захтева за реинтеграцијом.

Осетљиво питање реинтеграције представљало је предмет реформе радног законодавства и у *Италији*. Притом, ваља имати у виду да и у овом правном систему, радни однос на неодређено време може престати на иницијативу послодавца због праведног разлога који се тиче изузетно тешке повреде радне обавезе и због оправданих разлога, како се могу квалификовати озбиљне повреде уговорних обавеза (тзв. субјективни разлози), као и разлози који се тичу производње, функционисања или организације предузећа (тзв. објективни /економски/ разлози).⁷¹ Правила о заштити запослених за случај отказа се, надаље, разликују према величини послодавца, тако да је запосленима код малих послодаваца ускраћено право на реинтеграцију, осим у случају дискриминаторског отказа. Уместо тога, запослени коме је мали послодавац дао отказ без ваљаног разлога може да захтева само накнаду штете у висини од 2,5 до шест зарада.⁷² Када је, пак, реч, о средњим и великим послодавцима (послодавци који запошљавају више од 15 запослених у производној јединици или више од 60 запослених на свим местима рада), законодавац напушта или значајно мења дотадашња заштитна правила, сматрајући да су она одвраћала стране инвеститоре од улагања

68 T. Gyulavári, N. Hős, *нав. дело*, стр. 262.

69 *Ibid.*

70 C. Kollonay-Lehoczky, *нав. дело*, стр. 88.

71 European Labour Law Network, *Dismissal – particularly for business reasons – and employment protection*, стр. 54.

72 M. T. Carinci, *нав. дело*, стр. 310–311.

у италијанску привреду, док су послодавци из Италије због њих били доведени у неповољнији положај на међународном тржишту, јер је обим зајемчене заштите био већи од оног зајемченог у већини других правних система.⁷³ Најопштије посматрано, новим законом је потврђено да у случају незаконитог отказа, запослени код средњих и великих послодаваца имају право на накнаду у износу од највише 24 зараде, док је право на реинтеграцију укинута, осим у следећим случајевима: а) у случају дискриминаторског отказа; б) у случају „дисциплинског“ отказа који је дат без праведног разлога (*giusta causa*) или оправданог мотива (*giustificato motivo*), али само ако чињенице које се приписују запосленом нису утврђене; в) у случају отказа због економског разлога, ако је отказ стварно дат због физичке или психичке неспособности запосленог (даке, без мотива који би се тицао производње, функционисања и организације предузећа *giustificato motivo oggettivo*), или ако је отказом повређено право на очување запослења за време спречености запосленог за рад због болести или повреде.⁷⁴ Истовремено, законодавац сужава заштиту запослених којима је признато право да захтевају враћање на рад тако што ограничава висину накнаде (од дана отказа до дана враћања запосленог на рад) на 12 месечних зарада, уз могућност њеног умањења за износ примања које је отпуштени радник у међувремену остварио (*aliunde perceptum*), као и уз могућност да се овај износ умањи чак и за примања која је запослени могао да оствари да се марљиво посвети активном тражењу новог запослења.

Италијански законодавац уводи и особени режим заштите у случају отказа због објективног разлога, будући да је Законом од 2012. године утврђена обавеза послодавца да, приликом обавештавања о отказу, запосленом пружи и податке о разлозима због којих је донео одлуку о отказу. Другу процесну новину представља захтев да странке пре отказа приступе поступку мирења пред посебним телом министарства рада (*Direzione Territoriale del lavoro*), тако да послодавац може да запосленом дâ отказ у случају неуспешног исхода мирења, док се у супротном закључује споразум о престанку радног односа, али уз право запосленог на помоћ у проналажењу другог запослења. И, најзад, приметимо и то да су Законом измењена и правила отказног поступка не би ли се спречила пракса многих послодаваца да од запосленог захтевају потписивање изјаве о отказу која се у неком каснијем тренутку може

73 М. Tiraboschi, *нав. дело*, стр. 67. У складу са одредбама Закона број 300/1970, запослени је имао право на враћање на рад и право на накнаду свих изгубљених зарада од дана отказа до дана реинтеграције, с тим што висина накнаде није смела бити нижа од петоструког износа зараде. Запослени који не би истакао захтев за враћањем на рад имао је право на накнаду штете у висини од 15 зарада. М. Т. Carinci, *нав. дело*, стр. 310–311.

74 G. Loy, *нав. дело*, стр. 43.

искористити као основ престанка радног односа на иницијативу запосленог. У том смислу је престанак радног односа на иницијативу запосленог, као и споразумни престанак радног односа на предлог запосленог, условљен одобрењем посебних тела (*Direzione Territoriale del lavoro*, локалне службе за запошљавање и друга тела набројана у оквирном колективном уговору) ако је запослени трудница или родитељ са дететом млађим од три године.⁷⁵

Већ и сумаран приказ нових италијанских правила о престанку уговора о раду сведочи да она нису довољна јасна и прецизна. Стога се може очекивати да ће ова решења дати повода различитим тумачењима у судској пракси, што ће додатно повећати правну несигурност, док неки аутори као могућу последицу њихове примене виде и већи значај метода за алтернативно решавање радних спорова. Ипак, и та последица са собом доноси одређене ризике за запослене, посебно ако се има у виду да ће они, као економски слабија страна радног односа, неретко пристајати и на скромније понуде послодавца желећи да избегну дуготрајан судски поступак у којем им није зајемчено враћање на рад.⁷⁶ Описана решења омогућавају, дакле, флексибилније отпуштање запослених, али их не прате одговарајуће сигурносне мере, због чега се може закључити да у њима није примењена концепција флексибилне сигурности, већ само концепција огољене флексибилности. То, међутим, није и једини допринос примени потоње концепције у италијанском праву, већ исто вреди и за флексибилно уређивање запошљавања, док је заштита запослених, као што смо видели, значајно угрожена због могућности да се одредбама колективног уговора код послодавца дерогирају *in peius* одредбе општег колективног уговора, па, чак и законске одредбе.

IV Закључак

Последњих година, радно право је, као никада пре, суочено са притисцима да се постепено, али неумитно, измени његова заштитна природа, не би ли се ова грана права претворила у „инструмент за подстицање конкурентности предузећа“.⁷⁷ Посебно интензивни притисци ове врсте долазе од Европске централне банке, Међународног монетарног фонда и Светске банке, који, као један од инструмената за савладавање последица економске и финансијске кризе, предлажу флексибилније

75 М. Tiraboschi, *нав. дело*, стр. 69–75.

76 М. Т. Carinci, *нав. дело*, стр. 315.

77 G. Loy, *нав. дело*, стр. 48. Више о преиспитивању циљева радног права видети у: Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 121–128.

уређивање и организацију рада, као и сужавање радноправне заштите у циљу снижавања трошкова рада и подстицања запошљавања. Ипак, ни најдоследније прихватање тих предлога (и захтева) у већини европских држава није утицало на стварање значајнијег броја нових квалитетних послова, већ на осиромашење становништва, као што живо сведочи пример Ирске.⁷⁸ Реформе радног законодавства које су предузете ради дерегулације ионако флексибилних радноправних правила произвеле су, наиме, изразито негативан утицај на основна социјална права, уз продубљивање неједнакости међу грађанима и јачање њихове економске несигурности.⁷⁹ Тај тренд, с правом, изазива забринутост многих аутора, посебно ако се има у виду да је „претпоставка да реформе радног права представљају излаз из кризе – упитна, баш као што је тешко докучити да ли су реформе радног права одговор на економску кризу или њен пуки пратилац, без извесности у погледу било какве узрочне везе између њих“.⁸⁰

Иако је у малом броју држава, реформа радног законодавства обухватила извесна унапређења заштите од отказа, нарочито када је реч о посебној заштити појединих категорија запослених, у већини држава, измене радноправних правила подразумевале су *сужавање заштитне од отказа и, нарочито, заштитне за случај отказа* (скраћивање отказног рока, снижавање висине отпремнине, измене правила која се односе на последице незаконитог отказа, посебно у вези са правом запосленог да захтева враћање на рад).⁸¹ У највећем броју случајева, искуство у примени ових законских новела показало је да су оне биле *концепцијски погрешне*, јер су усвојене у уверењу да се виша стопа запослености може обезбедити снижавањем заштите од отказа. Реч је, наиме, о тези да развијена заштита од отказа одвраћа послодавце од запошљавања нових лица, што се тешко може доказати, баш као што се не може закључити да ће смањени обим заштите од отказа утицати на повећање стопе запослености.⁸² Међу писцима не постоји, дакле, јединствен став

78 G. Loу, *нав. дело*, стр. 48.

79 S. Clauwaert, I. Schömann, *нав. дело*, стр. 16.

80 *Ibid.*, стр. 16–17.

81 У једном делу литературе се као негативна страна развијене заштите од отказа наводи *ризик семенације тржишта рада*, тј. продубљивања разлика које постоје међу појединим категоријама радника. Ово стога што је строга заштита од отказа приуштена само запосленима са уговором о раду на неодређено време, док остали, попут запослених на одређено време, као и радника који раде на основу уговора грађанског права и економски зависних радника остају без одговарајуће заштите, што је неспојиво са начелом социјалне правде и поштене конкуренције.

82 „Ригорознија економетријска истраживања утицаја регулације запослења на опште економске перформансе и индикаторе тржишта рада уопште не дају недвосмислену слику. [...] Закључци варирају од истраживања до истраживања, али се

о прихватљивом приступу уређивању престанка радног односа: док једни упорно истичу предлоге за сужавањем традиционалне заштите запослених у случају отказа уговора о раду, код преосталих аутора јавља се одлучно противљење таквим предлозима. Потоње становиште се, притом, чини посебно оправданим у државама које у оквиру система социјалне сигурности не обезбеђују довољну заштиту незапослених лица. Осим тога, задршка у погледу сужавања заштите од отказа постоји и у државама у којима службе за запошљавање немају могућности да свим заинтересованим лицима обезбеде услуге одговарајућег квалитета и обима. У том смислу се, паралелно са захтевима за реформом правила о отказу уговора о раду, истичу и захтеви за већом заштитом за случај незапослености, и, нарочито, за унапређењем рада носилаца послова запошљавања.

Савремена заштита за случај незапослености, притом, даје предност мерама интеграције незапослених у тржиште рада, уз сразмерно сужавање заштите која се обезбеђује у оквиру осигурања за случај незапослености. Такав заокрет инспирисан је *идејом о већој одговорности појединца за заштити од социјалних ризика*, као и уверењем да издашни системи осигурања за случај незапослености развијају културу зависности незапослених лица од накнада из социјалног осигурања. У том смислу, многи законодавци, укључујући и нашег законодавца, снижавају висину новчане накнаде за случај незапослености и скраћују период њене исплате, верујући да се на тај начин незапослени охрабрују на тражење запослења. Осим тога, постоји и могућност да се средства која су на тај начин „ослобођена“ преусмере на финансирање активних мера запошљавања, што се сматра великом предношћу, нарочито ако се има у виду да су потоње мере доступне и лицима која не испуњавају услове за остваривање новчане накнаде за случај незапослености.⁸³ Ипак, ова нова законска решења прати и опасност да финансијски ризик, којем су изложена незапослена лица, у дужем временском периоду, за њих може да постане и неподношљив. Осим тога, посебну пажњу треба обратити и на *драконске казне које се сстављају у изглед изражиоцима зайослења који не испуњавају обавезу активної тражења йосла*. Тако се у „јуриспруденцији“ Европског комитета за социјална права, с правом, упозорава да се губитак права из осигурања за случај незапослености који су многи законодавци утврдили као последицу повреде обавезе незапосленог лица да активно тражи запослење – може квалификовати

углавном слажу да је веза између регулације и незапослености далеко од тога да буде праволинијска.“ Михаил Арандаренко, *Тржиште рада у Србији. Трендови, институције, политики*, Центар за издавачку делатност Економског факултета у Београду, Београд, 2011, стр. 173.

83 Михаил Арандаренко, „Нови закони о запошљавању“, *Фокус*, јул 2009, стр. 17.

као принудни рад (прецизније, као казна која чини битан елемент правног појма принудног рада) уколико је служба за запошљавање понудила незапосленом *нейодесно зайослење*.⁸⁴ Ово тим пре што осигурање за случај незапослености, барем у иницијалном периоду незапослености, треба да заштити незапосленог од обавезе да прихвати било које запослење, односно да му омогући да пронађе запослење које одговара његовим способностима и вештинама.⁸⁵

Анализирана искуства европских држава у примени концепције флексибилне сигурности могу бити од значаја и за Републику Србију, будући да је флексибилизација рада била опредељена као један од основних циљева *новелирања српског Закона о раду* крајем 2013. године. При том ваља имати у виду да је покушај усвајања измена и допуна овог закона био осујећен због више разлога, од којих је посебно значајно непостојање консензуса свих заинтересованих страна о кључним аспектима реформе радног законодавства. Изради Предлога закона о изменама и допунама Закона о раду није, наиме, претходила чак ни озбиљнија академска дебата о новој концепцији радног законодавства и њеним изгледима за будућност, док социјални партнери и заинтересоване друштвене групе нису били у потребној мери консултовани приликом писања нових радноправних норми.⁸⁶ Ово тим пре што је већина решења била предложена у корист послодаваца, а због уверења да би тако измењено радно законодавство могло пресудно да допринесе повећању страних инвестиција као делотворном инструменту за стварање већег броја послова. Таква настојања и образложења чине се, међутим, неприхватљивим, посебно у погледу реформи правила о отказу уговора о раду, будући да се, по

84 Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2^e édition, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002, стр. 20.

85 Тако и: Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105), став 129.

86 И у другим државама, реформе радног законодавства прате озбиљне социјалне тензије. Синдикати сматрају да новелирана правила неоправдано задиру у основна права запослених, који су, у време економске кризе, ионако „приморани“ да прихватају несигурне послове са ниским и несигурним зарадама. Осим тога, постоји ризик да ће многе категорије радника бити „ принуђене“ да прихвате и привидни независни рад, па, чак, и тзв. рад на црно, којима ће неки послодавци дати предност у односу на заснивање радног односа, због настојања да што је могуће више снизе трошкове рада. Ово тим пре што се проблем непоштовања закона и злоупотребе послодавчевих овлашћења не може решити изменама самог закона, већ јачањем инспекцијског надзора и других надзорних механизма. Са друге стране, нова правила о отказу уговора о раду трпе критике и од стране послодавца, будући да одређена решења погодују само малим послодавцима (због њиховог изумимања из подручја примена појединих заштитних правила), док средњим и великим послодавцима не нуде довољно делотворне инструменте за „борбу“ са свим изазовима глобализације и притисцима којима су изложени на тржишту.

цени Светске банке и Међународне организације рада, српско радно законодавство сврстава „негде око светског и европског просека“ у погледу стриктности законодавне заштите запослења.⁸⁷ Осим тога, искуство многих европских држава сведочи да је флексибилизација рада коју нису пратиле делотворне мере за запошљавање и заштиту од социјалних ризика имала за последицу продубљивање социјалних неједнакости и маргинализацију најосетљивијих категорија радника, посебно младих и старијих радника.⁸⁸ Мороова (*Marie-Ange Moreau*), отуд, с правом, закључује да, „и поред промењене улоге радног права, која подразумева да његове норме треба да допринесу постизању економске равнотеже, флексибилност не сме бити изговор за промену парадигме радног права у економско или тржишно право“.⁸⁹ Ово тим пре што референтна истраживања сведоче да *стројности одбијачној политики не утиче или је од занемарљивој утицаја на стању незапослености*.⁹⁰ Са друге стране, могу се уочити и одређене позитивне економске последице строгих правила о заштити од отказа. Најзначајнија од њих тиче се унапређења поступка избора кандидата за запошљавање, будући да оштра ограничења послодавчеве власти отпуштања утичу на рационализацију поступка запошљавања, те послодавци с посебном пажњом проверавају и утврђују вештине, умећа и способности кандидата за запослење, не би ли запослили управо најбоље међу њима, што се позитивно одражава и на продуктивност рада.⁹¹

Економска криза, као што, с правом, упозорава Европски комитет за социјална права, може, дакле, представљати легитиман разлог за измене важећих закона и праксе у циљу ограничавања јавних трошкова или

87 М. Арандаренко, *Тржиште рада у Србији. Трендови, институције, политике*, стр. 178.

88 Поједини неповољни трендови развоја тржишта рада нису, међутим, узроквани економском кризом, већ је она допринела њиховом продубљивању. То је, примера ради, случај са незапосленошћу младих радника која је постојала и пре расламсавања најновије економске кризе и која је структурне природе, с тим што су последице кризе утицале да овај проблем буде још озбиљнији.

89 М.-А. Moreau, „Developments in labour law, flexibility and social cohesion: the search for new ways of encouraging restructuring and transition“, стр. 80.

90 OECD, *Employment Outlook, Employment Protection and Labour Market Performance*, Paris, 1999, <http://www.oecd.org/employment/emp/2079974.pdf>, 17.3.2014. Резултати овог истраживања показују, међутим, да строгост радноправних правила о отказу уговора о раду утиче на структуру незапослених лица, и то на начин да је у државама са таквим правилима већа незапосленост младих радника, а забележен је и утицај на трајање незапослености, јер су строга правила у овој области скопчана са случајевима дуготрајне незапослености. Нав. према Achim Seifert, Elke Funken-Hötzel, „Wrongful dismissals in the Federal Republic of Germany“, *IUSLabor: Revista electrónica*, бр. 4/2005, <http://www.upf.edu/iuslabor/042005/Artic01.htm>, 13.12.2013.

91 *Ibid.*

ублажавања терета са којима се суочавају послодавци.⁹² Одговарајуће измене не смеју, међутим, бити остварене посредством прекомерне не-сигурности и дестабилизације положаја субјеката основних социјалних права: удаљавање од гаранција основних права у области радног права и права социјалне сигурности „неће само ставити несразмерно велики део последица кризе на плећа запослених“, већ ће, такође, утицати и на продубљивање кризе и повећање трошкова система социјалне сигурности, нарочито социјалне помоћи“.⁹³

Ljubinka KOVAČEVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

ECONOMIC CRISIS AND LABOUR LEGISLATION REFORMS IN EUROPEAN COUNTRIES, WITH SPECIAL REFERENCE TO THE RULES OF TERMINATION OF EMPLOYMENT – POSSIBLE LESSONS FOR THE SERBIAN LABOUR LEGISLATION

Summary

In a time of economic crisis, a broad guarantee for job security is criticized, for it represents an obstacle in overcoming difficulties that employers face in the market. On the other hand, the legal systems that give the employers an almost absolute freedom to terminate employment are criticized as well, as employees need to be better protected during the periods of time with increased risk for (long-term) unemployment. These dilemmas had marked the period after the flare-up of economic crisis in the autumn of 2008. Therefore, the paper shall first consider the impact of the economic crisis on labour legislation reforms in several European countries. Particular attention in this analysis shall be paid to the results of the implementation of the flexicurity concept, which was supposed to increase employment, but instead led to the marginalization and impoverishment of certain categories of employees as well as significant dis-

92 Jean-Pierre Marguénaud, Jean Mouly, „La Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique“, *Droit social*, бр. 4/2013, стр. 341.

93 European Committee of Social Rights, Decision on the merit, *General Federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) v. Greece* (Complaint No. 65/2011), 23 May 2012, став 18.

ruption of employment stability and an increase in numbers of persons working under civil or commercial contracts. Central part of the paper shall be dedicated to the most recent examples of flexibilization (and deregulation) of protection against termination of employment in several European countries (simplification of the dismissal procedure, review of the catalogue of valid reasons for termination, shortening of the notice period, decreasing of the protection in cases of wrongful dismissal). It is noted that the adoption of flexible rules for termination of employment has not contributed significantly to the achievement of the main objective – creation of new jobs, which is an important lesson for Serbian legislators. All the more so because it cannot be concluded that the lower protection from termination of employment will cause the employment to rise (which requires the creation of new jobs through increased investment, serious industrial policies, more effective public administration and lower costs of hiring new workers). In this sense, we can say that the economic crisis represents a legitimate reason to change the labour laws in order to limit labour costs, and that these changes shall not result in excessive job insecurity and breach of the worker's fundamental social rights.

Key words: *economic crisis, labour law reform, concept of flexicurity, dismissal.*

Филип БОЈИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВО НА НОВЧАНУ НАКНАДУ ЗА СЛУЧАЈ НЕЗАПОСЛЕНОСТИ – АКТУЕЛНИ ПРОБЛЕМИ И МОГУЋА РЕШЕЊА*

Резиме

Предмет овог рада је проблемска анализа права на новчану накнаду за случај незапослености, комплексној правној питања из сфере осигурања у случају незапослености.

Аутор, користећи домаћу и ујоредноправну грађу, покушава да проблематизује неколико основних семената овог инстинктивног, нудећи, при том, конкретна решења у погледу унапређења законске регулативе.

Посебна важња посвећена је временској ограниčenости права на новчану накнаду, при чему аутор комарира актуелна решења црногорској и хрватској законодавца у овој области са домаћом леислативом. Истовремено, аутор настоји да, анализом нашег Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености, истакне проблеме у његовој примени.

Питања да ли и под којим условима право на новчану накнаду може остварити и лице којем је радни однос престао споразумом на иницијативу послодавца, као и због одбијања закључења анекса уговора о раду, су додатно проблематизована. Аутор се нарочито бави питањем враћања новчане накнаде Националној служби у случају да је суд ујврдио да је ошказ био незаконити и на њега аутор покушава, суочавајући

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

аргументе два модела и ставове Врховног суда Србије, да да потенцијално практично применљив одговор и законски уједмељено решење.

Кључне речи: новчана накнада, незајосленост, уговор о раду, Закон о зајосљавању и осигурању за случај незајослености.

I Увод

Право на новчану накнаду за случај незапослености, представља основно право из осигурања за случај незапослености, на које осигураник остварује право у случају наступања социјалног ризика незапослености. Реч је о праву признатом у упоредној легислативи, регулисаном великим бројем међународних и регионалних докумената.¹ У домаћем законодавству, ово право се остварује на основу Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености из 2009. године. Право на новчану накнаду је и Уставом загарантовано право. Устав Републике Србије наводи да запослени има право на накнаду у случају привремене незапослености.² Наведена одредба, делује некохерентно, стоји у делу Устава који носи назив социјална заштита, премда је реч о праву из социјалног осигурања које запослени у домаћем правном систему остварује на основу претходног стажа осигурања.

У складу са основним принципима социјалног осигурања, и код осигурања за случај незапослености осигураник може остварити ово право само на основу поднетог захтева надлежној јавној установи, у овом случају Националној служби за запошљавање. У Србији је прихваћен такозвани немачки модел према којем се Национална служба за запошљавање, поред послова запошљавања и спровођења активних мера политике запошљавања, бави и пословима спровођења осигурања

1 *Exempli causa*, Универзална декларација о правима човека Уједињених нација предвиђа у чл. 22 да „свако има право на рад, на слободан избор запослења, на правичне и задовољавајуће услове рада и на заштити од незајослености“, док се у чл. 24 предвиђа да „свако има право на животни стандард који обезбеђује здравље и благостање, његово и његове породице, укључујући храну, одећу, стан и лекарску негу и потребне социјалне службе, као и право на осигурање за случај незајослености, болести... или других средстава за издржавање усклед околности независних од његове воље“ (подвукао Ф. Бојић). Универзална декларација о правима човека, чл. 22, ст. 1 и чл. 25, ст. 1. Доступно на адреси: http://ravnopravnost.gov.rs/jdownloads/files/un_opsta_deklaracija_o_pravima_coveka.pdf, 4.4.2014.

Опширније о међународним инструментима којима се уређује осигурање за случај незапослености код Љубинка Ковачевић, *Нормирање социјалне сигурности у међународном праву*, магистарска теза, Београд, 2007.

2 Устав Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 98/2006), чл. 69, ст. 3.

за случај незапослености.³ О захтеву незапосленог лица у првом степену одлучиваће надлежни орган Националне службе за запошљавање на основу Закона о општем управном поступку, док ће о жалбама осигураника одлучивати директор Националне службе.⁴ Решење директора је коначно, а незапосленом се пружа могућност да против коначног решења тужбом покрене управни спор пред Управним судом. Поред права на новчану накнаду, осигураник остварује и право на уплату доприноса за здравствено осигурање и пензијско и инвалидско осигурање, током периода у којем се остварује право на новчану накнаду. Доприноси су садржани у новчаној накнади и плаћају се на терет лица које прима новчану накнаду.⁵

II Временска ограниченост права на новчану накнаду

Новчана накнада, као непосредна престација у новцу, коју осигураник остварује на основу обавезног социјалног осигурања, садржи одређене специфичности, које је разликују од других социјалних престација. Има мишљења да је основна функција социјалних престација отклањање стања социјалне угрожености, односно олакшавање социјалног терета појединцима.⁶ Главни циљ новчане накнаде за случај незапослености је омогућавање осигуранику да лакше поднесе период незапослености, односно да му се омогући да оствари одређени облик социјалне сигурности за себе и чланове своје породице, док не пронађе ново запослење. Међутим, једно од основних обележја ове престације је ограничено трајање, које се утврђује на основу претходног стажа осигурања, као и обавезе које корисник права преузима на себе и услед чијег нечињења, осигураник губи право на новчану накнаду.

Као што је познато, већина престација се остварује све док траје осигурани случај (нпр. право на старосну пензију осигураник остварује до краја живота; право на накнаду зараде током привремене спречености за рад осигураник остварује све док траје осигурани случај болести). Право на новчану накнаду траје сходно претходном стажу осигурања, које је претходило наступању социјалног ризика незапослености. Оба-

3 У упоредном праву, уочава се и модел у којем се националне службе за запошљавање баве само пословима запошљавања, као што је случај у Француској. Бранко Лубарда, *Радно право, расирава о досјојанству на раду и социјалном дијалоју*, Београд, 2012, стр. 309.

4 Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009 и 88/2010; даље у фуснотама: ЗЗОСН), чл. 80, ст. 1–3.

5 ЗЗОСН, чл. 78, ст. 2.

6 Боривоје Шундерић, *Социјално право*, Београд, 2009, стр. 135.

везно осигурано лице ће остварити право на новчану накнаду ако је било осигурано најмање 12 месеци непрекидно или са прекидима у последњих 18 месеци.⁷ Из саме одредбе, произилази закључак да право на новчану накнаду никако не може остварити лице које нема претходни период осигурања, односно које по први пут на тржишту рада тражи запослење.⁸ Домаћим законодавством се предвиђа да ће се новчана накнада исплаћивати незапосленом лицу минимум 3 месеца, а најдуже 12 месеци а према претходном стажу осигурања.⁹ Закон предвиђа да „изузетно, уколико је незапосленом лицу до испуњавања првог услова за остваривање права на пензију, а у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању, недостаје до две године, новчана накнада ће припадати незапосленом у трајању од 24 месеца“.¹⁰ Црногорски Закон о запошљавању и остваривању права из осигурања од незапослености

7 ЗЗОСН, чл. 66.

8 Ипак, поједине државе чланице Европске уније предвиделе су својим националним законодавством могућност исплате новчаних престаџија младима који дужи временски период нису успели да пронађу одговарајуће запослење на тржишту рада. Тако у Белгији, млади који траже прво запослење, а који нису на челу домаћинства могу остварити право на краткотрајну помоћ од стране државе. У Грчкој, омладина старости између 20 и 29 година, која дуже од годину дана не може да пронађе прво запослење, остварује право на социјалну престаџију у максималном трајању од пет месеци. Реч је о веома ниском износу давања, који служи да се покрију основни животни трошкови (трошкови становања, трошкови исхране). Законодавство Финске предвиђа право на новчану помоћ за незапослено младо лице, које не испуњава услове за остваривање права на новчану накнаду за незапослене у складу са прописима о осигурању за случај незапослености, али само под условом да учествује у мерама активне политике запошљавања. Незапослени остварује право на новчану помоћ после пет месеци активног тражења запослења, а износ ће зависити од породичних услова у којима незапослено младо лице живи (ако лице живи са родитељима оствариваће право на 60% новчане помоћи). Danny Pieters, *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, стр. 36, 86 и 176.

9 Новчана накнада исплаћује се назапосленом: три месеца, ако има стаж осигурања од једне до пет година; шест месеци, ако има стаж осигурања од пет до 15 година; девет месеци, ако има стаж осигурања од 15 до 25 година; дванаест месеци, ако има стаж осигурања дужи од 25 година; ЗЗОСН, чл. 72; махом су предвиђени слични услови и у бившим југословенским републикама, те тако Закон о запошљавању и остваривању права из осигурања од незапослености Црне Горе наводи да новчана накнада припада незапосленом лицу у трајању од 3 месеца ако има стаж осигурања од једне до пет година; 4 месеца ако има стаж осигурања од пет до 10 година; 6 месеци ако има стаж осигурања од 10 до 15 година; 8 месеци ако има стаж осигурања од 15 до 20 година; 10 месеци ако има стаж осигурања од 20 до 25 година; 2 месеци ако има стаж осигурања преко 25 година; Закон о запошљавању и остваривању права из осигурања од незапослености (*Службени лист Црне Горе*, бр. 14/2010), чл. 51.

10 ЗЗОСН, чл. 72.

предвиђа пажње вредно решење у вези са трајањем права на новчану накнаду, те ће право на новчану накнаду припасти све до поновног запослења осигуранику (мушкарцу) ако има више од 35 година стажа осигурања, а осигуранику (жени) ако има више од 30 година стажа осигурања.¹¹ Слично решење, али уз нешто строже услове, предвиђа и Закон о посредовању при запошљавању и правима за време незапослености Републике Хрватске, те „незапослена особа која је провела на раду више од 32 године и којој недостаје до 5 година до испуњења услова старосне границе за стицање права на старосну пензију има право на новчану накнаду све до поновног запослења“.¹² Следствено овоме, наведена законска решења воде до закључка да корисници новчане накнаде, могу у Хрватској, односно Црној Гори, примати накнаду и до остваривања права на старосну пензију, ако у међувремену испуне неопходне услове у складу са законом који регулише пензијско и инвалидско осигурање. Посебно се мора имати у виду да су старији радници категорија лица која су често изложена дискриминацији приликом запошљавања и да само запошљавање старијих лица изискује увећане трошкове за послодавца и мање је флексибилно него запошљавање млађих радника.¹³ У нашој земљи је нарочито изражен проблем високе стопе незапослености старијих лица, те би можда било упутно ово законско решење увести и у домаће законодавство у оквиру неких будућих измена Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености.¹⁴ Овај предлог

- 11 Црногорски Закон о запошљавању и остваривању права из осигурања од незапослености, чл. 51, ст. 7; Законом се предвиђа да право на новчану накнаду до поновног запослења, може остварити и незапослено лице које има више од 25 година стажа осигурања, а родитељ је лица које у складу са законом остварује право на личну инвалиднину. Овим решењем се у потпуности потврђује начело солидарности, као основно начело социјалног осигурања, као и концепт заштите запослених са породичним одговорностима.
- 12 Закон о посредовању при запошљавању и правима за време незапослености (*Народне новине*, бр. 80/08, 94/09, 121/10, 25/12, 118/12, 12/13 и 153/13), чл. 44, ст. 2. Претходни Закон о запошљавању Хрватске предвиђао је повољније решење и од црногорског закона, па је „незапослена особа (мушкарац) која је провела на раду 30 година, односно незапослена особа (жена) која је провела на раду 25 година имао/ла право на новчану накнаду све до поновног запослења“. Доступно на адреси: <http://wmd.hr/zakoni-narodne-novine/detaljnije/zakon-o-zapoljavanju>, 7.4.2014.
- 13 Љубинка Ковачевић, „Забрана старосне дискриминације у светлу концепције активног старења и међугенерациске солидарности“, *Радно и социјално њравочасојис за њеорију и њраксу радној и социјалној њрава*, бр. 1/2012, стр. 91 и даље.
- 14 Према подацима Националне службе за запошљавање, тренутно је на евиденцији Националне службе за запошљавање укупно 235.483 незапослених старијих од 50 година, који имају мање од 38 година стажа осигурања (мушкарци), односно 33 године стажа осигурања (жене), а више од две године до остваривања права на старосну пензију, па сходно томе нису у могућности ни да остваре право на новча-

је посебан актуелан, ако се има у виду да се наведеним решењем промовише начело солидарности као једно од основних начела социјалног права. Још један од аргумената за евентуалне измене је што национални прописи не предвиђају институт превремене старосне пензије, па се осигураници којима је престао радни однос а немају довољно ни година живота ни година пензијског стажа налазе у ситуацији када су „премлади“ за пензију, а насупрот томе су искористили право на новчану накнаду за случај незапослености у максималном трајању од дванаест месеци.¹⁵

III Концепт „оријентације ка раду“ – мере активне политике запошљавања

Међутим, приликом предвиђања услова и утврђивања износа новчане накнаде, потребно је пронаћи одговарајућу меру како не би дошло до одређене деградације овог права чија је суштина у привременом карактеру престајања за незапослене као прелазног решења док осигураник не пронађе ново запослење. У потпуности треба прихватити став професора Шундерића који наводи да „права за случај незапослености не треба да демотивишу у односу на рад и да новчана накнада није трајно, већ временски ограничено право за период док се на тржишту рада не понуди слободно радно место или док се не створе услови да осигураник пређе у неки други облик заштите (социјална заштита, социјална помоћ)“.¹⁶ Нелимитирано трајање накнаде, довело би до ситуације где корисници занемарују обавезу активног тражења запослења и ослањају се на престајање које им обезбеђује држава. Проблем *free riders*, „лица која се шверцују кроз живот, захваљујући социјалним престајањима, а на рачун својих суграђана који уредно плаћају“, проузроковао је промене у систему осигурања за случај незапослености, које се заснива на

ну накнаду за случај незапослености у трајању од 24 месеца, а ни старосну пензију. Од тога је 130.700 мушкараца и 104.783 жена. Укупан број незапослених, према последњим подацима Националне службе за запошљавање (31.3.2014) је 790.501, од чега је 389.837 мушкараца и 400.664 жена на евиденцији.

Један од разлога високе стопе незапослености старијих лица је и одредба Закона о раду Републике Србије, којом је предвиђено да је послодавац дужан да запосленом, којем је радни однос престао због потреба послодавца (вишак запослених), исплати отпремнину која ће се утврдити на основу укупног стажа осигурања запосленог, а не само за период који је запослени провео код послодавца, како је предвиђено у већини упоредних правних система.

15 Опширније о превременој пензији код Бранко Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 510.

16 Б. Шундерић, *нав. дело*, стр. 160.

идеји да се право на новчану накнаду за незапослене може остварити тек онда када се „исцрпе све могућности за запослење не би ли се обезбедила интеграција незапослених лица у тржиште рада, са циљем преласка на концепт оријентације ка раду уместо оријентације ка социјалној сигурности.¹⁷

Наш Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености се концептуално уклапа у наведене идеје. Основне новине у домаћем законодавству са почетка двадесет првог века су мере активне политике запошљавања као једног од стубова позитивног законодавства о запошљавању, први пут уведених Законом из 2003. године, које своје упориште проналазе у усвајању годишњег националног акционог плана запошљавања.¹⁸ Националним акционим планом се промовишу мере које ће допринети лакшем проналажењу запослења, а нарочито се води рачуна о теже запошљивим категоријама које се у великом броју случајева и корисници новчане социјалне помоћи предвиђене Законом о социјалној заштити. Уједно се мерама уводе и додатне обавезе за кориснике новчане накнаде, у виду додатног образовања и обука, а са циљем превазилажења *free riders* проблема. Води се рачуна и приликом утврђивања износа новчане накнаде за незапослене, па се с тим у вези уочавају два модела утврђивања износа накнаде – у појединим земљама исплаћује се фиксни износ за сва незапослена лица (углавном у земљама које су прихватиле Беверицев модел социјалног обезбеђења), а у осталим земљама, износ се утврђује на основу претходних примања осигураника (државе које су уредиле систем осигурања за случај незапослености на основама Бизмарковог модела професионалног осигурања).¹⁹ У нашем законодавству прихвата се други модел утврђивања износа давања за незапослене, али се приликом одређивања износа води ра-

17 Љ. Ковачевић, *Нормирање социјалне сигурности у међународном праву*, стр. 47.

18 Неке од мера активне политике запошљавања, предвиђене Законом и новоусвојеним акционим планом за 2014. годину су посредовање у запошљавању лица која траже запослење, професионална оријентација и саветовање о планирању каријере, субвенције за запошљавање послодавцима у приватном сектору који запошљавају незапослене особе са инвалидитетом, подршка samozapošljavanju, додатно образовање и обука, подстицаји за запошљавање корисника новчане накнаде, организовање јавних радова у циљу запошљавања првенствено теже запошљивих незапослених лица и незапослених у стању социјалне потребе, нови пакети услуга за незапослена лица која имају приоритет за укључивање у мере активне политике запошљавања (пакет услуга за вишкове запослених, пакет услуга за младе, пакет услуга за лица без квалификација и нискоквалификованих и др.). Опширније у ЗЗОСН, чл. 43–58 и у Националном акционом плану запошљавања за 2014. годину. Доступно на адреси Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, <http://www.minrzs.gov.rs/сектор-za-zaposljavanje-plan-zaposljavanja.php>, 12.4.2014.

19 Danny Pieters, *Social Security: an Introduction into the Basic Principles*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2006, стр. 78.

чуна да накнада не буде сувише висока па се уводи максималан износ новчане накнаде (160% минималне зараде у Републици Србији), како се незапослена лица не би дестимулисала у тражењу новог запослења и сходно томе се ослонила на давања која им припадају на основу професионалног осигурања.²⁰

IV Обавеза јављања Националној служби за запошљавање

Као што је већ напоменуто, није довољна чињеница да осигураник остварује наведено право на основу претходног стажа осигурања. Закон предвиђа и посебну обавезу за корисника новчане накнаде, која се огледа у личном јављању Националној служби за запошљавање сваких тридесет дана, како би се корисник обавестио о могућностима и условима запослења и посредовања у запошљавању.²¹ На основу Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености, незапослено лице, које се води на евиденцији Националне службе за запошљавање, је дужно да се јавља Националној служби најмање једном у три месеца. У супротном, биће брисано из евиденције. Незапослено лице, корисник новчане накнаде има обавезу јављања Националној служби за запошљавање сваких месец дана, а у случају да не испуњава своју законску обавезу, биће брисан из евиденције а уједно ће и изгубити право на новчану накнаду.²² Чини се, ипак, да у појединим ситуацијама, а услед околности које би оправдале нејављање незапосленог лица, не би требало незапосленом обуставити право исплате новчане накнаде упркос прекршеној обавези јављања, а о чему сведочи и пракса Европског суда за људска права. У предмету Јаћимовић против Хрватске, подносиоцу представке је укинута право на новчану накнаду за случај незапослености, које му је признато 1. децембра 1990. године, одлуком „Самоуправне интересне заједнице мировинског и инвалидског осигурања радни-

20 Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености предвиђа да се за основицу приликом утврђивања висине новчане накнаде узима просечна зарада, односно плата или накнада зараде незапосленог, у последњих шест месеци који претходе месеце у којем је престао радни однос. Новчана накнада се утврђује у висини од 50% основице, али не може бити нижа од 80% минималне зараде за месец у којем се врши исплата новчане накнаде. ЗЗОСН, чл. 69 и 70.

21 ЗЗОСН, чл. 72, ст. 4.

22 Поред наведене ситуације, корисник новчане накнаде изгубиће право на новчану накнаду и када престане да се води евиденција о незапосленом, када не обавести Националну службу у року од пет дана о промени које је услов или основ за стицање, односно, остваривање права на новчану накнаду, затим ако се од стране надлежног органа утврди да лице ради код послодавца без уговора о раду или уговора о привременим пословима, као и кад поднесе захтев за престанак права. ЗЗОСН, чл. 76.

ка Хрватске-Подручна служба у Славонском Броду“, јер је прекршио обавезу јављања Служби сваког месеца.²³ Услед ратног стања у Републици Хрватској, подносилац представке је био принуђен да напусти Славонски Брод и да се са породицом пресели у Босну и Херцеговину, те у представци тврди да после 24. марта 1992, није био у могућности да се редовно јавља Служби. По завршетку рата и добијања пасоша Републике Босне и Херцеговине, 9. јуна 2000. године, подносилац подноси захтев Служби у којем тражи да му се настави исплата накнаде за случај незапослености, као и да му се исплате све неисплаћене накнаде које су обустављене марта 1992. године. Захтев му бива одбијен, а затим подносилац користи сва преостала правна средства (подноси жалбу Средишњој служби Хрватског завода за мировинско осигурање, затим тужбу Управном суду Републике Хрватске, а коначно и уставну жалбу Уставном суду Републике Хрватске). Уставни суд Републике Хрватске одбацује уставну жалбу и прихвата образложење Управног суда по којем се оспорено решење не може сматрати неправилним и незаконитим. Ваља напоменути да је тумачењем Закона о мировинском и инвалидском осигурању, утврђена „могућност нејављања услед наступања оправданих разлога, изван воље осигураника“, а да ово тумачење није примењено од стране ниједног органа у Републици Хрватској, који је одлучивао у случају Јанићијевић. Због наведене ситуације, Европски суд за људска права је утврдио да је прекршен члан 6. Европске конвенције о људским правима, којим се гарантује право на правично суђење, али је уједно констатовано да „Суд не може спекулисати о томе да ли је подносилац представке имао право на исплату новчаних накнада за незапослене, али да подносилац има могућност да захтева понављање поступка у складу са релевантним домаћим правом“.

V Ко може остварити право на новчану накнаду?

Законом су јасно предвиђене ситуације у којима осигураник може остварити право на новчану накнаду за случај незапослености. Инструменти Међународне организације рада и Савета Европе, који регулишу питање осигурања за случај незапослености, већином заузимају став да се право на новчану накнаду може остварити само онда ако је реч о невољној и нескривљеној незапослености. Исти ставови, махом су прихваћени и у стручној литератури. Усваја се општеприхваћени принцип социјалног права, да се не могу стећи права из социјалног осигурања ако је осигураник намерно проузроковао осигурани случај.

23 Случај *Jačimović v. Croatia*, application no. 22688/09, Strasbourg, 31. октобар 2013, доступно на адреси: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127408#„itemid“:\[„001-127408“\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127408#„itemid“:[„001-127408“]), 7.4.2014.

Конкретно, у случају отказа уговора о раду од стране послодавца услед наступања једног од отказних разлога који се односе на понашање запосленог, као и у ситуацијама када је осигураник отказао уговор о раду код послодаца или је дошло до споразумног престанка радног односа, неће постојати могућност за остваривањем права из осигурања за случај незапослености.²⁴ Ваља напоменути да је претходним Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености из 2003. године, било предвиђено да право на новчану накнаду не може остварити незапослени коме је радни однос престао на основу писменог споразума са послодавцем на иницијативу запосленог, што аналогно доводи до закључка да је право на новчану накнаду могло остварити незапослено лице када је иницијатор споразума о престанку радног односа био послодавац.²⁵ Наведени став потврђује и пракса Врховног суда Србије, којом се јасно потврђује да незапослено лице може остварити право на новчану накнаду и онда када му је радни однос престао споразумом са послодавцем, али само онда када је дошло до споразумног престанка радног на основу иницијативе послодавца упућеном неодређеном броју лица за закључење споразумног престанка радног односа.²⁶ Ипак, актуелни Закон не предвиђа ово решење највероватније због бројних спорова покренутих тим поводом, када је суд тешко могао утврдити услед чије иницијативе је дошло до потписивања споразума. Самим пристанком запосленог да потпише споразум о престанку радног односа, искључена је свака могућност остваривања права на новчану накнаду.

Ситуације у којима ће незапослени остварити право на новчану накнаду услед престанка радног односа могу се квалификовати у неколико група. У прву групу се могу сврстати ситуације када до престанка радног односа долази отказом од стране послодавца, али само онда када

24 Законом о раду Републике Србије, експлицитно се наводи обавеза послодавца да пре потписивања споразума о престанку радног односа, запосленог писаним путем обавести о последицама до којих долази у остваривању права за случај незапослености. Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013; даље у фуснотама: ЗР), чл. 177, ст. 2.

25 Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (*Службени гласник РС*, бр. 71/2003 и 84/2004 – др. закон), чл. 109, ст. 3.

26 „Врховни суд Србије је утврдио да приликом доношења решења, тужени није утврдио релевантну чињеницу у овој правној ствари о томе на чију иницијативу је запосленом споразумно престао радни однос. Послодавац је запосленима упутио позив за подношење пријава за споразумни престанак радног односа, а тај позив се, по оцени Врховног суда Србије, има сматрати јавним позивом послодавца упућеним неодређеном кругу запослених лица, а према правном ставу овог суда, јавни позив послодавца упућен неодређеном кругу запослених лица представља иницијативу послодавца за споразумни раскид радног односа.“ Пресуда Врховног суда Србије, У. 6109/2007 од 14.2.2008. године, као и Пресуда Врховног суда Србије, У. 9388/2007 од 8.5.2008. године и Пресуда Врховног суда Србије, У. 1849/2005 од 10.3.2006. године.

до отказа долази због радне способности запосленог (неостваривање резултата рада, односно недовољно потребног знања и способности за обављање послова на којима се ради) или због потреба послодавца (вишак запослених услед технолошких, економских или организационих промена).²⁷ У другу групу, можемо разврстати ситуације када долази до престанка радног односа истеком рока за који је заснован (уговор о раду на одређено време, уговор о пробном раду) као и истеком уговора о привременим и повременим пословима којим се сходно Закону о раду не заснива радни однос. Право на новчану накнаду, оствариће и незапослени којем је радни однос престао по сили закона, онда када је дошло до престанка рада послодавца услед отварања стечаја или покретања ликвидационог поступка. Посебна група случајева, односи се на функционере, изабрана лица која нису у радном односу, под условом да им током обављања функције није мировао радни однос у складу са прописима о раду.²⁸ Ваља напоменути да у систему осигурања за случај незапослености, давања за незапослене не припадају лицима која самостално обављају делатност и пољопривредницима, као што је то предвиђено у другим гранама социјалног осигурања. Ова лица су изузета из обавезе уплате доприноса за осигурање за случај незапослености, јер се она у стању социјалног ризика незапослености могу наћи само на основу своје воље, што им искључује могућност остваривања права на новчану накнаду.²⁹

27 За запослене којима се отказује уговор о раду због потреба послодавца, Законом о раду (чл. 158–160) предвиђено је право на отпремнину. За разлику од упоредног права, где је предвиђено да осигураник стиче право на новчану накнаду за случај незапослености тек пошто протекне одређени период од исплате отпремнине, наш законодавац не предвиђа такво решење, па запослени остварује сва права из осигурања за случај незапослености независно од тога да ли је претходно остварио право на отпремнину. Б. Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, стр. 523.

Врховни суд Србије је био у прилици да се изјасни о праву на новчану накнаду лицу, којем је радни однос престао услед реорганизације послодавца, али тек онда када је одбио да прихвати рад код другог послодавца. Имајући у виду да Закон о раду Републике Србије (чл. 153–155) предвиђа обавезу доношења програма решавања вишка запослених у коме се између осталог предвиђају и мере за запошљавање (међу којима и рад код другог послодавца), обавеза запосленог је да прихвати предложене мере. Неприхватањем мера, запослени је изгубио могућност за остваривање права на новчану накнаду, што је потврђено и у наведеној пресуди. Пресуда Врховног суда Србије, У. 5627/2005 од 2.2.2007. године.

28 Предвиђа се Законом да ће право на новчану накнаду остварити и незапослени којем је радни однос престао премештајем брачног друга, као и незапослени којем је радни однос престао у иностранству, у складу са законом, односно међународним споразумом. ЗСОСН, чл. 67.

29 Опширније код D. Pieters, *Social Security: an Introduction into the Basic Principles*, стр. 73–74.

1. Право на новчану накнаду у случају одбијања закључења анекса уговора о раду

У стручној јавности појавила се дилема да ли право на новчану накнаду може остварити и лице, коме је радни однос престао због одбијања закључења анекса уговора о раду. Како се овај отказни разлог, на основу Закона о раду, сврстава у групу отказних разлога који се односе на понашање запосленог, из претходно наведених услова следи да осигураник неће остварити право на новчану накнаду. Код наведеног отказног разлога присутан је елемент воље, јер запослени својеволјно одбија измене уговора о раду, свестан последица које из тога произилазе. Неспорно је да понуђене измене уговора о раду, да би се сматрале законитим, морају бити у складу са нормама Закона о раду које се односе на измене уговорених услова рада (премештај на други одговарајући посао због потреба процеса и организације рада; премештај у друго место рада код истог послодавца у складу са законом; упућивање на рад на одговарајући посао код другог послодавца у складу са законом; када се запосленом који је вишак обезбеђује остваривање права на основу програма решавања вишка запослених).³⁰ Само под тим условима, понуда послодавца ће се сматрати законитом, а у случају одбијања понуде за измену уговора од стране запосленог, отказ ће бити ваљан, а осигураник неће моћи да оствари право на новчану накнаду. И пресудом Врховног суда Србије потврђена је наведена дилема и утврђено је да је правилно пресуђено у предмету у којем је тужиљи престао радни однос због одбијања закључења уговора о раду којим се мењају уговорени услови рада у складу са одредбама Закона о раду и да самим тим на основу Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености, тужиља не остварује право на новчану накнаду за случај незапослености.³¹

„Обвезници доприноса за осигурање за случај незапослености су осигураници у складу са законом који уређује систем обавезног осигурања за случај незапослености, и то: запослени, изабрана, именована и постављена лица која остварују разлику зараде, односно плате; лица која обављају привремене и повремене послова по уговору; лица која остварују накнаду зараде по закону који уређује финансијску подршку породици са децом; лица која остварују накнаду зараде по закону који уређује обавезно здравствено осигурање; предузетници; оснивачи, односно чланови привредног друштва.“ Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање (*Службени гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 101/11, 47/13, 108/13), чл. 9.

30 ЗР, чл. 171–174.

31 Пресуда Врховног суда Србије, У. 1849/2005 од 10.3.2006. године.

2. Право на новчану накнаду у случају реинтеграције запосленог

Други проблем се јавља код незаконитог отказа, а у ситуацији када је лице по престанку радног односа остварило право на новчану накнаду за случај незапослености. Закон о раду предвиђа да суд доношењем правоснажне одлуке, којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос, може одлучити и да запосленог врати на рад. Суд би истовремено обавезао послодавца да запосленом надокнади штету насталу незаконитим отказом, а у висини изгубљених зарада и других примања на која би остварио право да није дошло до незаконитог отказа уговора о раду.³² Обавезивање послодавца на накнаду проузроковане штете имало би за циљ санкционисање његовог понашања, али и настојање да се поново успостави нарушена равнотежа. Наиме, након утврђивања незаконитости датог отказа поставља се питање да ли ће осигураник бити обавезан на враћање Националној служби свих накнада добијених по основу незапослености или ће, пак, Национална служба исти износ потраживати од послодавца.

Неспорно је да терет „нарушене равнотеже“ напослетку мора пасти на послодавца, било да суд обавезе послодавца да запосленом на име накнаде штете исплати пун износ зарада (и других прихода на које би остварио право да није дошло до незаконитог отказа), било да га обавезе да запосленом исплати износ умањен за износ примљених новчаних накнада за случај незапослености. У првом случају, запослени би био у обавези да врати Националној служби износ примљених новчаних накнада. У супротном би дошло до правнонеоснованог обогаћења запосленог, а из разлога што би за исти временски период запослени остварио право на новчану накнаду у случају незапослености, уз право на накнаду штете у висини износа прихода које би остварио по основу рада код послодавца који му је отказао уговор о раду. У другом случају, износ новчаних накнада исплаћених од стране Националне службе морао би бити наплаћен од послодавца, имајући у виду да је запосленом исплаћена накнада штете, али у износу умањеном за износ исплаћених новчаних накнада

У прилог првог става, о обавези запосленог да износ примљених накнада врати Националној служби, иде и став Врховног суда Србије изнет у једној одлуци. Наиме, Врховни суд Србије, у својој одлуци, предвиђа да ће „радник који је пресудом суда враћен на посао због незаконитог престанка радног односа са правом на исплату личног дохотка од дана престанка радног односа, бити дужан да Заводу за тржиште

32 ЗР, чл. 191, ст. 1-2.

рада врати накнаду коју је за то време примио“.³³ Неспорно је да Врховни суд у цитираној одлуци полази од претпоставке да је послодавац запосленом исплатио, у виду накнаде штете, пун износ зарада које би овај остварио да није дошло до незаконитог отказа. У супротном, уколико би суд обавезао запосленог да Националној служби врати износ примљених зарада, и то у ситуацији када је остварио право на накнаду штете, али у износу умањеном за износ примљених накнада, запослени би био правнонеосновано „осиромашен“.

Закон о раду, с друге стране, прописује да ће се „накнада штете умањити за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку рада“.³⁴ Међутим, на овом месту јавља се недоумица, а у смислу да ли се право на новчану накнаду у овом случају може посматрати као приход који је запослени остварио на основу рада? Да ли је законодавац под „приходима“ подразумевао само приходе које је лице остварило у радном односу код другог послодавца или у обзир узима све приходе које је оштећени остварио у периоду по престанку радног односа, а у вези са остваривањем права на рад (не могу се у обзир узети приходи остварени на основу права својине).³⁵ Професор Шундерић наводи „да давања по основу социјалног осигурања имају карактер обештећења (одштете, накнаде штете) и представљају накнаду за изгубљену зараду“.³⁶ Наведено је већ да се право на новчану накнаду за случај незапослености у српском законодавству остварује на основу претходног стажа осигурања, односно на основу рада осигураника који је претходио наступању социјалног ризика незапослености. Сходно свему наведеном, по овом становишту, послодавац би дуговао запосленом накнаду штете у износу умањеном за износ исплаћених новчаних накнада од стране Националне службе за запошљавање.

Овај став би, стога, био супротан ставу заузетом од стране Врховног суда Србије у цитираној одлуци. Наиме, уколико би запослени морао, по реинтеграцији, вратити Националној служби исплаћене новчане

33 „Решењем првостепеног органа утврђено је да је тужили накнада за наведено време исплаћена без основа, будући да је враћена на посао и да ће за то време остварити лични доходак као да је радила.“ Врховни суд Србије, У. 296/2001 од 11.7.2001. године.

34 ЗР, чл. 191, ст. 3.

35 Симоновић сматра да је „терет доказивања наведених прихода на послодавцу и да је њему у интересу да то и докаже, будући да се за износ тих прихода умањује накнада штете коју он дугује раднику по основу незаконитог отказа уговора о раду. Послодавцу није тешко да докаже те приходе који су остварени у законитом радном односу, али ће му бити веома тешко или немогуће код „рада на црно“. Драгољуб Симоновић, *Раднојравна чийанка*, друга књига, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 33.

36 Б. Шундерић, *нав. дело*, стр. 141.

накнаде, и то у ситуацији када је од послодавца наплатио накнаду штете у умањеном износу, запослени не би био у потпуности обештећен, а повериочево понашање било би санкционисано само делимично.

У прилог другог става, о праву Националне службе да износ исплаћених накнада потражује од послодавца, иде и решење црногорског Закона о запошљавању и остваривању права из осигурања за случај незапослености. За разлику од нашег Закона, који ниједном одредбом не регулише питање обавезе враћања новчане накнаде остварене по основу незапослености, а која је наступила као последица незаконито датог отказа, црногорски Закон предвиђа да „Завод има право да захтева од послодавца накнаду штете у случају када суд правоснажном пресудом утврди да је незапосленом лицу које је користило право на новчана давања радни однос престао супротно закону“.³⁷ Накнада штете ће се утврдити у износу исплаћених бруто новчаних накнада за незапослене. Очигледно је да црногорски законодавац полази од претпоставке да је запослени наплатио од послодавца износ зарада (и других прихода које би остварио да до незаконитог отказа није дошло), али умањен за износ примљених новчаних накнада. У супротном, запослени би био правно-неосновано обogaћен (и то на рачун послодавца), а из разлога што би поред неумањеног износа накнаде штете од стране послодавца, задржао и износе примљених новчаних накнада добијених по основу незапослености.

Ставом Врховног суда, као и решењем садржаним у црногорском Закону, иако међусобно супротстављеним, санкционише се недозвољено понашање послодавца и успоставља се равнотежа нарушена давањем незаконитог отказа запосленом. Међутим, требало би узети у обзир чињеницу да изнета решења полазе од супротних претпоставки. У супротном, уколико би се до различитих решења долазило полазећи од исте претпоставке, не би био остварен основни циљ, а то је да терет штете проузроковане незаконитим отказом, у крајњем, пада на послодавца.

3. Право (не)штрајкача на новчану накнаду

Постоје извесне дилеме у литератури, да ли право на новчану накнаду за случај незапослености могу остварити запослени који учествују у штрајку, јер је у већини законодавстава предвиђено да током остваривања права на штрајк, запослени не могу остварити право на зарду.³⁸ Основни разлог, немогућности остваривања права на нов-

37 Црногорски Закон о запошљавању и остваривању права из осигурања од незапослености, чл. 61, ст. 1.

38 Примера ради, Закон о штрајку Републике Србије предвиђа да „Запослени који учествују у штрајку остварују основна права из радног односа, осим права на

чану накнаду је чињеница да су запослени у штрајку својевољно, а као што се могло видети приликом анализе услова за остваривање права на новчану накнаду, вољни престанак радног односа искључује могућност да осигураник стекне наведено право.³⁹ Насупрот томе, нештрајкачи у неким правним системима могу остварити право на новчану накнаду за случај незапослености, ако им у периоду штрајка послодавац суспендује зараду. У Великој Британији нештрајкачи не могу остварити право на новчану накнаду за случај незапослености, осим ако не докажу да не постоји њихова директна заинтересованост у колективном радном спору са послодавцем.⁴⁰ Слично решење је предвиђено и у белгијском праву, где нештрајкачи неће остварити право на престацију ако су чланови исте преговарачке јединице и ако имају интерес у вези са исходом спора.⁴¹

И најзначајнија конвенција Међународне организације рада из области социјалне сигурности, Конвенција бр. 102 о минималној норми социјалног обезбеђења такође предвиђа да лица која су у штрајку не могу остварити права из осигурања за случај незапослености. Наводи се да „давања на које би заштићено лице имало право применом Конвенције може бити обустављено у погледу давања за незапосленост, ако је заинтересовано лице изгубило запослење услед обуставе посла настале због радног спора“.⁴² Положај нештрајкача и њихова права не спомињу се у оквиру поменуте Конвенције. Ипак, до наведене ситуације не може доћи у домаћем правном систему, јер је према прописима послодавац дужан да нештрајкачима обезбеди право на зараду и поред чињенице да најчешће услед штрајка послује са губицима. Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености не садржи одредбе које би се одно-

зараду“. Закон о штрајку (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 101/2005 – др закон и 103/2012 – одлука УС), чл. 14, ст. 2. Према професору Лубарди „од правила да се за време штрајка губи сразмерни део зараде прави се изузетак у два случаја – када се споразумом странака у колективном спору о престанку штрајка предвиди да ће послодавац исплатити (накнаду) зараде запосленима и за време штрајка (ретко у пракси) или у случају да је послодавац изазвао штрајк неиспуњењем својих обавеза, посебно што није исплатио зараде у уговорено време“. Б. Лубарда, *Радно право, расправа о досјојанствију на раду и социјалном дијалогу*, стр. 1033.

39 D. Pieters, *Social Security: An Introduction into the Basic Principles*, стр. 76.

40 A. T. J. M. Jacobs, „The Law of Strikes and Lockouts“, in Roger Blanpain, Jim Baker (editors), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, 2010, стр. 705.

41 *Ibid.*

42 Конвенција бр. 102 о минималној норми социјалног обезбеђења, чл. 69, ст. 8. Објављено у: Ратко Пешић, *Међународне конвенције рада – збирка конвенција и прејорука које је ратификовала односно усвојила СФР Југославија са коментаром*, Просвета, Београд, 1968, стр. 217.

силе на право штрајкача, односно нештрајкача, на новчану накнаду, већ се, као што је уочено, само регулишу ситуације када наступи социјални ризик незапослености у случају престанка радног односа или престанка обавезног осигурања.

VI Рок за остваривање права на новчану накнаду

Законодавац предвиђа још један рестриктиван услов у вези са остваривањем права на новчану накнаду. Услов се огледа у обавези незапосленог да се пријави и поднесе захтев Националној служби за запошљавање у року од 30 дана од дана престанка радног односа или престанка осигурања, а незапосленом који би поднео захтев по истеку рока од 30 дана новчана накнада би припадала од дана подношења захтева.⁴³ Још већи проблем се јавља у ситуацији када незапослени поднесе захтев по истеку времена за које би му право на новчану накнаду припадало. У том случају, незапослени неће остварити право на новчану накнаду. Услед неинформисаности незапослених о сопственим правима и обавезама, велики је број спорова који се јављају поводом овог питања. Став и законодавца и судске праксе је да рок за подношење захтева за новчаном накнадом почиње да тече од дана престанка радног односа и да протеком рока, који се одређује у односу на дужину трајања права на коришћење престације, осигураник губи право на новчану накнаду. Управни суд је одбио тужбу тужиље против решења Филијале Панчево, којим је тужиљи признато право на новчану накнаду у трајању од 0 месеци и 18 дана, јер је тужиљи престало обавезно осигурање дана 14.9.2010 године, а на евиденцију незапослених лица се пријавила дана 25.2.2011. године када је поднела захтев за остваривање права на новчану накнаду.⁴⁴ Тужиља је на основу претходног стажа осигурања (7 година, 8 месеци и 27 дана), могла остварити право на новчану накнаду у трајању од шест месеци, али је захтев поднела по истеку пет месеци од дана престанка радног односа, па јој је сходно томе признато право на новчану накнаду у трајању од 18 дана.

VII Закључак

Закључује се на основу изнетих чињеница да је у погледу остваривања права на новчану накнаду потребно у одређеној мери изменити актуелни Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености. Ваљало би увести у домаће законодавство решење које је прихваћено

43 ЗЗОСН, чл. 68.

44 Пресуда Управног суда, Одељење у Новом Саду, III-4 У. 6211/11.

у Црној Гори и делимично у Хрватској, а у вези са коришћењем права на новчану накнаду до проналажења новог запослења за старије осигуранике који имају преко 30 година стажа осигурања, а још увек не остварују један од услова за старосну пензију. Нарочито би требало узети у обзир да је у нашој земљи изражена висока стопа незапослености старијих лица. Истовремено, требало би и детаљније регулисати обавезу јављања корисника новчане накнаде, а посебно могућност нејављања услед наступања оправданих разлога, независно од воље осигураника. Неопходно би било размотрити могућност поновног увођења одредбе о признавању права на новчану накнаду осигуранику којем је радни однос престао споразумом на иницијативу послодавца уз одређивање прецизнијих услова, којима би се избегле недоумице у пракси. Нарочито, Законом би требало јасно прописати ко је дужан да надокнади штету Националној служби за запошљавање у случају реинтеграције запосленог код незаконитог отказа. У вези са тим, ваљало би прихватити један од два модела обрађена у раду. Напоследку, важно је промовисати политику информисања осигураника о свим правима и обавезама које произилазе из осигурања за случај незапослености, како би се избегли могући спорови, нарочито поводом стриктно утврђених рокова за пријаву и подношење захтева Националној служби за запошљавање, чијим пропуштањем се осигуранику умањује период коришћења новчане накнаде. Коначно, корисно би било направити детаљну анализу упоредних решења, као и решења садржаних у правилима (регулативама) Европске уније, са крајњим циљем што лакше координације целокупног система социјалног осигурања, а у вези са приступањем наше земље Европској унији.

Filip BOJIĆ

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

ENTITLEMENT TO UNEMPLOYMENT BENEFITS – CURRENT PROBLEMS AND POSSIBLE SOLUTIONS

Summary

The subject of this paper is a problem-analysis of entitlements to unemployment benefits, the complex legal issue in the field of unemployment insurance.

The Author, using domestic and comparative material, looks into several basic segments of this legal institute, offering, at the same time, concrete solutions in terms of improving the legislation.

Special attention has been paid to the time limitation of the entitlement to unemployment benefits, where the Author compares a current solution of Montenegrin and Croatian legislator in this field with the domestic legislation. At the same time, by the analysis of our Law on Employment and Unemployment Insurance, the Author attempts to highlight the problems in its implementation.

The issues whether and under what conditions the entitlement to unemployment benefits may be achieved by a person whose employment is terminated by agreement at the initiative of the employer, and for refusing to conclude annex to the employment contract, are further problematized. The Author specifically deals with the issue of refunding unemployment benefits to the National Employment Service in the event that the court determines that the employment termination was unlawful and by confronting the arguments of the two models and the positions of the Supreme Court of Serbia the Authors attempts to give a potentially applicable answer and a legally-based solution.

Key words: *unemployment benefits, unemployment, employment contract, Law on employment and unemployment insurance.*

ПОРЕСКО ПРАВО

др Зоран ИСАИЛОВИЋ
професор на Правном факултету Универзитета у Приштини

КАРАКТЕРИСТИКЕ ПОРЕСКОГ СИСТЕМА СРБИЈЕ У УСЛОВИМА ЧЕСТИХ ПРОМЕНА ПРОПИСА

Резиме

Основна обележја пореског система Србије су бројне промене пореских прописа изазваних тежаким положајем привреде, и њеном немогућношћу да омогући издацине приходе неопходне за финансирање државе. С тим у вези, можемо рећи да је пореска власт потпуно исцрпила могућности коришћења пореских инструмената којим би остварила издацине намицање фискалних прихода од створене дажбинских обвезника.

У контексту изложеног, нема више простора за државу да настави са новим и брзим доношењем пореских прописа без претходне свеобухватне анализе ефеката које ови остављају на привредни и друштвени живот. Такође, у овој изузетно осетљивој материји нужно је у поступку доношења закона озбиљно организовано свеобухватно јавно расправу релевантних пореских субјеката, које би биле гаранција доношење прописа који ће се у пракси остваривати и имати оптимално дејство у остваривању праведности опорезивања, подстицају привредног развоја, издацине и плаћања итд.

Кључне речи: порески систем, пореска регулатива, порески расходи, економска ефикасност, праведност.

I Општа разматрања

Честе промене пореских прописа у Србији по мом мишљењу су јасан индикатор привредних и друштвених тешкоћа и у пракси промене пореског система који не даје задовољавајуће резултате. Основни разлог поменутих кретања јесте недовољно осмишљена политика приликом изградње пореског система и превасходни приступ прихватања изнуђених решења које диктира пракса везана за прикупљање што издашнијих јавних прихода. Дакле, у нашим условима недостају систематска озбиљна истраживања економског и друштвеног живота те након тога прилажењу изградњи пореско правних решења на основу достигнућа савремене теорије и праксе.

Поред изложеног, примећено је у пракси и када у одређеним сегментима фискалног система променама прописа направимо позитивне помаке, нови потези пореских власти у покушају доследног целокупног обликовања фискалног система доводе до решења која се не могу оценити задовољавајућим. С тим у вези, поздравили смо покушаје у увођењу реда везаног за растерећење привреде редуцирањем броја тзв. парафискалних прихода. У том смислу подржали смо укидање 138 парафискалних намета од којих је код локалних комуналних такса најиздашнија била тзв. „фирмарина“. Последњим променама прописа од плаћања овог прихода су ослобођена мала предузећа док су средња и велика предузећа и даље наставила да плаћају овај приход. Међутим, у циљу увођења реда законодавац је покушао да лимитира општине у одређивању висине ове таксе. Својим прописом Министарство финансија је од 2012. године прописало износ максималне поменуте локалне комуналне таксе. По том пропису општине могу да прописују „фирмарину“ која не може бити већа од 10 просечних зарада у општини. Нажалост, наведена ређења у пракси су у бројним случајевима изазвала негативне ефекте на привредни живот. Конкретно говорећи, пре доношења наведених прописа бројна предузећа плаћала су овај приход за истицање фирме осетно мање од новог прописаног лимита. Недостатак других средстава условљавао је да су неке локалне самоуправе уводиле овај приход до максималног лимита који је прописом Министарства финансија био дозвољен. Због изложених решења фирмарине су увећане од три до петнаест пута. Најдрастичнији пример евидентан је у Прибоју, где је једној познатој кладионици ова такса увећана 18.000 пута.¹ Природно је да су поменуте промене битно утицале до затварања предузећа или преласка у сиву зону. С тим у вези, озбиљан је проблем за привредне субјекте, да према подацима послодаваца по пра-

1 Драгољуб Рајић, председник Уније послодаваца – „Политика“, 28. јануар 2014. године.

вилу локалне самоуправе прописују фирмарине у максималном износу од 10 просечних плата. Поред тога, још један недостатак нових прописа је тај што се обрачунавање овог прихода наплаћује по сваком објекту које то предузеће има у некој општини а не по предузећу.

У условима високе економске нестабилности у Србији неопходно је изборити се за доследно затварање фискалних неравнотежа које би омогућило одрживост јавних финансија, процесе економског опоравка и неопходан привредни развој. У стручној јавности се оцењује да је планирани дефицит буџета за 2014. годину од 7,1% БДП, са потенцијалном могућношћу да достигне и читавих 8% превисок. Природно је да се због тога морају применити ефикасне мере у циљу смањења поменутог буџетског дефицита. Конкретније говорећи, за реализовање поменутих циљева неопходно је било увести више релевантних економских мера које би омогућиле њихово остварење.² Тако, држава је повећала јавне приходе најпре повећањем горње (са 18 на 20%) а касније доње – ниже стопе (са 8 на 10%) пореза на додату вредност (у даљем тексту – ПДВ), смањила пореске олакшице код пореза на добит правних лица, увела тзв. солидаран порез итд. Поред изложеног, у складу са Законом о порезима на имовину дошло је до значајних новина. Наиме, неки привредници су у прошлости плаћали ниске порезе на имовину, јер је пореска основица подцењена. У неким случајевима књиговодствена вредност имовине, која је уједно била и пореска основица за правна лица, износила је само три до пет одсто њене вредности. Прелазак на тржишну вредност довео је до повећања пореза за чак 20 до 30 пута. Такви процеси довели су у питању опортуност преласка утврђивања основице по тржишној вредности у току једне године. У стручним круговима Министарству финансија се препоручује да пропише колико је максимално могуће у току године повећати порез. Ипак, при оцењивању висине оптерећења привреде путем пореза на имовину, неопходно је имати у виду да су новим прописима обједињени порез на имовину и накнада за коришћење грађевинског земљишта. Такво законско решење је добро. Разлог овоме

2 Од примене бројних мера предузиманих у циљу редуцирања буџетског дефицита и јавног дуга савремене државе у пракси најчешће приступају акцијама повећања пореза. Наиме, политичким структурама теже је смањивати јавне расходе него повећати порезе, јер се порези углавном односе на бројне и прилично распршене економске субјекте. Велики број оних који носе релативно мали терет пореза се тешко организује у групе које се могу одупрети одлукама Владе. С тим у вези, на пример, прилично је једноставно повећати стопу ПДВ-а, јер она дотиче животе великог броја пореских субјеката, с различитим интересима који ће се тешко објединити у хомогену негодујућу скупину. С друге стране, у фискалној прилагодби много је теже смањивати јавне расходе, јер се обично задире у права углавном добро организованих интересних скупова спремних на одлучну борбу у очувању стечених права. Вид. Марина Кеснер – Шкроб, „Newsletter“, *Институт за јавне финансије*, бр. 84/2014, стр. 1.

је тај што се у прошлости накнада често прописивала произвољно, а пореска основица за порез на имовину, посебно за правна лица била је изразито потцењена.

Битне промене пореског оптерећења имовине наговештавају се и код физичких лица. У том погледу, изузетно осиромашење грађана изазива код ових приметно узнемирење док чекају нова решења о опорезивању имовине и поред тога што се код већине јединица локалне самоуправе неће мењати пореске стопе. Доћи ће до промене пореских основица у зависности од тога у којој се зони некретнина налази. Наведени процеси ће код већине власника станова променити тржишну вредност станбених квадрата којим ће се рачуни пореских обвезника осетно увећати. Посебно повећање пореза ће се осетити у најатрактивнијим деловима града. Примера ради, у Београду ће се порез највише повећати на Дедињу и деловима Кошутњака. Генерално говорећи, повећање пореза на непокретности износиће код већине власника између 20 и 80 одсто.³

Поред активности државе у сфери јавних прихода, доношењем нових прописа покушано је са редуцирањем расходне стране буџета. Наиме, изменама Закона о буџетском систему,⁴ у делу који се односи на посебна фискална правила ограничен је раст плата у јавном сектору и пензија чије учешће износи око 55% свих расхода буџета опште државе, Конкретно, изменама прописа сада имамо два годишња повећања плата

3 У јавности се упозорава, да се у условима високог пада животног стандарда грађана и тешке ситуације у привреди земље, радикалније повећање пореза на имовину не сме дозволити. Уместо тога, решење је у ефикаснијој наплати пореза. С тим у вези, Немачка организација за међународну сарадњу ГИЗ примећује, да је боље да више људи плаћа мањи порез, него да мање људи плаћа већи порез. Ова организација у Србији остварује пројекат у који је укључила девет општина источне Србије – Велико Градиште, Кладово, Доњи Милановац, Неготин, Соко бања, Књажевац и Бољевац. У оквиру тог пројекта поменута организација им помаже да прошире базу података, пореску регистрацију и др. По њиховој анализи, око 20, 25 одсто некретнина није у евиденцији општинских пореских администрација. У практичној реализацији поменутог пројекта ГИЗ је ангажовао 40 особа које до сада нису имале посао, а које су пријављене у бироима поменутих општина да иду на терен и пописују имовину како би проширили базу података. Од швајцарске и немачке владе ГИЗ је обезбедио и формирао фонд од милион швајцарских франака у циљу подстицања поменутих општина у Србији да побољшају ефикасност у наплати пореза. Тај милион биће подељен између пет најбољих општина – гледано 2014. годину. У том смислу која од поменутих општина направи највећи напредак (прошири базу података, упише више нових некретнина, најефикасније наплаћује порез на имовину и др.) добиће награду. Прва награда износи 400.000 швајцарских франака. Најзад, новац од добијених награда ће обавезно ићи у развојне сврхе. Вид. „Блиц“, 17.2.2014. године.

4 Вид. Закон о буџетском систему, *Службени гласник РС*, бр. 54/09, 73/10, 101/10, 101/11, 93/12, 62/13, 63/13 – исправка, 108/13.

и пензија у износу од 0,5% у 2015, и 2016. години (април и октобар), за разлику од претходних правних решења која су предвиђала индексију у складу са растом потрошачких цена. Поред изложеног, прописано је да ако се до 1. јула 2014. године не донесе пропис којим ће се уредити уједначавање нивоа плата, запослених у јавном сектору, у октобру 2014. године неће се вршити усклађивање плата и пензија у складу са Законом.⁵

У контексту изложене потребе смањења јавних расхода, изменама Закона о буџетском систему прописано је да корисници јавних средстава не могу заснивати радни однос са новим лицима ради попуњавања слободних, односно упражњених радних места до 31. децембра 2015. године. Од овог правила прописана су одређена одступања уз сагласност тела Владе, на предлог надлежног министарства, односно другог надлежног органа, уз претходно прибављено мишљење Министарства. Својим актом Влада уређује поступак за прибављање сагласности. Најзад, новим прописима се појављује и ограничење укупног броја запослених на одређено време због повећаног обима посла, лица ангажованих по уговора о делу, уговору о привременим и повременим пословима, преко омладинске и студенстке задруге и лица ангажованих по другим основама, код корисника јавних средстава. По Закону поменути број ангажованих на одређено време не може бити већи од 10% укупног броја запослених. Такође, и од овог правила прописана су одступања уз сагласност тела Владе, на предлог надлежног министарства, односно другог надлежног органа, уз претходно прибављено мишљење Министарства. Као што се може приметити изложена решења задиру у изузетно осетљиву материју са по мом мишљењу неизвесним позитивним ефектима који ће се у пракси појавити.

5 Иако су гледано у целини пензије у Србији ниске, она је један од европских рекордера по издвајањима из БДП гледано по снази привреде за ове намене и због тога се мора задуживати да би их редовно исплаћивала. Због тога, вероватно ће бити неопходно размотрити промене у пензијском систему у преговорима о новом аранжману с Међународним монетарним фондом, који ће уследити након формирања владе. У том смислу, по свему судећи доћи ће до промене пензијских прописа у правцу каснијег пензионисања жена, те санкционисања превременог одласка у пензију. Поменута реформа пензијског система је потребна да би се стабилизовале јавне финансије и избегла криза јавног дуга. По Николи Аптипармакову, члану Фискалног савета, пензије су током 2008. године у Србији, поред редовне индексијације, два пута ванредно повећане, 11% у фебруару и 10% у октобру, што је економски било неодрживо. По наведеном експерту то је довело до трајне дестабилизације пензијског система, као и јавних финансија Србије у целини. Из изложених разлога, приликом расправе о реформи јавних финансија спомиње се проблем пензија. Предлози који се могу чути иду од повећавања старосне границе за одлазак у пензију па све до линеарног смањења свих пензија као и плата у јавном сектору. Вид. „Правда“, 21. март 2014. године.

Фокусирајући нашу пажњу на изградњу пореског система Републике Србије, можемо констатовати да и поред бројних измена и допуна закона о порезима нема суштинских покушаја реформе пореског система, ни нови видни концепт који се жели остварити у пракси. Уместо тога, намера нових пореских решења је, по мом мишљењу, да омогуће премошћење акутне потребе смањења високог буџетског дефицита и изгледа добијање времена за неку будућу пореску реформу, чији концепт, нажалост, за сада изгледа није пројектован од релевантних фактора наше Републике.

Према изложеном, иако у оквирима процеса реформисања нашег пореског система нови измењени и допуњени закони не доносе суштинске пореске новине које би биле оптимистичке, гледано са аспекта позитивних ефеката на привредни и друштвени живот, не значи да нема нових прописа који су изузетно значајни за порески систем државе. У том погледу изузетно је значајан Закон о умањењу нето прихода лица у јавном сектору којим је уведен тзв. солидаран порез који ћу анализирати у наставку овог рада.⁶

II Солидаран порез

У оквиру брзих промена пореских прописа, због своје природе највећу пажњу и реакције у стручним и ширим круговима изазвао је солидарни порез, уведен у систем поменутиим Законом о умањењу нето прихода лица у јавном сектору. Овај Закон Народна скупштина је усвојила по хитном поступку на Шестој седници Другог редовног заседања одржаној 6. децембра 2013. године, а ступио је на снагу наредног дана од дана објављивања у Службеном гласнику (7. децембра 2013. године). Од 1. јануара 2014. године почело се са примењивањем овог прописа. Поступајући по чл. 6 Закона о умањењу нето прихода лица у јавном сектору, у циљу ближег уређивања начина умањивања нето прихода лица у јавном сектору, Министар надлежан за послове финансија је донео Правилник о начину умањивања нето прихода запосленог у јавном сектору. Интересантно је, да није прошао ниједан месец од примене поменутог Правилника, а неопходно је било да се изврше његове измене и допуна како би се Закон могао примењивати.⁷

По замисли законодавца овај порез је уведен као ванредан приход због потребе хитног смањења буџетског дефицита којим би се обезбедила одрживост јавних финансија, предупредила криза јавног дуга и зауставио његов раст. Поред тога, ово је по мом мишљењу и популистички

6 Службени гласник РС, бр. 108/13.

7 Службени гласник РС, бр. 115/13 и 8/14.

потез власти имајући у виду да у позитивном систему Републике за сада не постоји порески облик којем би се дала позитивна оцена с аспекта поштовања начела „да онај ко има више и више плаћа порез“. Међутим, имајући у виду јавни сектор, по мом мишљењу, ефикасније, трајније и доследно правно решење може се наћи кроз реформу политике зарада и запослености. Другим речима, неопходно је испитати досадашњу неодрживу политику зарада у јавном сектору која омогућује исплате знатно веће него што су оне у приватном сектору. Конкретније говорећи, расходи за запослене у јавном сектору у Републици Србији већи су од 3% БДП (тј. за око 900 милиона евра годишње), у односу на упоредиве државе Централне и Источне Европе, што је последица: а) неконтролисаног запошљавања у јавном сектору у претходним годинама, тако да је број запослених у јавном сектору у Републици Србији за 5% до 10% већи (на 1.000 становника), него у другим државама Централне и Источне Европе,⁸ б) виших зарада у јавном сектору, за око 35% у односу на зараде у приватном сектору.⁹

Нужност потребе смањења зарада и других прихода у јавном сектору присутна је код нас већ у дужем временском периоду, и анализирана од стране већег броја релевантних субјеката.¹⁰ У том смислу Фискални савет је предложио привремени солидарни порез на плате од преко 40.000 динара и пензије преко 25.000 динара. Овим путем, због знатно шире постављене основице и применом ниске пореске стопе од 10%, омогућила би се значајно већа уштеда прихода у кратком року (око 0,6% БДП) у односу на процењене уштеде које ће се остварити применом ново уведеног закона (око 0,3% БДП). По мишљењу Фискалног савета изложено решење би омогућило да економске дисторзије не буду

8 Србија је једина земља која је током кризе повећала број запослених у јавном сектору. Упоређењем Србије с новим чланицама ЕУ и земљама Балкана, изузев Словеније, Србија троши највећи удео БДП-а на плате у јавном сектору. Међу чланицама ЕУ и државама кандидатима, Србија има највише запослених у јавном сектору у односу на укупан број становника. На хиљаду становника, у јавном сектору запошљавамо 20 људи више него Црна Гора. Најзад, уместо да смањимо запосленост у јавном сектору дошли смо до тога да имамо невероватних 781.000 људи запослених у том сектору. По мом мишљењу оваквим негативним процесима у јавном сектору највише је кумовало партијско запошљавање. Готово свака партија је запошљавала своје активисте доласком на власт, а није отпуштала претходно запослене.

9 Вид. Влада Републике Србије, *Образложење Предлога Закона о умањењу нетио прихода лица у јавном сектору*, Београд, 2013, стр. 4 и 5.

10 Експерти Светске банке су саветовали Владу да плате у јавном сектору не смањује свима, него да уклони злоупотребе. Основице тих плата, којих сада има осам, по њима требало би изједначити тако да они који раде исти посао имају исту плату – Тони Верхејен, шеф канцеларије Светске банке у Србији, „Политика“, 23. март 2014. године.

велике и не би подстакло одлив квалификованих кадрова из јавног сектора, нарочито имајући у виду привремени кризни карактер солидарног пореза.¹¹

Поред разбуктавања политичких страсти везаних за превремене републичке изборе и економских дилема, Закон о умањењу нето прихода лица у јавном сектору отворио је и више правних недоумица. Најпре, као што наслов Закона и његов текст говори, површински се не види да ли се овде ради о увођењу новог пореза или се ради о материји везаној за предузетом акцијом државе потребе смањења јавних расхода. Амбивалентан одговор на ово питање по мом мишљењу налазимо и у образложењу креатора Закона. С тим у вези, аутори прописа су иаписали:¹² „С обзиром да је фискални дефицит у Републици Србији висок и да је неопходно усвојити мере које ће дати ефекат на његову стабилизацију и релативно брзо смањење, при чему је већина општих пореза већ повећана у току 2012. године, неопходно је мере фискалне консолидације већим делом заснивати на смањењу расхода.“ С тим у вези, неопходно је смањити пре свега оне издатке, у које спадају и расходи на примања запослених, који су у релативном смислу (као проценат БДП) знатно већи у односу на упоредиве државе и у односу на одрживи ниво. Тумачењем наведеног текста образложења Закона могли би извести закључке да је то порески пропис и да није. По мом мишљењу површински гледано није, али да је суштински и садржајно несумњиво прави порески Закон.

У овом Закону потпуно су садржани сви основни елементи које порез мора да садржи. Утврђени су: порески обвезници, порески предмет, пореска основица, пореске стопе и пореске олакшице. Поред тога, овлашћена је Пореска управа за примену овог Закона као и код других пореских прописа и на сва неуређена питања сходно се примењују одредбе Закона о пореском поступку и пореској администрацији.¹³ Такође, као и код других пореских закона и код овог Закона за уредно неплаћање овог прихода прописане су казнене одредбе и утврђени прекршаји и новчане казне за одговорне пореске субјекте (исплатиоце прихода, одговорна лица исплатиоца прихода и физичка лица која не изврше плаћања разлике за уплату нето прихода. Другим речима, овде се сусрећемо са једним специјалним порезом на доходак грађана, који је уређен посебним Законом. Према томе, у овој материји опорезивања

11 Вид. Фискални савет Републике Србије, Оцена фискалне стратегије 2014–2016 и Предлог буџета за 2014. годину, Београд, 2013. године.

12 Вид. Влада, Републике Србије, *Образложење Предлога Закона о умањењу нето прихода лица у јавном сектору*, Београд, 2013, стр. 6.

13 *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12 (исправка), 93/12, 47/13 и 108/13.

дохотка грађана имамо у примени два позитивна закона и то општи Закон о порезу на доходак грађана¹⁴ и посебни (специјални) Закон о умањењу нето прихода лица у јавном сектору. Првим општим Законом порез на доходак плаћају сва физичка лица која остварују доходак. Другим посебним Законом порез плаћају (умањује им се нето зарада и нето друга примања – члан 1 Закона) само запослена, односно ангажована лица у јавном сектору Републике Србије.¹⁵ Дакле, имајући у виду изложено чињенично стање, отвара се питање да ли је нови Закон у складу са Уставом Републике Србије,¹⁶ општим Законом о порезу на доходак грађана и другим прописима?¹⁷

Имајући у виду садржину материје регулисане поменути прописима, недвосмислено се може закључити да оба Закона регулишу материју из „породице“ опорезивања дохотка грађана. С тим у вези, Законом о опорезивању дохотка грађана (чл. 1) прописано је да физичка лица плаћају порез на доходак грађана искључиво у складу с тим За-

14 *Службени гласник РС*, 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 – исправка, 31/9, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11 (одлука УС), 7/12 (усклађени дин. изн.), 93/12, 114/12 (одлука УС), 47/13, 48/13 – исправка и 108/13.

15 У стручним круговима се оцењује изразито негативно на ефикасност јавног сектора умањење само зарада и других примања запослених већа од 60.000 динара и то за 20%, тј. 25% (преко 100.000 динара), при чему су фискални ефекти незадовољавајући (смањење фискалног дефицита само за једну двадесетину). Посебно се истиче то што ће овај порез довести у великој мери до неравноправног положаја институција у оквиру јавног сектора које део прихода остварује у условима тржишне конкуренције са приватним предузећима. Детаљније о томе вид. Милојко Арсић, Саша Ранђеловић, „Анализа и оцена фискалне политике за период 2014–2016“, *Квартални мониторинг* бр. 34/јул-септембар 2013, стр. 62 и 63. Увиђајући поменуту реалност законодавац је тај недостатак покушао да ублажи. Конкретно, од општег правила оптерећења јавног сектора направљен је изузетак који није био предвиђен Предлогом Закона, већ је накнадно унет амандманом, који је усвојен и укључен у коначној верзији Закона. Конкретно, од правила утврђеним Законом да порез плаћају (умањује им се нето зарада и нето друга примања) само запослена, односно ангажована лица у јавном сектору Републике Србије, изузимају се субјекти у привредним друштвима која кумулативно испуњавају следећа три услова: први, од 1. јануара 2010. године нису примила ниједан вид државне помоћи; други, у последњих пет годишњих финансијских извештаја нису исказала губитак и трећи, послују у условима тржишне конкуренције са привредним друштвима која нису у јавном сектору Републике Србије.

16 *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

17 Синдикат „Независност“ је покренуо иницијативу за оцену уставности и законитости Закона о умањењу нето прихода лица у јавном сектору због његове колизије са одредбама: Устава Републике Србије; Закона о раду; Закона о пореском поступку и пореској администрацији; Закона о порезу на доходак грађана и Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода ратификоване од стране Скупштине Републике Србије и Црне Горе (*Сл. лист СЦГ – међународни уговори*, бр. 9/2003). Поред поменутог Синдиката иницијативу за оцену уставности и законитости овог Закона су покренули и други субјекти.

коном. Према томе, појава новог закона који би оптерећивао само посебне пореске субјекте (у овом случају запослена, односно ангажована лица у јавном сектору Републике Србије, је експлицитно општим Законом недозвољено. „Изузимање једне категорије грађана и опорезивање њиховог дохотка према неком специјалном закону сходно установљеној пракси Уставног суда, представља нарушавање јединства правног поретка Србије.“¹⁸ Према изложеном, можемо закључити да ново уведени солидарни порез правно гледано не може остварити потребу државе да отклони неосновано висока лична примања у јавном сектору. С тим у вези, оцењује се да се питање релативно високих зарада у јавном сектору (у односу на приватни) може решити свеобухватном реформом система зарада, која би довела до тога да лица на истим или сличним пословима у свим деловима јавног сектора примају сличну зараду. Ипак, да би таква мера имала ефекат на смањење расхода, неопходно је да она имплицитно у просеку доведе до смањења износа примања запослених.¹⁹ С тим у вези, у нашој стручној јавности се истиче да ће нову Владу сачекати огроман буџетски дефицит и потреба да се одмах иде у ребаланс буџета, који не може донети побољшање живота грађана, него само погоршање и не искључује додатна потреба смањења плата и пензија.

Старо начело праведности, заступљено је и у нашем праву. Наиме, Уставом Републике Србије од 2006. године (чл. 91), прописано је да је обавеза плаћања пореза и других дажбина општа и заснива се на економској моћи обвезника. Очигледно нови специјални Закон, у овом погледу селективно опорезује обвезнике јаче економске снаге која се остварује у јавном сектору. С тим у вези, нејасно је зашто се под истим условима и истој економској снази не опорезују пензионери. Поред тога, овде се као релевантни критеријум за опорезивање економске моћи узима радно место. Другим речима под условима исте економске снаге новим Законом ће се опорезовати радно место у јавном сектору, али неће у приватном сектору. Међутим, с правом се указује да ни Устав ни Закон о раду не праве разлику између радног места у јавном и приватном сектору.

По мом мишљењу, чак и у случају да је законодавац овим специјалним Законом прописао да је обавеза плаћања пореза општа, односно да обухвата све пореске субјекте у приватном и јавном сектору као ефекат у пракси неби се остварило плаћање пореза према економској снази. Наиме, у овом случају било би углавном присутно само прогресивно опорезивање зарада. Међутим, опредељењем за оштрије опорезивања само зарада применом прогресивних стопа, довело би у неједнаки и не-

18 Миодраг А. Јовановић, „Политика“, 3.2.2014, Београд.

19 М. Арсић, С. Ранђеловић, *нав. дело*, стр. 63.

праведан положај обвезника који у односу на друге пореске обвезнике има исту економску снагу, али у односу на њих не остварује приходе из других извора. Дакле, опорезовати обвезника вишом пореском стопом, зато што остварује високу плату, али не остварује друге приходе, било би неправедно у односу на обвезника који плаћа нижи порез на зараду али остварује приходе и из других извора (нпр. самосталне делатности, приходе од непокретности, од ауторских права, права сличном ауторском праву и правима индустријске својине итд). На основу изложеног, по мом мишљењу, решавање поменутих проблема немогуће је без јасног опредељења законодавца за одређени модел опорезивања дохотка грађана који се појављује у теорији и пракси савремених држава. Другим речима, неопходно је заменити анахрони мешовити систем опорезивања дохотка новим савременим системом који познаје теорија и пракса, са јасним ослоном на наше објективне економске и друштвене услове.

III Реформа пореског система Републике Србије

Порески прописи су вероватно један од најдинамичнијих сегмената нашег правног система. С тим у вези, имајући у виду суштинске промене прописа обележја рефорских пореских промена код нас имају два временска периода. Први период би могли везати за покушај реформисања оригиналног предреформског система отпочет са спровођењем почетком деведесетих година прошлог века када је донет пакет пореских закона неопходних привреди. Те промене су извршене у друштвеним условима насталим распадом раније државе те су резултати у пракси били скромни. То је био узрок спровођења Друге пореске реформе почетком овог века. У овом периоду донет је нови пакет пореских прописа који су у великој мери усаглашени са законским решењима земаља ОЕЦД и Европске уније. Међутим, уласком државе у економску кризу настала је неопходност за спровођења нове Треће пореске реформе чија се суштинска решења за сада недовољно назире.

У оквиру поменутих реформских процеса пореског система у Републици Србији извршене су радикалне промене код тзв. вертикалне расподеле фискалних овлашћења, између Републике Србије, покрајина, градова и општина. Доминантну улогу у вези са увођењем пореза, давањем пореских подстицаја, утврђивање основних елемената и одређивање висине пореза добила је Република. Тај тренд се одржава и доношењем нових прописа. Тако, Законом о буџетском систему²⁰ (чл. 15) утврђено је да се порези могу уводити само законом, и да се могу

20 Службени гласник РС, бр. 54/09, 73/10, 101/10, 19/11, 93/12 и 62/13.

увести на потрошњу, доходак, добит, имовину и пренос имовине физичких и правних лица. Поред тога, прецизирано је да се пореским законом морају утврдити предмети опорезивања, основица, обвезник, пореска стопа или износ, сва изузимања и олакшице од опорезивања, начин и рокови плаћања пореза. Најзад, поменути Закон је утврђено да се обавезе и права пореских обвезника не могу проширивати или смањивати подзаконским актима. Овим путем, јасно је прописана искључива надлежност парламента да путем закона суштински оптерећује обвезнике.²¹

Генерално гледано, поред поменутих суштинских реформских корака који су се одвијали, једна од карактеристика нашег пореског система јесте учесталост бројних промена пореских прописа којима не можемо дати епитет правих реформи.²² Те промене пореских прописа првенствено проистичу услед сложености материје коју њима треба обухватити. Међутим, у великој мери и услед тога што се недовољно студиозно и креативно прилази стварању норми зависно од наших привредних и друштвених услова и непотребног укључивања у систем бројних разноврсних дажбина. У том смислу можемо истаћи, да наш порески систем није једноставан за разумевање и примену. С тим у вези, у процедури увођења пореског законодавства Србије, недостаје свеобухватна анализа ефеката, односно нијансирана процена последица које ће да изазову измене постојећих или увођење нових закона, као и како ће те промене утицати на пореске обвезнике. Дакле, у нашим условима неопходно је припремити законе које ће се у пракси поштовати. Претпоставка за остварење наведених токова јесте да се пре сваког доношења закона изврши исцрпна анализа ефеката које ће он изазвати. Поред тога, у истом циљу неопходно је у овој изузетно осетљивој материји у поступку доношења закона организовати свеобухватну јавну расправу која би суштински утицала на доношење добрих прописа.

Наш важећи порески систем се доминантно заснива на опорезивању потрошње (посредне порезе). Разлог овоме је тај што су ови порези економски ефикасни и подстицајно делују на повећање штедње која објективно омогућава повећање инвестиција. Такође, у условима економске кризе гледано са аспекта издашности јавних прихода потрошни порези имају примат у односу на непосредне порезе. Најзад, помену-

21 По мишљењу привредника код нас се највећи део такса наплаћује по уредбама које имају снагу закона. На тај начин избегавају се скупштинске процедуре које би дале могућност привредницима и грађанима да изнесу своје разлоге и учествују у заштити својих интереса. Милан Кнежевић, председник Управног одбора Привредне коморе малих, средњих предузећа и предузетника, „Политика“, 25. март 2014. године.

22 Поред других промена прописа, по своме значају и обухватности истичу се пакети пореских закона донетих у мају и децембру 2013. године.

ти порези су тежи за избегавање плаћања и једноставни и јефтини за примену (примена принципа самоопорезивања). Према томе, уопштено гледано, по мом мишљењу, је оправдано да у пореском систему Србије доминирају посредни порези (ПДВ и акцизе). Превасходно усмеравање пореског система ка примени наведених прихода позитивно се делује на нужну извозну орјентацију привреде, повећање инвестиција, запошљавања, решавање проблема дефицита платног биланса итд. Међутим, при томе не треба очекивати спектакуларне резултате. Наиме, неке државе су у условима економске кризе смањиле порезе и доприносе на зараде ради подстицања запошљавања али нису постигли жељене резултате. То показује једно истраживање које је спроведено у 13 европских земаља чланица ОЕЦД, које су пренеле део доприноса за социјално осигурање на порезе на потрошњу ради подстицаја слабо плаћених радника. Наведени подстицај је слаб, јер настало повећање потрошних пореза ће сносити поменути радници.²³

Код посредних пореза Србија је у највећој мери конципирала порескоправна решења која се појављују у савременим државама света. Прецизније, она је систем посредних пореза хармонизовала са директивама Европске Уније. Тако, у нашем порескоправном систему код ПДВ је у примени тзв. ЕЗ – модел потрошног типа, индиректне методе обрачуна пореске обавезе и применом дестинације.²⁴

Поменута констатација о значају посредних пореза не значи минимизирање потребе егзистирања друге велике групе пореза – тзв. непосредних (директних) пореза. Напротив, анализе потребе реформе пореских прописа у Републици Србији су у теорији и пракси примарно усмерене ка овој групи (порезу на доходак грађана, порезу на добит правних лица и порезу на имовину), код којих се због њихове природе очекују у неопходној мери оригиналнија решења у складу са нашим економским, социјлним и политичким условима. Другим речима, док се посредни порези одликују релативно високом правном униформношћу решења у савременим државама, то није случај код непосредних пореза. Посебна разноликост правног уређења појављује се код пореза на доходак грађана. Код овог пореза државе по правилу нису међународно ограничене у погледу опредељења за модел и прописивање битних елемената опорезивања.

Имајући у виду све досадашње бројне промене пореских прописа у Републици Србији не можемо бити задовољни суштинским решењима

23 Alastair Thomas, Fidel Picos-Sanchez, „Shifting from Social Security Contribution to Consumption taxes: the impact on low-income earner work incentives“, *OECD Taxation Working papers*, бр. 11/2012.

24 Детаљније о томе вид. Група аутора, *Специјалистичке последипломске студије за кадрове Републичке управе јавних прихода Србије*, Књига 1, Београд, 1996, стр. 368.

којима се утиче на привредни и друштвени живот. Пре би се могло рећи, да није било воље од надлежних органа ка конципирању система непосредног опорезивања који би суштински одударао од досадашње стерилне праксе доминанте потребе прикупљања обилнијих прихода.²⁵ Нажалост, посматрајући садашњу ситуацију код нас, можемо рећи да се јасно још не види коју стратегију има држава у пореској материји за наредни период. У том погледу стизале су поруке из Пореске управе да није време за измену досадашње суштинске пореске политике, јер би то срушило пројекте који су већ у току. По њима, непотребне су суштинске промене пореске политике до краја 2014. године, јер је у току превише пројеката који ће представљати велико растерећење пореских обвезника у Србији, као што су обједињена наплата, односно један образац за пријаву свих доходака физичких лица и један уплатни рачун за све порезе и доприносе.²⁶ Затим, ту је реорганизација целокупне организационе структуре Пореске управе. Поред тога, до краја марта 2014. године прећи ће се на *on-line* фискалне касе, а 1. јула 2014. године на електронско пословање пореских обвезника. Поменути пројекти по мишљењу Пореске управе ће се завршити у року краћем од годину дана, што је другим државама требало више година. Зато у Пореској управи сматрају да би свака промена пореске политике, која би ступила на снагу пре почетка 2015. године, угрозила а можда чак и срушила планиране пројекте.

За разлику од изложеног мишљења, по бившем министру привреде Саши Радуловићу један од првих рефорских корака јесте промена пореске политике која би се састојала у потреби растерећење рада како би

25 У стручним круговима и субјектима у привреди се истиче, да је највећи проблем пореске политике у Србији честа промена прописа које су понекад у супротности са другим законима. Поред тога, указује се да се против пореских обвезника олако подносе кривичне пријаве док жалбени поступак предуго траје. Најзад, примећује се у пракси да судови у Србији немају довољно капацитета да решавају компликоване пореске случајеве. С тим у вези, помињу се примери где порески обвезник утврди своје обавезе применом једног тумачења Министарства финансија, а затим исто Министарство накнадно изда потпуно другачије тумачење, а Пореска управа у контроли примећује само ово друго, па се поставља питање шта је са затезном каматом која је у међувремену настала.

26 1. марта 2014. године почела је обједињена наплата пореза и доприноса. Сада порески обвезници уплаћују порезе и доприносе на један рачун, послодавци измирују обавезе електронски и одједном без гомилања папира. Овим путем, нема редовни могућност да послодавац, на пример, као раније, уплати плате, а не плати порезе и доприносе. За првих 13 дана од почетка наплате Пореској управи је стигло близу 130.000 пријава, а уплаћено је у просеку две милијарде динара дневно, што је знатно више него у истом периоду претходне године. Охрабрујуће је да је 95% пријава било исправно, објављено је на сајту Министарства финансија. Имајући у виду значај поменутих процеса за изградњу једноставног пореског система са најмањим трошковима, ове акције наших пореских власти треба поздравити.

запошљавање постало профитабилно.²⁷ У односу на поменуто питање, код неких других стручњака имамо другачије ставове. По њима, реформа пореског система којом би се смањило фискално оптерећење рада (пре свега доприноси), а повећало фискално оптерећење потрошње била би подстицајна за инвестиције и запошљавање, а индиректно би побољшала међународну конкурентност привреде Србије. Међутим, оцењује се, да би примену пореске реформе требало одложити све док се реше најважнији проблеми у јавним финансијама Србије, а то су висок фискални дефицит и растући јавни дуг. Дакле, као што се може приметити постоје озбиљна размишљања правне, пореско техничке и економске природе која указују на потребу одлагања нове суштинске реформе пореског система за одређено време.²⁸

Поред потребе конципирања оптималне пореске структуре у предстојећим реформским пореским процесима, свакако важно питање на које се мора дати јасан одговор јесте: регулисање пореских ослобођења и пореских олакшица у циљу вођења активне пореске политике. Важност тог питања показали су и програми политичких партија презентираних приликом предизборне кампање. Том приликом, присутна су била бројна мишљења и праве лепезе обећања о будућем давању пореских подстицаја привредним субјектима у циљу премошћавања тешкоћа која се појављују у условима недовољног привредног раста, незапослености, губитака итд. Дакле, неопходно је аргументовано размотрити проблематику пореских расхода под којом подразумевамо одредбе пореског законодавства или праксе путем којих се смањују или одлажу приходи једној групи обвезника, у односу на стандардни порески облик и претпостављени износ пореза. При томе, претпостављени износ пореза инкорпорира структуру пореских стопа, обрачунска правила, конвенције, умањења за обавезна плаћања, ставке за олакшање порезке администрације, те међународне фискалне обавезе. За централну власт порески расходи су губитак јавних прихода, а за обвезнике умањење пореске обавезе, а у земљама ОЕЦД-а деле се на олакшице, пореске субвенције и пореске помоћи. Порески расходи нису стварна издвајања на расходној страни буџета, него намерно испуштени и неубрани приходи.²⁹ Изложена изузимања и олакшице од плаћања пореза у савременим државама су присутна у циљу вођења активне пореске политике.

27 Вид. „Магазин Бизнис“, 3. октобар 2013. године.

28 Вид. Милојко Арсић, „Уводник“, *Квартални мониторинг*, бр. 35/март 2014.

29 Вид. Група аутора, *Модели порезних издајака у одабраним земљама*, стр. 11; *Зборник радова, Скривена јавна потрошња, Садашњост и будућност порезних издајака*, Институт за јавне финансије, Загреб, 2012.

У земљама ОЕЦД-а, по правилу се испитују порески расходи који се појављују у системима пореза на доходак, пореза на добит, ПДВ и повезују се са буџетским процесима. У контексту изложеног, приметно је да најчешћа употреба долази до изражаја код директних пореза (пре свега пореза на доходак и пореза на добит). С тим у вези, продубљена научна истраживања ове материје у развијеним земљама почела је од седамдесетих година прошлога века. По мишљењу стручњака, до сада су најквалитетније анализе пореских расхода вршене у САД и Канади. Полазећи од искустава у поменутих земљама, а уз помоћ ОЕЦД-а и других институција који их прате, почео је процес стручног усклађивања анализа пореских расхода. Међутим, неопходно је уложити додатне напоре у циљу давања одговора зашто се води политика пореских расхода и донетима те политике.

Карактеристично за данашње прилике је присутност бројних и значајних пореских расхода што у теорији и пракси отвара важна питања везана за правилну употребу, администрирање и неопходне евиденције. Конкретно, појављују се дилеме о предностима и недостацима потребе примене пореских расхода. У том смислу указује се на одређене предности поменутог феномена, али у већој мери се наглашавају његови негативни ефекти. Од негативних ефеката посебно треба истаћи да порески расходи неминовно поскупљују администрацију и редуцирају јавне приходе. Поред тога, овом питању с правног аспекта се посвећује посебна пажња, које се изражава кроз честе и бројне промене прописа везане за пореска ослобођења и пореске олакшице.³⁰

У контексту изложеног, у практичном животу чињеница је, неједнаке оцене и заступљености пореских расхода у развијеним земљама у односу на земље у окружењу. Конкретно, Црна Гора, Македонија, Мађарска и Хрватска су у потпуности прихватиле оцене о неефикасности и неправедности пореских олакшица. С тим у вези, имамо да за разлику од развијених земаља, број укинутих олакшица у поменутих земљама су далеко бројније од ново уведених олакшица.

Као и у другим земљама и у Србији питање пореских расхода актуелна је тема привредника и грађана. Честим променама пропи-

30 Примера ради, у Хрватској и поред постојања бројних порезних мера – порезних расхода за територију неразвијених заосталих привредних подручја у пракси у томе се није успело. Неки од евентуалних објашњења неефикасности пореских расхода могу бити да су износом врло мали и/или недовољни, те нестабилност законодавног система опорезивања добити, јер непрестане измене повећавају неизвесност што негативно утиче на инвестиције, а тиме и на привредни развој. Додатан проблем је тај што је увођење нових врста пореских расхода порезни систем учинило сложеним и смањило државне приходе. Вид. Вјекослав Братић, „(Не)ефикасност порезних издатака у опорезивању добити“, *Скривена јавна пошрошња, Садашњост и будућност порезних издатака, Институт за јавне финансије*, Загреб, 2012, стр. 81.

са наш законодавац покушавао је да помогне привредним субјектима. Међутим, у пракси је егзистирало више стерилних ослобођења и олакшица, које су морале да се елиминишу из пореског система. Због тога, по мом мишљењу, од конкретних друштвених услова зависи делотворност појединог инструмента којим се служи држава. Искуства из сложене стварности нам казују да су у употреби паралелно и усмеравајуће пореско право (преко пореских расхода) и директне субвенције. Неопходна је изузетна обазривост и стручно знање носиоца економске политике приликом конципирања прописа и опредељења за могућу примену оптималне варијанте финансијских инструмената. Ипак, имајући у виду наша досадашња искуства, процесе редуцирања пореских подстицаја код опорезивања добити правних лица потребно је подржати и заштитити од честих искушења појаве нових. Овим путем подстицајно ће се деловати на редовно плаћање пореза и ефикасног онемогућавања његовог избегавања. Привлачење инвеститора кроз селективне порезе је још штетнији недопустљиви облик арбитрарног мешања државе у тржишне процесе, него што је то случај са одобравањем субвенција. Поред тога, као што је речено, међународна искуства показују да пореске олакшице нису ефикасан инструмент за привлачење страних инвестиција у условима ниске номиналне стопе пореза на добит правних лица.

IV Закључак

Порески системи савремених држава и Републике Србије суочени су праксом бројних измена и допуна пореских прописа изазваних сложеностима и осетљивошћу материје која је предмет нормирања. Међутим, приметно је разликовање главних узрока промена прописа код правно уређених савремених држава и наше Републике. У савременим државама, главни разлози реформи пореског система су: потребе отклањања неправилности расподеле пореског терета; прилагођавања тржишту и потреби међународне економске интеграције, што подразумева хармонизовање пореских система; појединостављење пореских система; смањивање врста пореза и пореских стопа; укидање пореских олакшица и поштравање санкција за утајиваче пореза. У односу на поменуте државе код нас промене прописа у много јачој мери су узроковане фискалним фактором, а у много мањој мери због остваривања економских и социјалних циљева.

Дакле, упоређујући поменуте релевантне факторе који изазивају промене пореских прописа у савременим државама и код нас, можемо закључити да у целини гледано не можемо бити задовољни. Не умањујући значај нашег законодавца у покушајима усаглашавања са правом ЕУ и конципирању пореских прописа у функцији ефикасније наплате фискал-

них прихода, ипак, садржински гледано поменуте промене су у недовољној мери у интересу стабилизације и развоја привреде.

На основу изложеног у целини гледано, по мом мишљењу, скорашње честе промене закона о порезима у Србији немају карактер суштинских реформи пореског система, ни нови видни концепт који се жели остварити у пракси. Уместо тога, намера нових пореских решења је по мом мишљењу да омогуће премошћење акутне потребе смањења високог буџетског дефицита и олакшање пореској администрацији и пореским обвезницима да ефикасније утврде и наплате порез. Поред тога, поменуте промене пореских прописа треба да омогуће добијање времена за неку будућу пореску реформу, чији концепт нажалост за сада изгледа није пројектован од релевантних фактора наше Републике.

Zoran ISAILOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law, University of Priština

CHARACTERISTICS OF THE TAX SYSTEM IN SERBIA IN TERMS OF FREQUENT CHANGES IN REGULATIONS

Summary

One of the main features of the tax system in Serbia is the numerous changes in tax regulations caused by the difficult situation of the economy, and its inability to provide more generous income necessary to fund the state. In this regard, we can say that the tax authorities have almost exhausted the possibilities of the use of tax instruments to acquire more generous fiscal revenues by the taxpayers.

In the context of the above, there is no more room for the state to proceed with the new and rapid adoption of the tax legislations without a comprehensive analysis of the effects these can leave on the economic and social life. Furthermore, in this very sensitive matter, it is necessary for the relevant tax entities to organize a serious and comprehensive public discussion about these legislative processes, which would guarantee the adopted regulations to be respected in practice and have an optimal effect in achieving the fairness of taxation, promote economic development, yield payments etc.

Key words: *tax system, tax regulations, tax expenditures, economic efficiency, equity.*

др Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ
редовни професор на Правном факултету Универзитета у Београду

мр Свејислав КОСТИЋ, LL.M.
асистент на Правном факултету Универзитета у Београду

ТУРИСТИЧКЕ АГЕНЦИЈЕ У СРПСКОМ СИСТЕМУ ПОРЕЗА НА ДОДАТУ ВРЕДНОСТ*

Резиме

Све већи број регистрованих туристичких агенција показује да привредна друштва и предузетници настоје да кроз ову услужну делатност остваре добит. У зависности од начина опорезивања туристичких услуга у систему ПДВ-а, разликују се туристичке агенције које њиховницима нуде туристичке услуге и у односу на њих испуњавају своје обавезе, а за реализацију својих туристичких аранжмана користе транспортне, угоститељске и сличне услуге других обвезника ПДВ-а, односно од њих преузимају добра која њиховници непосредно користе, зајим туристичке агенције које код нудења туристичких услуга обезбеђују смештај и исхрану у својим објектима, врше превоз својим возилима и др., као и туристичке агенције које само посредују у продаји туристичких аранжмана другим агенцијама. Предмет овог рада је опорезивање њиховних јединствених туристичких услуга. На туристичке агенције које реализују своје туристичке аранжмане, користећи прелазне туристичке услуге других обвезника ПДВ-а, примењује се посебан постојећи начин опорезивања, због специфичности постојања у овој делатности.

* Овај рад је резултат рада на пројекту Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, бр. 179001, под називом „Организационе и информационе подршке систему управљања квалитетом као кључним фактором повећања конкурентности наших предузећа и њиховог бржег изласка на светско и ЕУ тржиште“.

Овај постоји одликује једносавности при одређивању места пружања јединствене туристичке услуге, као и непосредно одређивање додатне вредности применом директне методе (варијанте одузимања). Аутори посебно пажњу посвећују настанку пореске обавезе у ситуацији када је туристичка агенција примила авансну уплату за туристички аранжман који ће тек да буде реализован, а посебности режима одређивања туристичких агенција у систему ПДВ-а анализирају и кроз недоушности права на одбијак прелазној пореза.

Кључне речи: *јединствена туристичка услуга, порез на додатну вредност, прелазни порез, туризам, туристичка агенција.*

І Појам, врсте и делатност туристичких агенција

Туристичка агенција обавља туристичку делатност у циљу стицања добити, а може да буде организована као привредно друштво, предузетник, друго правно лице или огранак страног правног лица.¹ Уколико привредно друштво, друго правно лице или предузетник не обављају делатност туристичке агенције као своју претежну делатност, дужни су да образују огранак, односно простор ван пословног седишта који морају да региструју у одговарајућем Регистру туризма, који води Агенција за привредне регистре.² Такође, у ситуацији када туристичка агенција обавља делатност ван свог регистрованог седишта, она има обавезу да у сваком месту пословања образује огранак, односно простор ван пословног седишта, који се евидентира у Регистру туризма.³

Бројни су послови које туристичке агенције обављају, и то: организовање и реализовање туристичких путовања у земљи и у иностранству; организовање и реализовање путовања ученика и студената у иностранство ради учења страног језика или стручног усавршавања са могућношћу обављања привремених и повремених послова; понуда, продаја и посредовање у продаји туристичких путовања; превоз путника (трансфер, транспорт); организовање излета, туристичких разгледања, забавних програма и сл.; посредовање у организовању скупова, сајмова, манифестација и спортских приредби; пружање или посредовања у пружању услуга туристичких водича, туристичких пратилаца, локалних туристичких водича и туристичких аниматора; прибављање путних исправа, резервације и продаје путних карата у име и за рачун домаћих

1 Чл. 3, тач. 12 Закона о туризму, *Службени гласник РС*, бр. 36/09, 88/10, 99/11 и 93/12.

2 Чл. 42, ст. 2 и чл. 117, ст. 1 Закона о туризму.

3 Чл. 42, ст. 3 Закона о туризму.

и страних превозника; посредовања у пружању услуга смештаја и исхране у објектима домаће радиности и сеоског туризма; посредовања у изнајмљивању возила туристима и путницима; резервације и продаје карата за спортске, културне и друге приредбе и манифестације; итд.⁴

Могу се разликовати два типа туристичких агенција, у зависности од врсте послова које обављају: туристичка агенција – организатор туристичког путовања и туристичка агенција – посредник у продаји туристичког путовања.⁵ Туристичка агенција-организатор путовања може да обавља све напред наведене послове који су уобичајени у туристичком промету,⁶ за разлику од туристичке агенције која је посредник у продаји туристичког путовања, те с обзиром на ову своју посредничку улогу не може самостално да организује и реализује туристичка путовања у земљи и у иностранству, нити да самостално организује и реализује путовања ученика и студената у иностранство ради учења страног језика или стручног усавршавања.⁷

II Туристичка агенција у улози обвезника пореза на додату вредност

Са становишта пореских прописа, туристичком агенцијом се сматра обвезник који путницима пружа туристичке услуге и у односу на њих иступа у своје име, а за организацију путовања прима добра и услуге других обвезника које путници непосредно користе (претходне туристичке услуге).⁸

Пошто туристичка агенција продаје туристичко путовање као комбинацију две или више услуга по јединственој цени,⁹ поставља се питање њеног пореског третмана са становишта пореза на додату

4 Чл. 43 Закона о туризму.

5 Чл. 47 Закона о туризму.

6 Да би могла да организује и реализује туристичка путовања у земљи и у иностранству, туристичка агенција – организатор путовања мора да од Регистратора туризма добије лиценцу за обављање ових послова, након испуњења законом прописаних услова. Вид.: чл. 51 и 52 Закона о туризму. Такође: Правилник о садржини захтева за издавање лиценце и условима и начину издавања свечане форме лиценце за организовање и реализовање туристичких путовања у земљи и иностранству, *Службени гласник РС*, бр. 55/12.

7 Упор.: чл. 58 Закона о туризму.

8 Чл. 35, ст. 1 Закона о порезу на додату вредност – ЗПДВ, *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12 и 108/13. Упор.: Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment, *Official Journal L 145*, 13/06/1977, Art. 26.

9 Чл. 44, ст. 1 Закона о туризму.

вредност (у даљем тексту: ПДВ). Наиме, туристичко путовање је унапред припремљена комбинација најчешће две или више туристичких услуга (превоз, смештај, исхрана и друге туристичке услуге), које туристичка агенција-организатор путовања, односно туристичка агенција-посредник нуди на продају и продаје по јединственој цени.¹⁰ У пореском смислу полази се од правне фикције да се све туристичке услуге које туристичка агенција пружа путнику у вези са једним путовањем (како услуге које агенција непосредно пружа путницима, тако и претходне туристичке услуге) сматрају јединственом туристичком услугом.¹¹ Претходне туристичке услуге су услуге које други обвезници пружају агенцији, а које путници непосредно користе (нпр. услуге превоза путника до туристичког места и назад, услуге смештаја, услуге исхране, услуге осигурања, услуге туристичког водича, набавка улазница за посету музеју, односно карата за спортски или музички догађај и др.).

Међутим, туристичка агенција може да врши и промет добара и услуга који се не могу подвести под јединствену туристичку услугу (нпр. продаја сувенира, мапа градова, посредовање код промета услуга смештаја и др.). За тај промет, уколико је опорезив ПДВ-ом, туристичка агенција као обвезник ПДВ-а обрачунава и плаћа ПДВ по редовном поступку, при чему пореску основицу чини износ накнаде коју обвезник прима или треба да прими за испоручена добра и пружене услуге од примаоца добара или услуга, односно од трећег лица.¹²

Туристичка агенција је у обавези да, уколико је у претходних 12 месеци остварила укупан промет већи од 8.000.000 динара, најкасније до истека првог рока за предају периодичне пореске пријаве,¹³ поднесе евиденциону пријаву надлежном пореском органу,¹⁴ чиме се, као и остали обвезници, евидентира за обавезу обрачуна и плаћања ПДВ-а.¹⁵ Она, такође, мора да води одговарајућу евиденцију која обезбеђује вршење контроле правилног обрачунавања и плаћања овог пореза.¹⁶ Међутим, ако укупан промет добара и услуга који је туристичка агенција остварила на територији Републике Србије и/или у иностранству у претходних 12 месеци није већи од 8.000.000 динара, односно ако она при отпочињању

10 Чл. 3, тач. 25 Закона о туризму.

11 Чл. 35, ст. 2 ЗПДВ.

12 Чл. 17 ЗПДВ.

13 То значи у року од 15 дана по истеку пореског периода (календарског месеца). Вид.: чл. 50, ст. 1 ЗПДВ.

14 Надлежност пореског органа се одређује према месту седишта туристичке агенције.

15 Чл. 38, ст. 1 ЗПДВ.

16 Чл. 46 ЗПДВ. Вид.: Правилник о облику, садржини и начину вођења евиденције о ПДВ, *Службени гласник РС*, бр. 120/12.

обављања делатности процењује да у наредних 12 месеци неће остварити укупан промет већи од тог износа, туристичка агенција ће се третирати као мали обвезник.¹⁷ Као мали обвезник, агенција не обрачунава ПДВ за извршен промет добара и услуга, нема право исказивања ПДВ-а у рачунима, нема право на одбитак претходног пореза и није дужна да води прописану евиденцију. Али, ако агенција оцени да јој више одговара да буде у редовном режиму опорезивања ПДВ, пре свега због могућности одбитка претходног пореза, она може да поднесе евиденциону пријаву и тиме стекне сва права и обавезе које иначе имају обвезници ПДВ-а (обавезу обрачуна и плаћања ПДВ-а, подношење пореске пријаве, обавеза издавања рачуна о извршеном промету добара и услуга, вођење евиденције, право на одбитак претходног пореза и др.).¹⁸ Ако изабере ту опцију, обавеза плаћања ПДВ-а траје најмање две године.¹⁹

III Посебан поступак опорезивања за туристичке агенције

Са становишта начина опорезивања туристичких услуга у систему ПДВ-а, врло је важно направити разграничење да ли се ради о туристичкој агенцији која путницима пружа туристичке услуге и у односу на њих иступа у своје име, а за организацију путовања прима добра и услуге других обвезника које путници непосредно користе – претходне туристичке услуге, или о туристичкој агенцији која туристичке услуге пружа сопственим средствима, тј. обезбеђује смештај и исхрану у својим објектима, врше превоз сопственим возилима и сл., односно о туристичкој агенцији која само посредује у продаји туристичких аранжмана других агенција.

За посебан режим опорезивања туристичких агенција од значаја је да туристичка агенција у односу на путнике којима пружа туристичке услуге иступа у своје име. Такође, битно је да агенција, као организатор путовања, путнику обезбеди најмање две претходне услуге (нпр. услугу смештаја и услугу осигурања, док путник може да користи сопствени превоз), које чине целину. Посебан режим се, отуда, не би могао применити у случају да туристичка агенција само набави нпр. улазнице за неки музички концерт који се одржава у Будимпешти, а да при томе не пружи и основну услугу путовања (нпр. превоз).

Посебан поступак опорезивања не важи за туристичке агенције које продају туђе туристичке аранжмане уз одређену провизију, пошто

17 Чл. 33, ст. 1 ЗПДВ.

18 Чл. 33, ст. 3 ЗПДВ.

19 Чл. 33, ст. 4 ЗПДВ.

оне врше услуге у туђе име и за туђ рачун.²⁰ Такве агенције, које само посредују у пружању туристичких услуга, плаћају ПДВ у редовном поступку, на накнаду коју чини (посредничка) провизија. Ако је таква туристичка агенција мали порески обвезник и није у систему ПДВ-а, она неће имати право да исказује ПДВ у рачунима, нити да одбије претходни порез, а неће имати ни обавезу да подноси пореске пријаве и води прописане евиденције. Уколико је, међутим, износ њеног укупног промета²¹ квалификује за редовног пореског обвезника или се, иако је мали обвезник, определи за ту опцију, она је обавезна да обрачуна и плати ПДВ, подноси пореске пријаве, води евиденције и има право на одбитак претходног пореза, уз испуњење законом прописаних услова.

Сем тога, чак и у случајевима када туристичка агенција поступа у односу на путнике у своје име, она не може да буде подвргнута посебном поступку опорезивања уколико користи своје услуге, а не услуге других обвезника ПДВ-а (нпр. ако агенција поседује сопствени аутобус којим обавља превоз путника до жељене дестинације или је, пак, власник неког хотела или одмаралишта у којем обезбеђује смештај путника). Таква агенција може да искаже обрачунати ПДВ у својим рачунима и, уколико испуњава услове из чл. 28 ЗПДВ, има право на одбитак претходног пореза. У таквим случајевима, место промета ових услуга одређује се на друкчији начин него место промета јединствене туристичке услуге.²²

У ситуацији када туристичка агенција, у оквиру пружања јединствене туристичке услуге, део услуга пружа ангажујући сопствена средства (своје превозно средство, своје смештајне капацитете, своје ресторани и др.), а други део тако што користи услуге и добра трећих лица, посебан поступак опорезивања се спроводи само за онај део који се односи на претходне туристичке услуге других обвезника ПДВ-а, док се за оне услуге које туристичка агенција пружа помоћу сопствених средстава примењује редовни начин опорезивања.²³

20 Упор.: Domagoj Bakran, „Oporezivanje usluga putničkih agencija nakon 1. srpnja 2013. godine“, *Računovodstvo i financije*, доступно на адреси: http://www.uhpa.hr/.../UHPA_Oporezivanje%20usluga, 15.3.2014.

21 Укупан промет посредничких туристичких агенција чини провизија, а не укупна вредност продатог аранжмана (тј. укупан износ накнаде коју плаћају путници). Вид.: „Adviser Računovodstvo i porezi“, *Bilten*, бр. 3–4/2013, доступно на адреси: <http://www.adviser.rs>, 25.3.2014.

22 Место промета услуге смештаја у свом хотелу је место где се налази такав хотел или сличан објекат, вид.: чл. 12, ст. 3, тач. 1 ЗПДВ, док је место промета услуге превоза сопственим превозним средством место у којем је обављен превоз (у случају међународног транспорта опорезив је промет услуге превоза само на територији Републике Србије, тј. до царинске границе), чл. 12, ст. 3, тач. 2 ЗПДВ.

23 Koen Dewilde, Kris Eeckhout, Cindy Boone1, „The Margin Scheme for Travel Agents: The European Commission’s Proposal to Simplify the European VAT Rules“, *International*

Местом промета јединствене туристичке услуге сматра се место у којем туристичка агенција, као пружалац услуге, обавља своју делатност,²⁴ а то је, заправо, место које је као њено седиште уписано у Регистар привредних субјеката. Ако, пак, туристичка агенција врши промет туристичких услуга преко својих пословних јединица, местом промета се сматра место у којем се налази седиште такве пословне јединице. Из овога можемо да закључимо да ће се Република Србија сматрати местом где је извршен промет јединствене туристичке услуге не само у ситуацијама када тај промет врши домаћа туристичка агенција (било директно или преко својих пословних јединица), већ и када га врши страна туристичка агенција (нпр. *Travel House*), али преко својих пословних јединица које имају седиште на територији Србије. Сем тога, ваља истаћи да место извршења претходних туристичких услуга (превоза, смештаја и др.) нема утицаја на одређивање места промета јединствене туристичке услуге, с обзиром на то да су оне обухваћене јединственом услугом.²⁵ Такође, ирелевантно је да ли се у улози примаоца јединствене туристичке услуге (путници) налазе домаћа или страна лица, као и да ли се туристички аранжман реализује у Србији или у иностранству.

IV Пореска основица код јединствене туристичке услуге

Поставља се питање на који начин треба одредити основицу ПДВ-а на пружање јединствене туристичке услуге, пошто су њоме обухваћени различити промети добара и услуга. У том смислу, основицу јединствене туристичке услуге коју пружа туристичка агенције чини износ који представља разлику између укупне накнаде коју плаћа путник (тј. укупне цене аранжмана) и стварних трошкова које туристичка агенција плаћа за претходне туристичке услуге,²⁶ уз одбитак ПДВ-а

VAT Monitor, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, January/February, 2003, стр. 8.

24 Чл. 12, ст. 1 и 2 ЗПДВ, у вези са чл. 35, ст. 3 ЗПДВ.

25 К. Dewilde, К. Eeckhout, С. Voonel, *нав. чланак*, стр. 7.

26 Реч је о стварним трошковима које туристичка агенција има по основу пружања одређеног туристичког аранжмана, односно о накнадама које је платила за претходне туристичке услуге (као што су услуге превоза, услуге смештаја, услуге туристичког водича и др.). Међутим, уколико туристичка агенција организује и реализује школску екскурзију, дневнице које је исплатила наставницима за бригу о деци не сматрају се трошковима претходних туристичких услуга, из разлога што се ове услуге не могу подвести под категорију претходних туристичких услуга. Вид.: Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-1799/2008-04 од 19.11.2008. године. Такође, у цену претходних туристичких услуга не улази ни провизија коју туристичка агенција евентуално плати агенту изван територије Републике Србије за

који је садржан у тој разлици.²⁷ Та разлика, заправо, представља маржу (зараду) туристичке агенције.²⁸ Код туристичких агенција се, дакле, изузетно примењује директна метода утврђивања додате вредности (варијанта одузимања), која је усмерена на непосредно одређивање додате вредности.²⁹ Када би се туристичке агенције опорезовале према редовном поступку опорезивања пореску основицу би чинила укупна накнада коју је туристичка агенција примила за пружену туристичку услугу.³⁰

Примена посебног поступка опорезивања за туристичке агенције, односно коришћење марже као пореске основице није допуштена ако се туристички пакет продаје другој туристичкој агенцији, а не непосредно путницима.³¹ Потребно је, према томе, да се туристички пакет услуга продаје путницима, при чему у улози путника не морају да се нађу само физичка лица, већ то могу да буду и правна лица (нпр. предузеће ангажује туристичку агенцију за организовање хотелског смештаја и исхране својих запослених, који ће бити учесници неког семинара или конференције).³² Износ ПДВ-а који дугује туристичка агенција утврђује се применом прерачунате стопе ПДВ-а, која износи 16,6667%, на разлику између цене коју туристичка агенција наплаћује од путника и цене претходних туристичких услуга.

Туристичка агенција најчешће, због ефикасности и економичности, не утврђује основицу за обрачун ПДВ-а за сваки појединачни туристички аранжман, већ то чини за групу туристичких услуга или, чак, за све туристичке услуге које је пружила у току пореског периода (календарског месеца или календарског тромесечја, у зависности од тога да ли је њен укупан промет у претходних 12 месеци био већи или мањи од 50.000.000 динара).³³ Утврђивање пореске основице, тј. марже за сваку

привлачење потенцијалних купаца њених аранжмана, пошто се ни ова услуга не би могла да подведе под услугу коју путници непосредно користе, а што опредељује претходне туристичке услуге. Вид.: Дејан Поповић, Стеван Алексић, *Примена Закона о порезу на догађају вредности*, Секос in, Београд, 2006, стр. 294.

27 Чл. 35, ст. 4 ЗПДВ.

28 K. Dewilde, K. Eeckhout, C. Voonel, *нав. чланак*, стр. 9–10.

29 Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 419 и 455.

30 Ana Slavulj Pavletić, „Poseban postupak oporezivanja PDV-om putničkih agencija u Europskoj uniji“, *Porezni vjesnik*, бр. 6/2013, стр. 82.

31 У случају да се туристички пакет продаје другој туристичкој агенцији, свака трансакција би морала посебно да се опорезује и тада би се примењивала одредба чл. 12 ЗПДВ.

32 Вид.: Гордана Илић-Попов, *Закон о порезу на догађају вредности у Србији: Коментар Закона и подзаконских аката*, Пословни зборник, Београд, 2005, стр. 180.

33 Чл. 35, ст. 6 ЗПДВ.

појединачну јединствену туристичку услугу би било не само компликовано, већ често и готово немогуће, јер би морали да се утврде износи накнада који су плаћени за претходне туристичке услуге по сваком аранжману,³⁴ а не ретко се дешава да такве услуге нису непосредно уговорене само за један аранжман (нпр. уговорена је паушална накнада за услуге водича за одређен број саати; уговорена је накнада у паушалном износу за превоз путника на одређеној релацији, независно од тога колики ће бити број путника; агенција резервише одређен број хотелских соба за дужи временски период, нпр. за целу летњу сезону, а тек затим пружа своје услуге појединачним путницима и др.).

Специфична је ситуација када туристичка агенција пружа без накнаде јединствену туристичку услугу за личне потребе оснивача, власника, запослених или чланова њихових породица.³⁵ Овакво пружање услуга изједначено је са прометом услуга уз накнаду. Примера ради, могуће је да туристичка агенција организује и реализује излет за своје запослене, без накнаде. У овом случају, као укупна накнада коју плаћа путник сматра се цена коштања те или сличне услуге у моменту промета.³⁶ С обзиром на то да се основица за промет јединствених туристичких услуга најчешће утврђује збирно за све услуге које су пружене у одређеном пореском периоду (дакле, и услуге уз накнаду и услуге без накнаде), од укупне накнаде коју су платили путници за промет јединствених туристичких услуга које су извршене уз накнаду не одузимају се трошкови које је туристичка агенција имала по основу пружања јединствених туристичких услуга без накнаде у том периоду, или се, у случају да су у укупан износ трошкова укључени и трошкови које је туристичка агенција имала по основу пружања јединствених туристичких услуга без накнаде, укупна сума коју су платили путници за промет јединствених туристичких услуга које су извршене уз накнаду увећава за цену коштања јединствених туристичких услуга које су пружене без накнаде.

V Настанак пореске обавезе по основу пружања јединствене туристичке услуге

Пореска обавеза по основу пружања јединствене туристичке услуге настаје даном када је извршен промет јединствене туристич-

34 „VAT around the World“, *International VAT Monitor*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, March/April, 2002, стр. 115–118.

35 Чл. 5, ст. 4, тач. 2) ЗПДВ. Вид.: чл. 5, ст. 1, тач. 1) Правилника о утврђивању шта се сматра узимањем и употребом добара, другим прометом добара и пружањем услуга, без накнаде, о утврђивању уобичајених количина пословних узорака, рекламним материјалом и другим поклонима мање вредности, *Службени гласник РС*, бр. 118/12.

36 Чл. 18, ст. 2 ЗПДВ.

ке услуге, односно када је примљена накнада или део накнаде (аванс) пре промета ове услуге, у зависности од тога која од ове две радње је раније извршена.³⁷ Због специфичности природе јединствене туристичке услуге, ваља истаћи да се она сматра пруженом даном када је завршено појединачно пружање јединствене услуге.³⁸ Илустрације ради, ако аранжман за туристичко путовање траје од 20. јуна до 5. јула, туристичка услуга ће се сматрати пруженом 5. јула. У овом случају пружалац услуге (туристичка агенција) има обавезу да обрачуна и плати ПДВ за промет јединствене туристичке услуге у пореској пријави коју подноси за јул месец (односно за трећи квартал, уколико је агенција, због тога што јој је укупан промет у претходних 12 месеци, био мањи од 50.000.000 динара тромесечни обвезник).³⁹

У пракси, по правилу, туристичке агенције авансно наплаћују накнаду или део накнаде за промет јединствене туристичке услуге, коју тек треба да изврше. Уколико се догоди да туристичка агенција у истом пореском периоду прими аванс и изврши промет јединствене туристичке услуге за коју је примила тај аванс, она има обавезу да обрачуна и плати ПДВ само по основу извршеног промета јединствене туристичке услуге. Проблем, међутим, настаје када се промет туристичке услуге не изврши у истом пореском периоду када је аванс примљен, већ у неком од наредних пореских периода (нпр. туристичка агенција⁴⁰ прими аванс од путника у марту месецу за туристички аранжман који ће реализовати у августу месецу). Намеће се питање како у тој ситуацији утврдити пореску основицу за обрачун ПДВ-а по основу примљеног аванса за будући промет јединствене туристичке услуге. Тада порески обвезник – туристичка агенција прво мора да утврди колики је проценат учешћа трошкова претходних туристичких услуга у укупној цени аранжмана за коју је примила авансну уплату. Када се тај проценат примени на укупан износ примљеног аванса добија се износ који се односи на трошкове претходних туристичких услуга. Применом прерачунате опште стопе ПДВ-а (16,6667%) на разлику између примљеног аванса и тако утврђених трошкова утврђује се износ ПДВ-а по основу примљеног аванса. У пореском периоду у којем туристичка агенција изврши јединствену туристичку услугу за коју је примила аванс (у нашем примеру, у августу месецу), она у пореској пријави своју обавезу ПДВ-а по основу пружања такве услуге утврђује као разлику између ПДВ-а обрачунаог на промет јединствене туристичке услуге и износа ПДВ-а који је обрачунала на авансна средства која је примила за пружање те туристичке услуге.

37 Чл. 16, ст. 1, тач. 1 и 2 ЗПДВ.

38 Чл. 15, ст. 1, тач. 1 ЗПДВ.

39 Чл. 48, ст. 1 и 2 ЗПДВ.

40 Претпоставка је да је порески период за ову туристичку агенцију календарски месец.

Поставља се питање шта уколико туристичка агенција прими аванс од путника и по том основу обрачуна ПДВ, али из неког разлога не изврши услугу, односно не дође до реализације туристичког аранжмана, већ уговор између туристичке агенције и путника буде раскинут (нпр. не пријави се довољан број путника за реализацију аранжмана). Агенција тада има обавезу да врати новац путнику (то ће се најчешће десити у каснијем пореском периоду у односу на период у којем је примила аванс). У таквој ситуацији туристичка агенција има могућност да умањи обавезу за ПДВ у пореском периоду у којем је вратила новац путнику, односно да измени пореску основицу.⁴¹ Такође, могуће је замислити и ситуацију да је јединствена туристичка услуга извршена, али да је накнадно дошло до повраћаја новца или дела новца путнику (нпр. због рекламације путника да аранжман није извршен у складу са уговором, тј. путник је имао смештај у хотелу ниже категорије од оне за коју је извршио уплату аранжмана). И у овој ситуацији је могуће да агенција изврши измену пореске основице (јер се основица накнадно смањила), с тим да мора да поседује документ о смањењу накнаде за извршени промет услуге том лицу.

VI Ограничено право туристичке агенције на одбитак претходног пореза

Посебност режима ПДВ-а, када су у питању туристичке агенције, огледа се и у томе што агенција за туристичке услуге које пружа путницима има обавезу да обрачуна и плати ПДВ, али не може да за овај промет искаже ПДВ у рачунима и другим документима. Иако туристичка агенција не може да исказује ПДВ у рачунима, она има обавезу да подноси пореске пријаве и да води прописане евиденције.⁴² Ако туристичка агенција ипак искаже порез у рачуну који издаје другом обвезнику ПДВ-а (нпр. предузећу које је уплатило туристичкој агенцији накнаду за реализацију аранжмана ради стручног усавршавања свог запосленог), прималац рачуна нема право да ПДВ исказан у том рачуну одбије као претходни порез, јер се такав рачун не сматра рачуном издатим у складу са одредбом чл. 42 ЗПДВ.

Туристичка агенција нема право на одбитак претходног пореза по основу претходних туристичких услуга које су јој исказане у рачуну.⁴³ Оваква законска одредба представља одступање у односу на одредбу чл. 28 ЗПДВ, која прописује услове за одбитак претходног по-

41 Чл. 21, ст. 4 ЗПДВ.

42 Упор.: Д. Поповић, С. Алексић, *нав. дело*, стр. 295.

43 Чл. 35, ст. 7 ЗПДВ.

реза. Туристичкој агенцији је, према томе, ограничено право на одбитак ПДВ-а који је обрачунат и исказан у рачунима других обвезника ПДВ-а за промет претходних туристичких услуга, тј. за промет добара и услуга које туристичка агенција прима од њих како би могла да изврши јединствену туристичку услугу. Из оваквог законског решења можемо да изведемо закључак да туристичка агенција за промет јединствене туристичке услуге не може да оствари пореско ослобођење са правом на одбитак претходног пореза (нпр. када промет такве услуге врши за личне потребе страног особља међународних организација), пошто је за ове услуге прописан посебан поступак опорезивања, у оквиру којед не постоји могућност исказивања ПДВ-а у рачунима и другим документима (која служе као рачун), као ни могућност остваривања права на одбитак претходног пореза обрачунаог од стране претходног учесника у промету за претходне туристичке услуге.⁴⁴ Разлог због којег није допуштен одбитак претходног пореза за добра и услуге које туристичка агенција набавља непосредно у корист путника објашњава се својеврсним компромисом који је учињен због чињенице да се у случају пружања јединствене туристичке услуге местом промета сматра место седишта пружаоца услуге, а не место где су услуге обављене.⁴⁵ ПДВ који је обрачунат на претходне туристичке услуге, које улазе у јединствену туристичку услугу, представља трошак туристичке агенције, који је неутрализован тиме што је вредност тих претходних услуга (укључујући ПДВ) искључена из марже туристичке агенције, која је опорезива.⁴⁶

Међутим, промет добара и услуга који се не сматра претходним туристичким услугама, а на који је обрачунат ПДВ, се не подводи под наведено ограничење. Наиме, туристичка агенција има право да одбије претходни порез, тј. порез који јој је обрачунат у претходној фази на промет добара и услуга које се не сматрају услугама превоза, смештаја, исхране, осигурања и сл., под условом да поседује рачуне који гласе на туристичку агенцију и да набављена добра и услуге користи за обављање своје туристичке делатности. Тако, на пример, туристичка агенција може да одбије претходни порез по основу набавке објеката и опреме за вршење делатности, закупа пословног простора, као и ПДВ који је обрачунат на промет телекомуникационих услуга (нпр. рачуни за телефон, интернет и сл.), електричну енергију, услуге рекламе, књиговодствене услуге и др. Важно је, дакле, да су у питању добра и услуге које не користе непосредно путници приликом пружања јединствене туристичке услуге од стране агенције.

44 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-543/2006-04 од 11.5.2006. године.

45 Ana Slavulj Pavletić, *нав. чланак*, стр. 83.

46 K. Dewilde, K. Eeckhout, C. Boonel, *нав. чланак*, стр. 10.

Ако туристичка агенција – правно лице исказа ПДВ у рачуну или другом документу или уколико одбије ПДВ по основу претходних туристичких услуга као претходни порез казниће се за порески прекршај новчаном казном у износу од 100.000 до 1.000.000 динара.⁴⁷

Најзад, за туристичку агенцију, као и за све остале обвезнике ПДВ-а, важе изузимања од одбитка претходног пореза из чл. 29, ст. 1 ЗПДВ, пошто је реч о општим изузецима од права на одбитак претходног пореза. Тако туристичка агенција нема право на одбитак претходног пореза по основу набавке или увоза путничких аутомобила, мотоцикала, јахти, чамаца и ваздухоплова, објеката за смештај тих добара, резервних делова, горива и потрошног материјала за њихове потребе, као и изнајмљивања, одржавања, поправки и других услуга, које су повезане са коришћењем ових превозних средстава; затим по основу издатака за репрезентацију (нпр. у циљу привлачења потенцијалних путника туристичка агенција може да организује промотивне вечере и сличне скупове);⁴⁸ као ни по основу набавке или увоза тепиха, електричних апарата за домаћинство, телевизијских и радио пријемника, уметничких дела ликовне и примењене уметности и других украсних предмета, који се користе за опремање просторија у којима туристичка агенција обавља своју делатност.⁴⁹ Али, уколико би туристичка агенција набавила превозно средство (нпр. аутобус, минибус и сл.) који би користила искључиво за обављање делатности превоза лица и добара, услуга превоза тада није претходна туристичка услуга, него је сопственим превозним средством пружа сама туристичка агенција, која отуда подлеже редовном режиму опорезивања ПДВ-ом, па би се одредба чл. 29, ст. 2 ЗПДВ могла тумачити тако да у том случају туристичка агенција има право на одбитак претходног пореза.

VII Закључак

Некада су туристички аранжмани могли да се купе само путем каталога и брошура. Међутим, захваљујући развоју технологије и интернет услуга данас путници могу да купе туристичке аранжмане од туристичких агенција било где у свету, што је значајно повећало понуду туристичких услуга и утицало на ценовну конкуренцију. Туристички „пакети“ се више не продају само непосредно путницима, већ и другим туристичким агенцијама, авио компанијама, хотелима и др.

47 Чл. 60, ст. 1, тач. 9) ЗПДВ. За овај прекршај казниће се и одговорно лице у правном лицу новчаном казном од 10.000 до 50.000 динара. Вид.: чл. 60, ст. 2 ЗПДВ.

48 Упор.: Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-3771/2010-04 од 22.2.2011. године.

49 чл. 29, ст. 1 ЗПДВ.

Главни разлог због којег се, преузимањем решења из пореског законодавства Европске уније, на туристичке агенције које у односу на путнике иступају у своје име, а приликом организовања и реализације туристичког аранжмана користе претходне туристичке услуге других обвезника ПДВ-а примењује посебан начин опорезивања је у поједностављењу поступка. Одређивањем места седишта пружаоца услуге за јединствено место опорезивања туристичког „пакета“ значајно је олакшан поступак, пошто не мора да се утврђује место промета за сваку појединачну претходну туристичку услугу. Сем тога, када се путовање обавља ван територије Републике Србије, местом пружања услуге сматра се Србија, уколико туристичка агенција или пословна јединица преко које је услуга пружена имају седиште на њеној територији. Такође, посебност поступка опорезивања огледа се и у томе што основицу за обрачун ПДВ-а чини само маржа (зарада) туристичке агенције која, заправо, представља „додату вредност“, а не укупна накнада коју туристичка агенција прими за пружену услугу, што би иначе био случај да се примењује редовни поступак опорезивања.

Gordana ILIĆ-POPOV, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

Svetislav V. KOSTIĆ, Magister Iuris, LL.M.

Assistant at the Faculty of Law University of Belgrade

TRAVEL AGENCIES IN SERBIAN VALUE ADDED TAX SYSTEM

Summary

An increasing number of registered travel agencies shows that this service activity has been considered as a way for profit making. Depending on the manner of taxation of tourist services in the VAT system, different travel agencies can be recognized, such as those which provide passengers with travel services using transport, catering and similar services of the other VAT payers and in respect of passengers acting on their behalf, then the travel agencies which provide accommodation and food in their own buildings, use own vehicles for passengers' transport etc., as well as intermediary travel agencies. This paper deals with the taxation of the supply of the unique tourist services. Travel agencies that implement their own travel arrangements, using the previous travel services of other

VAT payers, are subject to the special taxation scheme in the VAT system. This special regime is characterized by simplicity in determining the place of supply of unique tourist service. Also, the value added is determined by using the direct method (variant subtraction). The authors consider when the VAT tax liability arises if the travel agency received an advance payment for the travel arrangement that shall be realized in the next tax period. In addition, restriction of the right of travel agency to deduct the input tax is analyzed.

Key words: *the input tax, tourism, travel agency, value added tax, unique tourist service.*

др Хасиба ХРУСТИЋ
Центар за правна и финансијска истраживања, Београд

ПРИОРИТЕТИ У НАСТАВЉАЊУ ПОРЕСКЕ РЕФОРМЕ У СРБИЈИ

Резиме

Имајући у виду да је обезбеђење стабилности јавних прихода бићна компонента макроекономске стабилности, пореска реформа, без сумње, има важну улогу. Зато побољшање стања јавних финансија у Србији, а посебно пореској систему у целини захтева наставаљање одлучне пореске реформе у циљу јачања приходне стране уз истовремено држање расхода под контролом. Потребно је прилагодити величину и број буџетских корисника првостепеној привреди на начин да се изврши рационализација како би расположивост буџетских средстава одговарала реалним потребама, што је до сада било тешко остварити.

Кључне речи: реформа, макроекономска стабилност, правичност, нерезиденци.

I Увод

Без озбиљнијег сређивања стања у области јавних финансија, али не само на страни буџетских прихода, већ и расхода, не може се говорити о реформи. Социјална компонента би морала да буде утемељена у програму пореске реформе, оријентисана ка заштити животног стандарда становништва и привредном расту. У том смислу, приоритет у наредном периоду би требало да буде утврђивање јасне стратегије у настављању пореске реформе.

Само ефикасан рад државе која је у стању да обезбеди позитивне привредне резултате и социјалне потребе гарантује успешан процес реформи. Пресудну улогу у спровођењу реформи има политички фактор. Заправо, политичка стабилност је *conditio sine qua non* за несметано одвијање реформи. Али, сама по себи пореска реформа не значи много уколико и даље несметано функционишу сива економија и корупција.

II Приоритети у пореској реформи

Не постоји универзални одговор, нити решење за све проблеме са којима се сусрећу поједине земље у процесу пореске реформе. Међутим, несумњиво је да приоритет у пореској реформи мора да буде постизање макроекономске стабилности и реконструкција пореског система тако да систем наплате пореза буде што једноставнији. Када порески закони садрже бројне одбитке, олакшице, ослобођења, већи број стопа и слично, све то компликује примену тих закона у пракси и умањује ефикасност у раду пореске администрације.

За макроекономску стабилност неопходно је да порески систем буде стабилан, што практично намеће уздржаност од честих измена и допуна пореских прописа. Промене пореских прописа би се морале вршити на основу *ex ante* анализа о финансијским, социјалним и пореско-техничким ефектима тих промена. Тиме би се ограничиле честе и стихијске измене пореских закона. Обавеза владе би требало да буде да послови припреме закона и припреме пореске администрације буду осмишљени и студиозни. Сталне промене повећавају трошкове, како пореских органа, тако и пореских обвезника, а уносе и неизвесност у пословању, односно отежавају планирање пословних резултата.

На пример, Закон о акцизама се од 2001. године мењао 25 пута, Закон о пореском поступку и пореској администрацији усвојен крајем 2002. године мењао се 17 пута уз бројне исправке, Закон о порезу на доходак грађана 16 пута, а Закон о порезу на добит правних лица има чак 24 брисана члана те се поставља питање да ли је заиста тешко сачинити прочишћен текст закона.¹ Све наведено упућује на закључак да се

1 Закон о акцизама (Службени гласник РС, бр. 22/01, 73/01, 80/02, 43/03, 72/03, 43/04, 55/04, 135/04, 46/05, 101/05, 61/07, 5/09, 31/09, 101/10, 43/11, 101/11, 6/12, 43/12, 76/12, 93/12, 119/12, 8/13, 119/12, 8/13, 47/13); Закон о пореском поступку и пореској администрацији (Службени гласник РС, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12, 93/12, 47/13, 108/13); Закон о порезу на доходак грађана (Службени гласник РС, бр. 24/01, 80/02, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11, 93/12, 114/12, 47/13, 48/13, 108/13); Закон о порезу на добит правних лица (Службени гласник РС, бр. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13).

промене наведених закона нису вршиле на основу неопходних анализа о финансијским, социјалним и пореско-техничким ефектима тих промена, чиме би се ограничиле могућности брзих и честих измена законских одредби, већ на основу *ad hoc* текућих потреба.

Искуство пореских реформи у већини земаља, било да су у питању развијене земље или земље у развоју, недвосмислено је показало да свака промена пореске политике и пореских закона мора да буде праћена и променама у раду пореске администрације. Кроз резултате тих реформи увидело се да постоји узајамна повратна веза између пореске политике и пореске администрације.

III Сложеност пореских закона

Последњим изменама и допунама неколико важних пореских закона у 2012. и 2013. години учињено је даље компликовање пореског система Србије, а поготово су тим изменама и допунама настала одступања од пореских прописа Европске уније. Тиме се Србија удаљава од преузете обавезе из Споразума о стабилизацији и придруживању, а која се тиче усклађивања прописа са правним тековинама Европске уније (*acquis communautaire*), предузимања реформе у циљу побољшања ефикасности рада пореске управе, смањења сиве економије, и борбе против пореске утаје и штетне пореске конкуренције.

Усвојене измене и допуне Закона о порезу на додату вредност (ПДВ), Закона о порезу на доходак грађана, Закона о акцизама, Закона о порезу на добит правних лица и Закона о пореском поступку и пореској администрацији у 2012. години представљају даље усложњавање пореског система Србије и његово даље компликовање у примени. Уз то, те измене и допуне наведених закона нису ни у складу са ЕУ *acquis*.

Закон о ПДВ био је базиран на принципима ЕУ директива о ПДВ, али изменама и допунама овог закона у 2012. години уведени су додатни посебни поступци опорезивања који отежавају примену ПДВ и контролу овог пореза.² Уведен је посебан поступак опорезивања којим је пружена могућност обвезницима чији укупан промет добара и услуга у претходних 12 месеци није већи од 50.000.000 динара да се одреде за плаћање ПДВ по наплаћеном потраживању. Тим поступком опорезивања одступа се од механизма функционисања ПДВ, јер се наплата ПДВ не врши по фактурисаном промету.

Затим, уведен је и посебан поступак за рефундацију ПДВ купцима хране и опреме за бебе. Овде нарочито треба истаћи да ПДВ, као об-

2 Закон о изменама и допунама Закона о порезу на додату вредност (*Службени гласник РС*, бр. 93/12, у даљем тексту: Закон о ПДВ).

лик индиректног опорезивања, не би требало да има социјалну, односно редистрибутивну улогу за разлику од директних пореза. Увођењем тог посебног поступка за рефундацију пореза, такође се врши усложњавање функционисања механизма ПДВ, компликује се контрола и отвара могућност за разне злоупотребе. Сада, осим контроле рефундације, Пореска управа, која је иначе и пре тих измена Закона о ПДВ била и остала неефикасна, мора да води евиденцију о рефундацији ПДВ купцима хране и опреме за бебе, као и о износу остварене рефундације ПДВ.

Колико је сложена сама примена и контрола обрачуна и плаћања Закона о ПДВ говори и податак да овај закон има 23 подзаконска акта које доноси надлежни министар.

Изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана извршено је повећање пореске стопе на приходе од капитала чиме су обвезници нерезиденти који су резиденти држава са којима је потписан уговор о избегавању двоструког опорезивања у повољнијем положају, јер се на њихове остварене приходе на територији Србије по основу дивиденде, накнаде ауторског и сродних права и права индустријске својине, камату или накнаду по основу закупа непокретности и покретних ствари примењују повољније ниже стопе опорезивања.³

Изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица у 2012. години повећана је стопа пореза на добит правних лица са 10 на 15%, а нереалним приступом у одмеравању пореских олакшица и подстицаја извршено је умањење, односно заоштравање истих.⁴ Унете су и дискриминаторне одредбе у вези са опорезивањем примања нерезидентата, јер се према изменама члана 40, за разлику од резидента, порез по одбитку не обрачунава и не плаћа по стопи од 20% на приходе које оствари нерезидент правно лице уколико је резидент државе са којом је закључен уговор о избегавању двоструког опорезивања. Сви закључени уговори о избегавању двоструког опорезивања предвиђају нижу пореску стопу за опорезивање остварених прихода на територији Србије по основу: дивиденди и удела у добити у правном лицу, накнада по основу ауторског и сродних права и права индустријске својине, камата, накнада по основу закупа непокретности и покретних ствари.

Уједно, тим наведеним изменама Закона о порезу на доходак грађана и Закона о порезу на добит правних лица нарушени су принципи из Кодекса понашања за пословна опорезивања, односно обавеза Србије из потписаног Споразума о стабилизацији и придруживању са

3 Закон о изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана (*Службени гласник РС*, бр. 93/12).

4 Закон о изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица (*Службени гласник РС*, бр. 119/12); вид. Хасиба Хрустић, „Пореска политика без стратегије“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, стр. 623–635.

ЕУ, да ће током процеса придруживања свој унутрашњи правни систем ускладити са важећим правним нормама ЕУ.⁵ Србија се, *inter alia*, обавезала и на успостављање сарадње из области опорезивања, укључујући мере усмерене ка даљој реформи фискалног система и реструктурирању пореске управе ради осигурања делотворности наплате пореза и борбе против пореске утаје и штетне пореске конкуренције. Сарадња из области опорезивања обухвата и побољшање транспарентности и борбу против корупције укључујући и размену информација са државама чланицама ЕУ у циљу спречавања утаје пореза. Супротно преузетим обавезама из тог споразума, још увек није комплетирана мрежу билатералних споразума са државама чланицама ЕУ на основу ОЕЦД Модела споразума о размени пореских информација, као ни мрежа билатералних споразума о избегавању двоструког опорезивања у складу са последњим изменама ОЕЦД Модела конвенције о порезима на приходе и капитал.

IV Ширење пореске основице и круга пореских обвезника

Мада је услед последица Светске економске кризе и пораста буџетског дефицита у већини држава чланица ЕУ повећана општа стопа ПДВ, у Србији се ово повећање опште стопе ПДВ у 2012. години, са 18 на 20 одсто, али и ниже стопе у 2013. години са 8 на 10 одсто, могло избећи, не само промишљеним смањењем буџетских расхода, до којег није дошло, већ и проширењем пореске основице и круга пореских обвезника ПДВ, повећањем акцизе на дуванске производе и увођењем веће прогресије у опорезивању имовине.⁶

Наиме, Законом о изменама и допунама Закона о ПДВ у 2012. години сужен је круг обвезника ПДВ тако што је измењен члан 33 којим је дупло повећан праг износа за изузеће од опорезивања малих обвезника са 4.000.000 на 8.000.000 динара. Иста промена учињена је и за пољопривреднике који су такође изузети од опорезивања ако остварују укупан промет добара и услуга у претходних 12 месеци до 8.000.000 динара.⁷ Тим изменама умањени су потенцијални порески приходи. С тим у вези неопходно је нагласити да се Директивом 2006/112/ЕЗ о заједничком систему ПДВ, прописани праг износа изузећа у посебном поступку за мале предузетнике (изузеће од опорезивања) у државама

5 Споразум о стабилизацији и придруживању (*Службени гласник РС*, бр. 83/2008), чл. 100.

6 Закон о ПДВ, чл. 23; вид. *European Commission, 2012. Tax Reforms in EU Member States, Tax policy challenges for economic growth and fiscal Sustainability 2012 Report, Taxation Papers, Working paper, No. 34.*

7 Закон о ПДВ, чл. 35. ст. 5–7.

чланицама ЕУ креће од 5.000 до 37.000 евра (Малта), док је у Србији сада то 72.000 евра.⁸

Супротно прописаним минималним стопама акциза на цигарете у ЕУ директивама, акцизе на цигарете према одредбама Закона о акцизама у Србији су деценијама испод тих минималних прописаних у ЕУ.⁹ Имајући у виду да су акцизни производи подложни злоупотребама, нарочито при извозу, и даље се избегава допуна члана 39 Закона о акцизама да право на рефакцију плаћене акцизе има лице које је извезло акцизни производ набављен у земљи непосредно од произвођача акцизног производа, али само под условом да достави доказ да је плаћена акциза на територији дестинације.

У Побољшање ефикасности рада пореске управе

Непредузимање институционалне реформе, која укључује и реконструкцију рада пореске управе (кадровску, организациону, техничку) је, не само изоштрило слабости у раду институција, већ је довело и до пораста корупције и високог учешћа сиве економије. Уколико је пореска управа неефикасна, најбољи закон се може усвојити, али се неће применити или ће се погрешно примењивати и давати мале пореске приходе. Приоритетан задатак у раду пореске управе је да обезбеди наплату прописаних пореских прихода, што је уједно и најважнији показатељ о ефикасности њеног рада, али и показатељ способности политичке странке на власти.¹⁰ Једноставно, пореска политика не може се применити нити егзистирати без ефикасне пореске управе. Функционисање

8 Државе чланице које су се након 1. јануара 1978. године придружиле ЕЗ могу изузети од опорезивања ПДВ обвезника чији годишњи промет није већи од 5.000 евра еквивалентног износу у националној валути по курсу конверзије на дан њиховог приступања. Вид. Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, *Official Journal* L 347 of 11.12.2006, чл. 287; Council Directive 2006/138/EC of 19 December 2006 amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax as regards the period of application of the value added tax arrangements applicable to radio and television broadcasting services and certain electronically supplied services, *Official Journal* L 384/92 of 29.12.2006.

9 Закон о акцизама, чл. 40а и 40д. Вид. Council Directive 2010/12/EU of 16 February 2010 amending Directives 92/79/EEC, 92/80/EEC and 95/59/EC on the structure and rates of excise duty applied on manufactured tobacco and Directive 2008/118/EC, *Official Journal* L 50, 27.2.2010, чл 2. ЕУ минималне стопе акцизе на цигарете су: 57% од просечне малопродајне цене, укључујући све порезе (*ad valorem* + акциза + ПДВ), с тим да акциза не буде мања од 64 евра на 1.000 комада. Држава чланица која примењује минималну акцизу од 101 евра на 1.000 комада за цигарете не мора износ акцизе да усагласи са минималним захтевом од 57% учешћа свих дажбина у малопродајној цени.

10 Хасиба Хрустић, *Фискални федерализам у свету и наша искуства*, Београд, 2002.

законске регулативе се не може успешно реализовати без одговарајуће техничке опремљености и унапређења метода рада пореске управе, готово њених контролних органа.

VI Принцип правичности у опорезивању дохотка грађана

Иако формализирана у бројним правним документима, економска и социјална права грађана у великој породици савремених људских права остају нормативно неразвијена. Упркос чињеници да се та група права нашироко сматра пожељним циљевима, реторички корисним, показује се да она заправо имају низ упитних практичних импликација према државној политици и расподели средстава.¹¹ Имајући све то у виду, није ни чудо што су ова права, систематски занемаривана, пре свега, јер на постигнутом нивоу развоја демократије у Србији, нису ни дошла на дневни ред. Важно од тих права је и право на правичност у појединим сферама живота, укључујући и опорезивање дохотка грађана.

Порез на доходак грађана је *implicite* прикладан као инструмент фискалне политике, ради остваривања циљева социјалне политике (прерасподела националног дохотка). Тај порез пружа веће могућности опорезивања према економској снази, односно личним приликама обвезника, него остале врсте пореза. Правичност не можемо сагледавати са појединачног аспекта, него са аспекта користи заједничких интереса, јер она мора да буде у вези с општом корисношћу која произлази из праведног закона. Ако је правичност важно морално начело, са тог становишта, примена принципа правичности у опорезивању може се практично поистоветити са достигнутим нивоом морала у некој заједници.

Увођење синтетичког или глобалног пореза на доходак грађана у Србији планирано је још 1990. године у оквиру најважнијих циљева и задатака тада усвојеног концепта фискалне реформе. Тако је у складу са тим циљевима фискалне реформе, синтетички порез на доходак грађана уведен крајем 1991. године.¹² Међутим, примена тог пореза стално је одлагана, а у међувремену, под ударом хиперинфлације и услед недовољних припрема пореске администрације, 1998. године тај порез је укинут. Тиме се уједно одустало и од идеје о примени прогресивног опорезивања дохотка грађана, тако да је настављено цедуларно

11 Вид. David Bilchitz, *Poverty and Fundamental rights – The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, 2007.

12 Закон о порезу на доходак грађана (*Службени гласник РС*, бр. 76/91, 9/92, 20/92, 76/92, 20/93, 48/93, 51/93, 67/93, 19/94, 20/94, 28/94, 43/94, 74/94, 53/95, 12/96, 24/96, 39/96, 54/96, 16/97, 60/97, 20/98, 42/98, 18/99, 21/99, 25/99, 27/99, 33/99, 48/99, 54/99, 10/00).

опорезивање путем мноштва неусклађених пропорционалних пореских стопа на различите врсте прихода.

Заправо, порески систем у Србији је у претходној деценији делимично реформисан, а интезитет реформи био је различит код различитих пореза. Напредак је био значајнији код пореза на потрошњу, док је опорезивање дохотка било занемарено.¹³ Данас је и даље у примени цедуларни систем опорезивања, са незнатним и непотпуним прогресивним опорезивањем збира одређених, не свих, врста годишњег дохотка, услед чега неки аутори називају овај систем мешовитим системом, јер се у претежном цедуларном опорезивању са пропорционалним стопама, на износ збира неких врста дохотка преко прописаног годишњег износа дохотка примењују прогресивне пореске стопе.¹⁴ Порез на доходак грађана плаћа се на различите врсте прихода, сврстане у групе у складу са одредбама Закона о порезу на доходак грађана (у даљем тексту: ЗПДГ).¹⁵ На приход од зараде примењује се пореска равномерност путем пропорционалног опорезивања. Дакле, било да оствари месечну зараду од 25.000 динара или у износу од 50.000 динара, обвезник ће бити опорезован по истој стопи пореза од 10%.

Годишњи порез на доходак грађана плаћају физичка лица – резиденти за доходак остварен на територији Србије и у другој држави, и нерезиденти за доходак остварен на територији Србије, ако су у календарској години остварили доходак већи од троструког износа просечне годишње зараде по запосленом исплаћене у Србији у години за коју се утврђује порез (чл. 87 ЗПДГ). Доходком за опорезивање сматра се годишњи збир: зарада, опорезивог прихода од самосталне делатности, опорезивог прихода од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине, опорезивог прихода од издавања сопствених непокретности умањеног за нормиране трошкове у висини од 25%. Ако је приход остварен изнајмљивањем станова, соба и постеља путницима и туристима за које је плаћена боравишна такса нормирани трошкови се признају у висини од 50% бруто прихода (чл. 63 ст. 3 ЗПДГ).

Опорезиви доходак годишњег пореза на доходак грађана је разлика између дохотка већег од троструког износа исплаћене просечне годишње зараде по запосленом и дохотка који је нижи од троструког

13 Вид. Милојко Арсић, Никола Алтипармаков, Саша Ранђеловић, Александар Бућић, Душан Васиљевић, Тони Левитас, *Пореска историја у Србији – Поглед унапред*, Београд, 2010.

14 *Ibid.*

15 Закон о порезу на доходак грађана (*Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 10/10, 18/10, 50/11, 91/11, 7/12, 93/12, 114/12, 8/13, 7/13, 48/13).

износа просечне годишње зараде по запосленом (неопорезиви износ, чл. 87 ст. 6 ЗПДГ).

У збир годишњег пореза на доходак грађана *не улазе приходи од кайишала* (камата, дивиденда, принос од инвестиционе јединице) и капитални добитак (позитивна разлика између продајне цене права, удела и хартија од вредности и њихове набавне цене, остварена преносом: стварних права на непокретностима, ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине, удела у капиталу правних лица, акција и осталих хартија од вредности, укључујући и инвестиционе јединице, осим инвестиционих јединица добровољних пензијских фондова). У збир годишњег пореза на доходак грађана *не улазе* ни приходи које обвезник оствари давањем у закуп опреме, транспортних средстава и других покретних ствари, добици од игара на срећу и приходи од осигурања лица.

Механизам одбитака којим се умањује основица опорезивања годишњег пореза на доходак грађана управо ставља ову категорију обвезника у привилегован положај у односу на грађане који нису обвезници тог пореза. Грађани који су остварили зараду нижу од прописаног годишњег износа дохотка немају право на умањење основице опорезивања за издржаване чланове своје породице. На тај начин, порез на доходак грађана не плаћа се у складу са економском снагом обвезника. Није доследно примењен принцип правичности, тј. да пореско оптерећење буде у директној вези са економском снагом пореског обвезника. Тиме је нарушена и уставна одредба да се обавеза плаћања пореза утврђује према економској снази обвезника.¹⁶

Пре свега, Устав Србије предвиђа да су „пред Уставом и законом сви једнаки“.¹⁷ Та генерална уставна одредба важи у свим областима, укључујући и област опорезивања.¹⁸ Према одредби члана 91 Устава Србије: „Средства из којих се финансирају надлежности Републике Србије, аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе обезбеђују се из пореза и других прихода утврђених законом. Обавеза плаћања пореза и других дажбина је општа и заснива се на економској моћи обвезника.“ Правично опорезивање се везује за економску снагу пореског обвезника.

Бруто зарада не би требало да буде основица за опорезивање пореза на зараде, јер није показатељ економске снаге обвезника. Доходак за опорезивање би требао да буде *de facto* нето величина. На пример, код пореза на зараде обвезницима нису признати лични одбици на име из-

16 Устав Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 83/06), чл. 91.

17 Устав Републике Србије, чл. 21. ст. 1.

18 Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Београд, 1997, стр. 186.

државаног члана породице, нити нормирани трошкови у висини од 20, 40 или 50% од бруто зараде, као што је то случај са опорезивањем других врста прихода, тако да су обвезници пореза на зараде у неповољнијем положају у односу на обвезнике пореза по основу других врста прихода, а поготово у односу на обвезнике годишњег пореза на доходак грађана. Код пореза на зараде основица опорезивања се не умањује за плаћени износ доприноса за обавезно социјално осигурање тако да се у овом случају врши и дупло опорезивање. То значи да су обвезници са вишим примањима, односно обвезници годишњег пореза на доходак грађана фаворизовани у односу на оне који остварују ниже приходе.

Увођење једноставног модела синтетичког пореза на доходак грађана са мањим бројем прогресивних стопа свакако би био крупан реформски корак којим би се испоштовао принцип правичности у опорезивању. Поред тога, подаци при утврђивању основице опорезивања синтетичког пореза на доходак грађана би могли да буду корисна база података за спровођење ефикасније социјалне политике и доделу социјалне помоћи појединим грађанима. У том смислу је примена синтетичког пореза на доходак грађана са прогресивним стопама прикладан инструмент фискалне политике, а истовремено и основа за остваривање циљева социјалне политике.

Овде је неопходно напоменути и чињеницу да последњих година, услед пореске конкуренције и мобилности капитала, један број држава у ЕУ комбинује синтетичко опорезивање дохотка грађана применом прогресивног опорезивања за све врсте дохотка, изузев дохотка од капитала (дивиденде, камате) и капиталне добити, које опорезују пропорционалном стопом (Шведска, Финска, Данска, Холандија, Шпанија, Луксембург, Ирска).¹⁹

VII Закључак

Водећи приоритет у реформи пореског система би свакако требало да укључује поједностављење пореског поступка и смањење компликованости у примени пореских прописа. Функционисање законске регулативе не може се успешно реализовати без одговарајуће техничке опремљености и унапређења метода рада пореске администрације, поготово њених контролних органа.

Недовољна пажња посвећена је делотворној примени постојећих закона и процени њихових ефеката, тако да је *in corpore* досадашња по-

19 Хасиба Хрустић, „Порез на доходак грађана“, *Пореска хармонизација у Европској унији, Институт за међународну политику и привреду*, Београд, 2011, стр. 173–201; *Taxation trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway*, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009.

реска реформа била је спора и неделотворна. Удео сиве економије остао је висок, што изискује улагање напора у јачању административних капацитета како би се сива економија свела у минималне оквире.

Мада је Србија у области пореза била на добром путу да испуни ЕУ стандарде, изменама неколико важних пореских закона последњих година нарушено је усклађивање области опорезивања са правним тековинама ЕУ (*acquis communautaire*), а поготово није учињена заштита од штетне пореске конкуренције. *Grosso modo*, приоритет у области пореза требао је да буде управо усклађивање са ЕУ пореским директивама и унапређење рада пореске управе.

На данашњем нивоу друштвеног развоја, у 21. веку, питање правичности опорезивања не би смело да буде занемарено, јер разумевање нормативних темеља социјално-економских права омогућује важну моралну основу таквих захтева. Принцип правичности сам по себи чини темељ друштвеног развоја у сваком погледу, укључујући и сферу опорезивања.

Доходак за опорезивање би требао да буде *de facto* нето величина. Према Уставу Србије обавеза плаћања пореза и других дажбина је општа и заснива се на економској моћи обвезника. Правично опорезивање се везује за економску моћ или снагу пореског обвезника. Порез на доходак грађана не плаћа се у складу са економском снагом обвезника чиме није примењено уставно начело. Зато би увођење једноставног модела синтетичког пореза на доходак грађана био значајан реформски корак којим би се испоштовао принцип правичности у опорезивању. Поред тога, подаци при утврђивању основице опорезивања синтетичког пореза на доходак грађана могли би да буду корисна база података за спровођење ефикасније социјалне политике и доделу социјалне помоћи појединим грађанима. Зато је примена синтетичког пореза на доходак грађана са прогресивним стопама прикладан инструмент фискалне политике, а истовремено и основа за остваривање циљева социјалне политике.

Hasiba HRUSTIĆ, PhD

Center for Law and Financial Research, Belgrade

THE PRIORITY OF THE TAX REFORM CONTINUATION IN SERBIA

Summary

Tax reform has an important role, because ensuring the public revenue stability is fundamental component for macroeconomic stability. Therefore, improvement of public finance and especially improvement of tax system entirely requests resolute tax reform toward strengthening of tax revenue as well as attitude expense control. It is necessary to accommodate bulk and number budgetary user to market economy in way to rationalize the availability of the budgetary resource to fit into real needs, which to this day been hard to which has carry out.

The last changes of some important tax laws in the last quarter of 2012, and at the beginning of 2013, have further complicated the tax system of Serbia. Especially, these changes caused a digression with EU tax regulations.

Equity concerns should be at the forefront of policy deliberation. Whether equity principle in personal income tax will be set on agenda and applied practically depends on the developed level of democracy.

Key words: *reform, macroeconomic stability, equity, non-resident.*

Ана МИЛАДИНОВИЋ

студент докторских студија на Правном факултету Универзитета
у Београду

ОСИГУРАЊЕ ЖИВОТА И ПОРЕСКИ ТРЕТМАН ПРИХОДА ОСТВАРЕНИХ ПО ТОМ ОСНОВУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Резиме

Једна од важних функција осигурања живота је да доприноси унапређењу националне економије. Због тога постоји велики интерес за развојем овог вида осигурања. На развој осигурања живота значајно утичу животињи стандард, едукованост стандардништва о одликама и вредностима овог вида осигурања, али и порески третман прихода од осигурања живота. Порески третман осигурања живота у Републици Србији је недовољан. У циљу стимулисања развоја овог вида осигурања држава би требало да уведе пореско ослобођење за приходе које физичка лица остваре по овом основу, као и ослобођење од обавезе плаћања пореза на зараду и доприноса за обавезно социјално осигурање до прописаног износа премије када премију осигурања живота за зајослене плаћају послодавац, као што је прописано за случајеве када послодавац за своје зајослене плаћа допринос у добровољни пензијски фонд и премију за добровољно здравствено осигурање.

Кључне речи: *осигурање живота, развој осигурања живота, порески третман осигурања живота.*

I Појам, одлике и значај осигурања живота

У теорији права осигурања постоји велики број дефиниција осигурања живота. На најопштији начин дефинисано осигурање живота представља „уговор којим се осигурач, насупрот плаћеним премијама, обавезује да исплати осигуранику или лицу кога он одреди одређену суму или ренту у случају смрти одређеног лица (осигураника или осигураног лица) или за случај његовог доживљења одређеног времена“.¹ Осигурање живота појављује се у разним облицима. Разноврсне тарифне комбинације које су у понуди осигуравајућих друштава пружају широк избор могућности за остваривање циљева којима је ово осигурање намењено. Основни циљ осигурања живота је обезбеђење неопходне заштите лицима блиским уговарачу или њему самом за случај несреће која га може погодити.² Поред тога, ова врста осигурања представља и вид штедње, а може бити и средство кредита (када га дужник закључи у корист свог повериоца).³ Према мишљењу неких аутора, животно осигурање служи проширењу социјалног осигурања тако што се кроз приватно животно и пензијско осигурање врши корекција система пензијског осигурања заснованог на начелу генерацијске солидарности, с обзиром да пензијски фондови из система обавезног социјалног осигурања све теже подносе оптерећење великог броја пензионера.⁴

Важна функција друштава за осигурање живота са становништва државе је функција инвестирања. Осигуравајућа друштва која се баве животним осигурањем кумулирају значајан обим новчаних средстава путем уплаћене премије, која често стављају на располагање држави путем куповине државних хартија од вредности. Улагањем тако прикупљених средстава у важне инфраструктурне пројекте (нпр. инвестирање у изградњу путева, болница, фабрика, набавку нових машина и др.), осигурање живота може постати важан механизам економског развоја.

Основне одлике осигурања живота – сигурност и стабилност уплата, строго наменски карактер средстава, висок степен предвидивости настанка осигураних случајева и чињеница да се осигурани случајеви не реализују тако често доприносе да се акумулирана средства по основу наплаћених премија могу дугорочно улагати у обвезни-

1 Предраг Шулетић, *Право осигурања*, 5. издање, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2005, стр. 471.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*, фн. 1233.

4 Драган Мркшић, Здравко Петровић, Катарина Иванчевић, *Право осигурања*, 4. издање, Привредна академија, Нови Сад, 2006, стр. 262.

це, акције, некретнине, као и различите инструменте тржишта новца ради обезбеђења потребне ликвидности.⁵ Осигуравачи живота, у улози финансијских посредника, обезбеђују нов начин финансирања тј. нове изворе финансирања и за приватни и за јавни сектор. Дугорочне обавезе и стабилни извори прихода ових финансијских институција идеални су извор финансирања и Владе и привредних субјеката.⁶ Инвестиције осигуравача живота у себи спајају развојну и стабилизациону компоненту инвестиционе политике као сегмента економске политике.⁷

II Осигурање живота у појединим земљама чланицама ЕУ, неким земљама у окружењу и Републици Србији

Посматрајући динамику развоја делатности осигурања у Европи у периоду од 2005. до 2009. године уочава се повећање учешћа осигуравајућих компанија у односу на друге финансијске институције. Реално је очекивати да ће у будућности осигуравајуће компаније преузети позицију водећих институционалних инвеститора, јер располажу великим износима капитала, које инвестирају у различите сегменте финансијског тржишта.⁸

Како би утврдиле степен развоја осигурања и његовог учешћа у укупном финансијском сектору у Србији, ауторке Љ. Јеремић и М. Пауновић извршиле су упоређивање података који се односе на два значајнија индикатора – билансну суму и капитал у периоду од 2004. до 2009. године за четири категорије учесника на финансијском тржишту (банке, лизинг куће, осигуравајућа друштва и добровољне пензијске фондове). Резултат наведене анализе показао је да су осигуравајуће компаније по ова два критеријума далеко иза банкарског сектора, који је годинама лидер на финансијском тржишту. О томе говори податак да је у укупној билансној суми финансијског сектора Србије на крају 2009. године, учешће банкарског сектора било је преко 91%, а сектора осигурања 3,9%. Исте године, банке су према критеријуму висина капитала биле лидери са учешћем од 92,1%, док су осигуравајуће компаније имале учешће од само 6%.⁹

5 Јасмина Лабудовић, „Пласмани друштава за осигурање живота“, *Гласник права (online)*, Правни факултет у Крагујевцу, доступно на адреси: <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/11labudovic.htm>, 30.8.2013, стр. 2–3.

6 *Ibid.*, фн. 6.

7 *Ibid.*, стр. 1, фн. 1.

8 Љиљана Јеремић, Маја Пауновић, „Компаративна анализа тржишта осигурања у Европској унији, Србији и државама у региону“, *Сингипедијум ревија*, бр. 8(1), доступно на адреси: www.singipedia.com, 20.8.2013, стр. 18.

9 Љ. Јеремић, М. Пауновић, *нав. чланак*, стр. 19.

Према подацима Народне банке Србије за 2012. годину, (приказаним у Табели 1.) у билансној суми финансијског сектора (банке, лизинг куће, осигурање, добровољни пензијски фондови) која је износила 3.108 млрд динара у 2012. години, банке су учествовале са 92,6%, а друштва за осигурање са 4,5%. Исте године банке су имале учешће у капиталу од 93,2%, док су осигуравајућа друштва имала учешће од 5,6%. Анализом наведених података може се закључити да је наш финансијски сектор и даље банкоцентричан и да би држава требало да пружи подстицај развоју сектора осигурања.

	Банке		Лизинг		Осигурање		Добр. пенз. Фондови	
	2011	2012	2011	2012	2011	2012	2011	2012
Билансна сума	92,4%	92,6%	2,8%	2,3%	4,4%	4,5%	0,4%	0,5%
Капитал	93,0%	93,2%	1,4%	1,2%	5,7%	5,6%		
Број запослених	71,0%	70,3%	1,2%	1,1%	27,4%	28,3%	0,4%	0,4%

Табела 1. Учешће представника финансијског сектора у билансној суми, капиталу и броју запослених¹⁰

Заступљеност премије осигурања живота у друштвеном производу показатељ је степена развијености једног друштва, односно националне привреде, па је тако осигурање живота најразвијеније у развијеним земљама, а најмање развијено у неразвијеним и земљама у развоју.¹¹ То потврђују и подаци који се односе на показатеље развијености тржишта осигурања – однос укупне премије и бруто домаћег производа и укупна премија по становнику. Према подацима за 2012. годину који се односе на два поменута показатеља развијености тржишта осигурања (Табела 2), неупоредиво је већи износ укупне премије по становнику у Западној Европи и ЕУ (27 земаља) него у Централној и Источној Европи. Такав однос постоји и између земаља Западне Европе и земаља Централне и Источне Европе појединачно. Довољно је само упоредити податак о премији осигурања по становнику у Швајцарској који износи

10 Народна банка Србије – Сектор осигурања у Србији, Извештај за 2012, 2013, доступно на адреси: http://www.nbs.rs/internet/latinica/60/60_izvestaji/izv_IV_2012.pdf, 1.11.2013, стр. 7.

11 Јасмина Лабудовић, „Порески систем и осигурање лица“, *Правни живоић*, бр. 10/2003, стр. 459.

7.522,1 УСД и исти податак за Србију – 96,1 УСД. Такође, значајно је веће учешће укупне премије у БДП у Западној Европи и ЕУ – 27 земаља (7,72% и 7,70%) него у Централној и Источној Европи (2,01%).

	2012. година		
	учешће укупне премије осигурања у БДП	премија осигурања по становнику	премија животног осигурања по становнику
Европа	6,73%	1724,4 УСД	996,0 УСД
Западна Европа	7,72%	2716,3 УСД	1612,3 УСД
Централна и Источна Европа	2,01%	223,4 УСД	63,6 УСД
ЕУ (27 земаља)	7,70%	2.533,4 УСД	1506,0 УСД
Швајцарска	9,57%	7.522,1 УСД	4121,1 УСД
Немачка	6,74%	2804,6 УСД	1229,3 УСД
Шпанија	5,33%	1556,9 УСД	730,2 УСД
Словенија	5,46%	1247,7 УСД	339,5 УСД
Хрватска	2,69%	348,4 УСД	94,9 УСД
Црна Гора	2,01%	107,93 ЕВРА (143,20 УСД)	15,28 ЕВРА (20,34 УСД)
Србија	1,86%	96,1 УСД	17,4 УСД

Табела 2. Подаци о основним показатељима развијености тржишта осигурања за 2012. годину¹²

Што се структуре осигурања тиче, за разлику од земаља Европске уније чије су пропорције животног према неживотном осигурању (у периоду од 2005. до 2009. године) износиле 2:1, структура осигурања у Србији и земљама у окружењу била је дијаметрално супротна.¹³

12 Swiss Re, Sigma, No 3/2013, World Insurance in 2012, 2013, доступно на адреси: http://media.swissre.com/documents/sigma3_2013_en.pdf, 1.9.2013; Агенција за надзор осигурања, Извештај о стању на тржишту осигурања у Црној Гори за 2012. годину, 2013, доступно на адреси: http://www.ano.me/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=2&Itemid=69, 10.9.2013.

13 Љ. Јеремић, М. Пауновић, *нав. чланак*, стр. 17.

Према подацима Народне банке Србије, укупна премија остварена у Републици Србији у 2011. години износила је 57,3 млрд динара (548 мил евра или 709 мил УСД). У структури премије за 2011. годину учешће неживотног осигурања износило је 82,6%, док је учешће животног осигурања износило 17,4%.¹⁴ Уколико анализирамо податке о учешћу премије животног осигурања у укупној премији за 2011. годину, за Републику Србију (17,4%) и за неке земље Европе (Ирска – 77,9%, Шведска – 77,3%, В. Британија – 72,5%, Данска 75,9%, Француска – 65,5%, Белгија – 62,7%, Швајцарска – 54,7%), намеће се закључак о недовољној развијености осигурања живота у Републици Србији.¹⁵

III Порески третман осигурања живота

Имајући у виду значај осигурања живота, намеће се закључак да креатори економске политике једне земље треба да створе повољно окружење за развој овог вида осигурања. То се може постићи: обезбеђењем монетарне стабилности, обезбеђењем стабилног девизног курса, развојем финансијског тржишта, порастом животног стандарда, смањењем незапослености, увођењем нових видова осигурања живота, увођењем пореских олакшица и др. Увођењем пореских олакшица држава подстиче грађане да улажу у осигурање живота. Када се говори о пореском третману животних осигурања, треба рећи да је постојећа правна регулатива врло комплексна, не само у земљама Европске уније, већ и шире.¹⁶

Због свог штедног карактера осигурања живота подлежу посебном режиму када је реч о пореским давањима. Национална законодавства у појединим земљама условљавају ослобађање од пореза на исплаћене осигуране суме по уговорима о осигурању живота одређеним модалитетом покрића, дужином уговора, начином исплате осигуране суме и у зависности од животне доби осигураника, односно уговарача осигурања уколико се ради о истим лицима.¹⁷

14 Народна банка Србије – Сектор осигурања у Србији, Извештај за 2011, 2012, доступно на адреси: http://www.nbs.rs/internet/latinica/60/60_6/izvestaji/izv_IV_2011.pdf, 29.8.2013, стр. 7.

15 Insurance Europe, Statistics № 47, The European Life Insurance Market in 2011, 2013, доступно на адреси: http://www.insuranceeurope.eu/uploads/Modules/Publications/life-2011_final.xls, 15.8.2013, стр. 3.

16 Андреј Пак, „Значај пореске политике за обухват осигурања“, у: Јован Славнић, Слободан Јовановић (уредници), *Европске (ЕУ) реформе у праву осигурања Србије*, Удружење за право осигурања Србије, XI саветовање, Палић, 2010, стр. 139.

17 *Ibid.*, стр. 141.

Пореску основицу приликом опорезивања прихода од животног осигурања у Шпанији представља разлика између уговорене осигуране суме и плаћених премија осигурања по доспећу уговора. Шпанско законодавство детаљно уређује опорезивање прихода по основу животних осигурања прописујући разлике у пореском третману у зависности од врсте уговора о осигурању живота.¹⁸

У Републици Немачкој, основица за опорезивање примењује се на осигурања за доживљење, откупе уговора код осигурања личне ренте (осим у случају доживотног осигурања личне ренте) и уговора о мешовитом осигурању живота уколико су закључени након 31.12.2004. године. Уколико је уговор закључен са доспећем након навршене 60 године живота пореског обвезника – осигураника, а од закључења уговора је прошло најмање 12 календарских година, опорезује се половина обрачунате добити. Уговорена осигурана сума код ризико осигурања живота са укљученом добити ослобођена је пореза на доходак грађана под условом да се закључи уговор са временским трајањем од најмање 12 година, а осигурана сума за случај смрти износи најмање 60% од укупно уговорене премије осигурања. Премија осигурања се не опорезује. Прописане су пореске олакшице за ризико осигурање живота, као начин стимулације државе за закључење тих уговора. Уговарач осигурања који раскине уговор о животном осигурању пре његовог истека, обавезан је на плаћање пореза на доходак грађана уколико је стекао право на откуп и исплаћена му је припадајућа добит. По доспећу осигуране суме на исплату, уколико нису испуњени услови за умањење или ослобађање од пореза, осигуравач исплаћује кориснику осигурања износ уговорене осигуране суме умањен за обрачунати порез.¹⁹

Порески третман прихода од осигурања у Републици Хрватској уређен је Законом о порезу на доходак грађана.²⁰ Према овом закону, дохотком се не сматрају и нису предмет опорезивања приходи које обвезник оствари по основу осигурања живота ако премије тог осигурања нису биле порески признат издатак, односно ако су биле опорезоване. Уколико су премије осигурања живота биле порески признат издатак, тј. ако су биле изузете од опорезивања, приходи остварени по основу животног осигурања сматрају се дохотком и предмет су опорезивања.²¹ Тако се дохотком од осигурања сматрају приходи у висини уплаћених и порески признатих премија животног осигурања са обележјем штедње,

18 *Ibid.*, стр. 141–142.

19 *Ibid.*, стр. 145–146.

20 Закон о порезу на доходак грађана Републике Хрватске (*Народне новине*, бр. 177/04... 22/12 и 144/12; даље у фуснотама: ЗПДГ РХ).

21 ЗПДГ РХ, чл. 9 ст. 3.

а у случају откупа полиса животног осигурања или престанка осигурања дохотком се сматра износ прихода, ако је мањи од уплаћених премија.²² Премије осигурања живота које послодавци плаћају за своје раднике изнад прописаног износа сматрају се приходима од несамосталног рада (платом).²³ Важно је напоменути да у Хрватској премије осигурања живота, допунског, додатног и приватног здравственог осигурања и добровољног пензијског осигурања које послодавац уплаћује за своје запослене имају једнак порески третман и да је за све три врсте премије прописан неопорезиви износ.

Приходи од осигурања живота нису предмет опорезивања у Републици Црној Гори. Одредбом члана 5 Закона о порезу на доходак физичких лица прописано је да се дохотком не сматрају приходи остварени по основу осигурања ствари, живота и имовине.²⁴

У Републици Србији приходи које оствари физичко лице по основу осигурања лица предмет су опорезивања порезом на доходак грађана (порез на приходе од осигурања лица) по стопи од 15% на пореску основу коју чини разлика између осигуране суме (вредности исплаћене накнаде из осигурања лица) и износа новчаних средстава уплаћених по основу премија осигурања. Од опорезивања су изузете само накнаде из осигурања лица којима се надокнађује претрпљена штета, уколико она није надокнађена од штетника.²⁵ Упоредивањем овог законског решења (према коме је приход остварен по основу осигурања живота предмет опорезивања независно од тога да ли су премије осигурања биле опорезоване или не, па се и у случају када послодавац плаћа премију животног осигурања за своје запослене, опорезује и премија и исплаћена накнада из осигурања лица) са пореским третманом прихода од осигурања живота у Републици Хрватској (према коме се приход од осигурања живота опорезује ако су премије које су уплаћиване по овом основу биле признате као порески издатак и није предмет опорезивања уколико су премије осигурања живота биле предмет опорезивања), закључујемо да је порески третман ове врсте прихода у Хрватској стимулативнији за развој животног осигурања.

Такође, треба указати да у Републици Србији премије свих видова добровољног осигурања, које послодавац плаћа за своје запослене, осим оних које су изричито изузете од опорезивања (прописани неопорезиви

22 ЗПДГ РХ, чл. 31 ст. 1.

23 ЗПДГ РХ, чл. 14 ст. 1 тач. 1.4.

24 Закон о порезу на доходак физичких лица (*Службени лист РЦГ*, бр. 65/01... 78/06 и 4/07 и *Службени лист ЦГ*, бр. 86/09, 14/12 и 6/13), чл. 5 тач. 11.

25 Закон о порезу на доходак грађана (*Службени лист РС*, бр. 24/01... 47/13 и 48/13 – испр.; даље у фуснотама: ЗПДГ), чл. 84 ст. 2, чл. 86 ст. 2 и чл. 9 ст. 1 тач. 7.

износ за премију добровољног здравственог осигурања и пензијски допринос у добровољни пензијски фонд), имају порески третман зараде и подлежу плаћању пореза на зараде и доприноса за обавезно социјално осигурање.²⁶ Дакле, уколико послодавац уплати премију добровољног здравственог осигурања и/или пензијски допринос у добровољни пензијски фонд у износу већем од прописаног неопорезивог износа (који важи као лимит за збир уплата по оба основа ако послодавац жели да запосленима уплати обе врсте осигурања или до висине тог прописаног неопорезивог износа за само једну врсту осигурања уколико се послодавац определи за плаћање само те врсте осигурања за запослене), износ премије, односно пензијског доприноса у добровољни пензијски фонд изнад прописаног неопорезивог износа подлеже обавези плаћања пореза на зараде и доприноса за обавезно социјално осигурање. Међутим, уколико послодавац уплати премију осигурања живота за свог запосленог, било који износ премије да уплати, укупан износ те премије имао би порески третман зараде и плаћали би се порез и доприноси за обавезно социјално осигурање, с обзиром да за премију осигурања живота није прописано изузимање од опорезивања до прописаног износа. Поред тога што је послодавац платио порез и доприносе приликом уплаћивања премије, када се деси осигурани случај, лице коме буде исплаћена осигурана сума обвезник је пореза на приходе од осигурања лица на пореску основицу коју чини разлика између осигуране суме и уплаћених премија.

Последњим изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана, које су ступиле на снагу 30. маја 2013. године, уведен је повољнији порески третман премије добровољног здравственог осигурања, поред већ постојећих пореских подстицаја у случају плаћања пензијског доприноса за добровољно пензијско осигурање и на тај начин су ове две врсте осигурања изједначене у погледу пореског третмана. Међутим, порески третман осигурања живота, потпуно неоправдано, и даље је остао непромењен.²⁷

Компаративном анализом пореског третмана прихода од осигурања живота у Републици Србији са пореским третманом те врсте прихода у неким другим земљама, као и упоређивањем пореског третмана премије осигурања живота коју уплаћује послодавац за своје запослене са пореским третманом премије добровољног здравственог осигурања и пензијског доприноса у добровољни пензијски фонд, када их уплаћује послодавац за своје запослене, долази се до закључка да је порески третман осигурања живота у Републици Србији неповољан. Такође, у пореском третману животног осигурања у Републици Србији за разлику од

26 ЗПДГ, чл. 146 ст. 1.

27 ЗПДГ, чл. 146 ст. 2 тач. 2.

неких других земаља не прави се разлика у зависности од врсте уговора о осигурању живота, тако да не постоји повољнији порески третман за уговоре са штедним карактером.

Имајући у виду да животно осигурање може значајно допринети економском развоју земље, потребно је мерама пореске политике подстаћи развој ове врсте осигурања у Републици Србији. У том смислу, потребно је прописати неопорезиви износ премије животног осигурања који би био изузет од опорезивања порезом на зараде и ослобођен обавезе плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање у случају када послодавац плаћа премију за своје запослене. Тако би порески третман премије животног осигурања бар био изједначен са пореским третманом пензијског доприноса у добровољни пензијски фонд и премије добровољног здравственог осигурања и послодавци би били мотивисани да плаћају премије за овај вид осигурања за своје запослене.

Такође, сматрамо да је, у циљу постизања значајнијих резултата у развоју осигурања живота, поред прописивања неопорезивог износа премије осигурања живота у случају када премију плаћа послодавац за своје запослене, код уговора о осигурању живота са штедним карактером закључених на период дужи од 10 година потребно увести и ослобођење од опорезивања целокупног износа осигуране суме која се исплаћује.

IV Закључак

У раду је указано на одлике, предности и значај осигурања живота, анализирани су статистички подаци из области осигурања који се односе на неке земље у Европи, окружењу и Републику Србију и закључено је да је у Републици Србији животно осигурање још увек неразвијено. Извршена је анализа пореског третмана ове врсте прихода у неким земљама чланицама ЕУ, неким земљама у окружењу и Републици Србији.

Анализом пореских решења у неким земљама у којима је овај вид осигурања развијенији него у Републици Србији, закључује се да је порески третман животног осигурања у Републици Србији неповољан и да те земље имају стимулативну пореску политику у односу на животно осигурање у поређењу са пореским третманом прихода остварених по овом основу у Републици Србији.

Узрок недовољне развијености ове области осигурања, поред банкоцентричности финансијског тржишта у Републици Србији, ниског животног стандарда и слабе едукованости становништва у вези са предностима оваквог вида осигурања, свакако је и неповољан порески третман.

Имајући у виду значај осигурања живота, пре свега, за развој привреде, мишљења смо да би порески третман ове врсте осигурања у Републици Србији требало либерализовати. Сматрамо да би најбољи резултати по развој осигурања живота били постигнути увођењем пореског изузимања за укупан износ осигуране суме која се исплаћује код уговора о осигурању живота са штедним карактером закључених на период дужи од 10 година. Међутим, уколико због дефицита буџета не буде могућности за увођење овог пореског изузимања у скоријем периоду, по мишљењу аутора, требало би бар прописати пореско ослобођење у случају када послодавац плаћа премију осигурања живота за своје запослене у обиму оног које већ постоји за пензијски допринос у добровољни пензијски фонд и премију добровољног здравственог осигурања.

Ana MILADINović

PhD Student at the Faculty of Law University of Belgrade

LIFE INSURANCE AND TAX TREATMENT OF INCOME EARNED IN THAT REGARD IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

One of the important characteristics of life insurance is that of its contribution to the improvement of national economy. Therefore, there is a great interest in the development of this type of insurance. The development of life insurance is significantly affected by the standard of living, education of the population about the features and benefits of this type of insurance, as well as the tax treatment of income from life insurance. The tax treatment of life insurance in the Republic of Serbia is unfavorable. In order to stimulate the development of this type of insurance, the country should introduce tax exemption for income that individuals earn in this respect, as well as exemption from paying taxes on salaries and contributions for social insurance up to a specified amount of the premium when the premium life insurance for employees is paid by the employer, as regulated for cases when the employer pays the premium for voluntary pension insurance and voluntary health insurance for the employees.

Key words: *life insurance, life insurance development, tax treatment of life insurance.*

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. Интелектуална права
2. Привредноправно окружење
3. Трговинско право
4. Привредни спорови – судски и арбитражни
5. Радно и социјално право
6. Пореско право

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“