



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА  
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7  
ISSN 0354-3501

Београд  
Година LII

Број  
10-12  

---

---

2014

**Главни и одговорни уредник**

Мирко Васиљевић

**Заменици главног и одговорног уредника**

Небојша Јовановић

Мирослав Пауновић

**Уредник**

Вук Радовић

**Редакција**

Зоран Арсић, Радован Вукадиновић, Сања Данковић Степановић, Милена Ђорђевић, Татјана Јевремовић Петровић, Љубинка Ковачевић, Светислав Костић, Бранко Лубарда, Боса Ненадић, Наташа Петровић Томић, Јелена Перовић, Душан Поповић, Мирјана Радовић, 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**

Јелена Лепетић

**Технички секретар**

Светислав Јанковић

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

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

**Издавач**

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

тел./факс: 3234-985

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

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

**Технички уредник**

Јован Ђорђевић

**Графичка припрема**

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Излази ПЕРИОДИЧНО

**Штампа**

„Досије студио“, Београд

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7  
ISSN 0354-3501

Београд  
Година LII

Број  
10-12  
2014



## САДРЖАЈ

### ЧЛАНЦИ

- Слободанка КОВАЧЕВИЋ-ПЕРИЋ, Горан ОБРАДОВИЋ**  
Легитимност новчане казне као дисциплинске санкције . . . . . 7
- Славко ЂОРЂЕВИЋ**  
Споразумни избор меродавног права (аутономија воље странака) за стварна права на покретним стварима . . . . . 23
- Јован ВУЈИЧИЋ**  
Који облици нематеријалне штете су правно релевантни према Закону о заштити потрошача и Упутству 90/314 о пакет аранжманима? . . . . . 52
- Иван ТОДОРОВИЋ**  
Одговорност за правне недостатке при продаји стечајног дужника као правног лица . . . . . 78
- Најаша ЦВЕТИЋАНИН**  
Прав(н)и значај и место добровољне ликвидације у систему престанка привредних друштава . . . . . 91
- Јована ВЕЛИЧКОВИЋ**  
Оставка директора привредног друштва (правна природа и услови за престанак функције) . . . . . 106

**Маша МИШКОВИЋ**

Временски оквир за спровођење поступка у Закону  
о парничном поступку из 2011..... 126

**СТРУЧНА МИШЉЕЊА**

**Дамир ШИТЕ**

Колеге Глембајеви ..... 138

**Драјан БОСАНКИЋ**

Анти-абузивна правила за спречавање пореске евазије  
коришћењем техника међународног пореског планирања ... 154

**Вук РАДУЛОВИЋ**

Реформе у области права акционара као предуслов  
ефикасног корпоративног управљања у праву Европске  
уније ..... 168

**ПРИЛОЗИ**

**Љубинка КОВАЧЕВИЋ**

Радно и социјално право..... 181

**Најаша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ**

Право осигурања..... 194

**УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ** ..... 212

## TABLE OF CONTENTS

### ARTICLES

<b>Slobodanka KOVAČEVIĆ-PERIĆ, Goran OBRADOVIĆ</b>	
Legitimacy of Fine as a Disciplinary Sanction .....	7
<b>Slavko ĐORĐEVIĆ</b>	
Party Autonomy to Choose the Law Governing Proprietary Rights in Movable Tangible Assets .....	23
<b>Jovan VUJIČIĆ</b>	
What Forms of Non-Material Damage are Legally Relevant under Consumer Protection Act and Package Travel Directive 90/314?.....	52
<b>Ivan TODOROVIĆ</b>	
Liability for Legal Deficiencies with Regard to the Sale of the Bankruptcy Debtor as a Legal Entity .....	78
<b>Nataša CVETIČANIN</b>	
Legal Significance and Position of Voluntary Liquidation within Companies' Cessation System .....	91
<b>Jovana VELIČKOVIĆ</b>	
Resignation of Company Director (Legal Nature and Terms for Termination of Function) .....	106

<b><i>Maša MIŠKOVIĆ</i></b>	
Litigation Timeframe According to the Law on Civil Procedure 2011 .....	126
<b>COMMENTS</b>	
<b><i>Damir ŠITE</i></b>	
My Learned Glembays .....	138
<b><i>Dragan BOSANKIĆ</i></b>	
Anti-Avoidance Rules for Preventing Tax Evasion by Using Techniques of International Tax Planning. ....	154
<b><i>Vuk RADULOVIĆ</i></b>	
Legal Reforms in the Field of Shareholders' Rights as a Precondition for Efficient Corporate Governance in European Union Law. ....	168
<b>NOTES</b>	
<b><i>Ljubinka KOVAČEVIĆ</i></b>	
Labour and Social Law .....	181
<b><i>Nataša PETROVIĆ TOMIĆ</i></b>	
Insurance Law .....	194
<b>INSTRUCTIONS FOR AUTHORS</b> .....	212



---

# ЧЛАНЦИ

---

УДК 343.271 ; 347.91:331.109

др *Слободанка* КОВАЧЕВИЋ-ПЕРИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Приштини,  
са привременим седиштем у Косовској Митровици

др *Горан* ОБРАДОВИЋ  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

## ЛЕГИТИМНОСТ НОВЧАНЕ КАЗНЕ КАО ДИСЦИПЛИНСКЕ САНКЦИЈЕ\*<sup>1</sup>

### Резиме

*Новчана казна изречена као дисциплинска санкција за повреду радне обавезе или дисциплине њонашања састоји се у умањењу (обустави) зараде запосленој за извршени рад. У ошћијем режиму радних односа Закон о раду не ѡредвиђа новчану казну за дисциплинске прекршаје, али је ѡревиђена законима *lex specialis*. У овом чланку аућори анализирају оћравданосћ изрицања новчане казне за ѡвреде радних обавеза и радне дисциплине. Након уводној разматрања, у друћом делу рада указује се на карактеристике новчана казна кроз историјски и ѡозићивно ѡравни аспекти. У трећем делу разматра се новчана казна у ућоредним радноћравним ѡројисима – већина законодавства је изричито забрањује. У четвртој ѡследњем делу, аућори саћедавају лећићимисћетћ дисциплинске власћи ѡслодавца у циљу сублимирања основне идеје на којој се заснива чланак – осћоравање оћравданосћи дисциплинских овлашћена ѡслодавца да изриче новчану казну. Закључно, осћоравање оћравданосћи новчане казне аућори заснивају на идеји алиментационоћ карактера зараде и осћваривања начела: за извршени рад – зарада.*

\* Чланак је резултат рада на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

**Кључне речи:** дисциплинске санкције, новчана казна, легијимности новчане казне.

## I Уводна разматрања

Санкција, у најширем смислу речи, је она правна последица која прати повреду правних прописа. Дисциплинска санкција се може дефинисати као врста правне санкције, утврђена законом или другим општим актом, коју изриче надлежан дисциплински орган у дисциплинском поступку против запосленог који својом кривицом учини повреду радне обавезе, односно дисциплине понашања. У смислу појмовног одређења, може се истаћи да је санкција у дисциплинском праву специфична врста санкције, различита од других санкција јер је примењива само против лица у радном односу, традиционално против лица у односу субординације.<sup>1</sup> Она погађа запосленог у његовом професионалном својству, као субјекта радног односа, јер су њене реперкусије у одређеном моралном дејству или у ограничавању или одузимању права и положаја или својства радника – учиниоцу дисциплинског дела.<sup>2</sup> Изрицање дисциплинске санкције у поступку утврђивања дисциплинске орговорности има двоструку сврху. С једне стране њена сврха је изражена у репресији према запосленом, као правна последица за непоштовање прописане радне обавезе и утврђене радне дисциплине, а са друге стране изречена санкција има васпитни утицај, јер врши превенцију према запосленом коме је изречена (ако је у питању опростива грешка, лакша повреда радне дисциплине) да убудуће не чини повреду радне обавезе (специјална превенција), и превенцију у односу на остале запослене да се понашају у складу са прописаним радним обавезама и радном дисциплином, да их не нарушавају, јер то повлачи дисциплинску санкцију (генерална превенција).

Изрицање (и примена) дисциплинске санкције запосленом за учињену повреду радне обавезе једна је од манифестација подређености

1 Дисциплинске санкције се, нпр., разликује од казних санкција (само кад се ради о мерама безбедности, а не о казнама), иако им је правни извор исти: хетерономна правна норма. Разлике су у садржају, у објекту, у последицама, органима, поступку итд. Више о дисциплинским санкцијама: Никола Тинтић, *Радно и социјално право, радни односи*, Књ. њрва: *радни односи (II)*, Народне новине, Загреб, 1972, стр. 599.

2 Дефиниција је дата спајањем дефиниције из појмовног одређивања дисциплинске санкције у делима уважаних професора радног права: Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, Савремена администрација, Београд, 1981, стр. 247; и Бранко А. Лубарда, *Радно право, (расправа о госпијансију на раду и социјалном дијалоју)*, Правни факултет у Београду, Београд, 2012, стр. 643.

запослених радном реду и радној дисциплини послодавца од момента ступања на рад запосленог. Дисциплинска власт послодавца иманентна је радном односу, као односу субординације, односно економске и правне подређености запослених, чија *causa* задира у историјске корене друштвено-економске неједнакости уговорних стране. У том смислу послодавац има овлашћења „господара посла“, из којег проистиче право организовања приватне власти, тј. власти једног лица над другим. У њеном средишту налази се послодавчево овлашћење да издаје налоге и упутства запосленом, другим речима, да доноси одлуке, да уређује односе (прописује правила понашање) и да изриче дисциплинске санкције“. Са аспекта претходне анализе, која потврђује каузалност дисциплинске власти и субординације, тиме и комплементарност права и обавеза субјеката радног односа, може се рећи да је легитимитет послодавца да изриче дисциплинске санкције неспоран. Спорно је, према нашем мишљењу, право послодавца да изриче новчану казну за дисциплинске прекршаје. Намеће се дилема да ли је изрицањем новчане казне законодавац подредио начело онеозности и фундаментално право сваког човека из радног односа – право да за извршени рад добије адекватну зараду, приватној власти послодавца, чиме се легитимитет дисциплинске власти (приватне власти) ставља изнад легалитета људских права (универзалних, јединствених, неотуђивих...).

## II Новчана казна у домаћој радноправној регулативи

### 1. Историјски развој

Новчана казна спада у старије и познате институте дисциплинског кажњавања. У режиму дисциплинских санкција новчана казна има свој развојни пут, обележен дилемом у погледу њене легитимности, односно оправданости увођења ове казне у систем дисциплинских санкција. Та опречност у ставовима у погледу оправданости изрицања новчане казне за дисциплинске прекршаје довела је до неравномерне кривуље у њеном развоју, како у упоредном тако и у домаћем законодавству. У домаћем радноправном законодавству долазило је до њеног установљавања, па укидања, затим поновног увођења са променама у распону и трајању ове казне, итд. Новчана казна је први пут уведена у домаће радно законодавство 1949. године, Уредбом о дисциплинској и материјалној одговорности радника у државним предузећима надлештвима и установама.<sup>3</sup> Уредба је предвиђала могућност изрицања новчане казне у висини до једне дневне чисте плате радника, с тим да укупни

3 Уредба о дисциплинској и материјалној одговорности радника у државним предузећима надлештвима и установама (*Службени листи ФНРЈ*, бр. 27/49).

збир ових казни у једном месецу није могао прећи износ од 10 одсто од једномесечне нето плате. Припремање Закона о радним односима 1957. године, обележила је широка расправа у погледу оправданости увођења новчане казне, за коју се сматрало да је иманентно обележје капиталистичког система, а с обзиром на новоизграђене друштвено-економске односе (који су се градили на друштвеној својини) и новонастали самопуравни положај радника у њему. Међутим, преовладало је мишљење да би новчана казна представљала неопходан елемент у обезбеђивању радне дисциплине, па је и своје место добила у чл. 254 поменутог закона. Могла се изрећи највише до 10% месечног личног дохода, у трајању до три месеца. Доношење Основног закона о радним односима 1965. године укида ову дисциплинску санкцију, као неспојиву са положајем радника у нашем друштвено-економском уређењу.<sup>4</sup> Уставним амандманима од 1971. године и Законом о међусобним односима радника у удруженом раду из 1973. године<sup>5</sup> уређивање дисциплинских мера пренето је у надлежност република и покрајина.

При припремању Закона о правима и обавезама радника у удруженом раду Социјалистичке Републике Србије, појавила се дилема „за“ или „против“ враћања новчане казне као дисциплинске мере. Закон је изричито не уводи али је и не забрањује. Другим речима, оцењено је да ова мера треба да постоји, али је као израз самоуправног положаја радника у удруженом раду остављено радницима у Основним организацијама удруженог рада (ООУР), да у зависности од степена радне дисциплине и потребе да се она обезбеди, сами оцене неопходност да уведу или не ову меру. У циљу заштите радника од самовоље и произвољности законом је било предвиђено да уколико радници одлуче да је самоуправним споразумом о међусобним односима у удруженом раду уведу, новчана мера се не може одредити у већем износу од 10% једномесечног личног дохода за теже, односно за 3% једномесечно личног дохода за лакше повреде радне обавезе. Осим што уводи ограничења у одређивању износа, овај закон уместо уобичајеног термина „новчана казна“, уводи термин „новчана мера“. Закон о удруженом раду<sup>6</sup> утврђује дисциплинске мере које се могу изрећи због повреда радних обавеза (опомена, јавна опомена, новчана казна, распоређивање на друге послове односно радне задатке за одређено време у складу са законом, престанак радног односа), али само новчану меру квалификује и представља као казну/новчану казну. За разлику од ранијих законских прописа ЗУР таксативно утврђује теже повреде радних обавеза за које се може изрећи новчана казна као дис-

4 Службени лист СФРЈ, бр. 17/65.

5 Службени лист СФРЈ, бр. 22/73.

6 Закон о удруженом раду (Службени лист СФРЈ, бр. 53/76; даље у фуснотама: ЗУР) чл. 195, 196 и 198.

циплинска мера. Тиме је изрицање новчане казне резервисано само за одређени број повреда радне обавезе, које по својим последицама имају карактер посебно тешких повреда радне обавезе. Даља карактеристика новчане казне према овом закону, састоји се у могућности да њено извршење може бити одложено, за време утврђено самоуправним општим актом, а које не може бити краће од шест месеци, нити дуже од годину дана. Ако радник у оквиру овог рока, не учини тежу повреду радне обавезе, сматраће се да новчана казна није ни изречена. У супротном, прекида се рок одлагања и изрицањем нове мере за тежу повреду радне обавезе, извршава се претходно изречена мера новчане казне, осим ако није за нову повреду изречена мера престанка радног односа.

Законима с почетка 90-их година – Закон о основним правима из радног односа,<sup>7</sup> Закон о радним односима Републике Србије,<sup>8</sup> новчана казна која је некада била прописана само за теже повреде радних обавеза и дужности, сада се могла изрицати и за лакше и теже повреде радне обавезе. Међутим, као и већина радноправних прописа и овај закон није регулисао начин извршења и намену средстава добијених од новчане казне. Закон не прописује ни упућујуће норме на колективни уговор, већ је одређивао само оквирне границе (вредносне и временске), тако што је прописивао да се новчана казна може изрећи највише у висини до 15% аконтације месечног личног дохотка радника (Закон о основним правима из радног односа уместо термина „зарада“ употребљава термин „аконтација месечног личног дохотка“), у трајању од 1–6 месеци (чл. 57). Основ за утврђивање висине ове казне је зарада коју је радник остварио у месецу у коме је одлука изречена. Закон није утврђивао намену средстава остварених од изрицања новчане казне. Према одредби (чл. 100) Закона о радним односима из 1996. године,<sup>9</sup> новчана казна могла се изрећи за следеће повреде радних обавеза: 1) неоправдано изостајања са рада највише 5 радних дана са прекидима у току 12 месеци; 2) долазак на рад у напитом стању или опијање у току рада; 3) давање нетачних података који су од утицаја за доношење одлуке надлежних органа; 4) изазивање нереда и учествовање у тучи; 5) друге повреде радних обавеза утврђене законом или колективним уговором.

7 Закон о основним правима из радног односа (*Службени лист СФРЈ*, бр. 60/89, 42/90).

8 Закон о радним односима (*Службени гласник РС*, бр. 45/91, 70/91, 34/94, 49/95, 53/95).

9 Закон о радним односима (*Службени гласник РС*, бр. 55/96), чл. 100.

## 2. Новчана казна у позитивноправним прописима – правни прописи *lex specialis*

Доношење Закона о раду 2005. године,<sup>10</sup> обележило је, поред многобројних новина у режиму дисциплинске одговорности запослених, и напуштање института новчаног кажњавања за повреде радних обавеза. Наиме, у општем режиму радних односа Закон о раду не предвиђа могућност изрицања новчане казне за дисциплинске прекршаје, али је задржана у посебном режиму радних односа државних/полицијских службеника. Закон о државним службеницима<sup>11</sup> предвиђа могућност изрицања новчане казне и за лакше и за теже повреде радне дужности али у различитом процентуалном распону. За лакше повреде дужности из радног односа може да се изрекне новчана казна до 20 процената плате за пуно радно време, исплаћене за месец у коме је новчана казна изречена. За теже повреде дужности из радног односа може да се изрекне: 1) новчана казна од 20 процената до 30 процената плате за пуно радно време, исплаћене за месец у коме је новчана казна изречена, у трајању до шест месеци. Сходно одредбама ЗДС, новчана казна се може изрећи за лакше и за теже повреде радних обавезе и дужности, али у различитом проценту. Законодавац предвиђа новчану казну као једину санкцију за лакше повреде радних дужности, и то у изузетно високом проценту (до 20 процента плате за пуно радно време) када се направи паралела са висином новчане казне у законодавствима која предвиђају ову казну у санкционисању радне (не)дисциплине. Имајући у виду околност да закон не прописује доњу границу новчане казне за лакше повреде радних обавезе, и не садржи упућујуће норме, реална је бојазан да се у пракси изрекне новчана казна у истом износу за лакшу као и за тежу повреду радне обавезе.

*Висина и трајање новчане казне.* Приликом изрицања новчане казне и утврђивања њене висине, поред осталих критеријума, из разлога хуманости и социјалне сигурности треба водити рачуна и о материјалним и социјалним приликама запосленог коме се казна изриче. Законским одредбама се редовно прописује да одређени износ (процент) зараде не може бити предмет принудне наплате, како би се осигурао алиментациони карактер зараде.<sup>12</sup> У упоредном праву уколико се новчана казна и предвиди као дисциплинска казна, предвиђа се релативно мали износ и релативно кратак период за који се изриче. Тако нпр., у немачком

10 Закон о раду (Службени гласник РС, бр. 23/05, 61/05, 54/09, 32/13; даље у фуснотама: ЗР).

11 Закон о државним службеницима (Службени гласник РС, бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 116/08, 104/09; даље у фуснотама: ЗДС), чл. 110 ст. 1 и 2.

12 Б. А. Лубарда, *Радно право*, стр. 454.

радном праву се предвиђа у висини од три до пет сатница (зарада по радном часу).<sup>13</sup> У јапанском законодавству прописује се да новчана казна не може да се изрекне у износу већем од 50 одсто дневне просечне зараде, а највише до 10 одсто укупне зараде за одређени период.<sup>14</sup> Насупрот томе, црногорско радно право предвиђа новчану казну за лакше повреде радних обавеза у висини до 20 одсто месечне зараде запосленог остварене у месецу у коме је одлука изречена, у трајању од једног до три месеца.<sup>15</sup>

У домаћем праву из начела социјалности у извршном поступку произлази ограничавање извршење на стварима и правима који су неопходни за задовољење основних животних потреба дужника, у том смислу и на правима запослених. Сходно закону, извршење на заради може се спровести до износа једне половине зараде, а кад дужник, тј. запослени прима минималну зараду до износа једне трећине зараде.<sup>16</sup>

*Намена новчаних средстава.* Са аспекта сврхе и намене новчаних средстава добијених од обуставе исплате дела зараде по основу изрицања новчане казне, правило је да послодавац не сме да има непосредне финансијске користи од изрицања новчане санкције. У упоредном праву се питање намене средстава утврђује увек законом. Тако, естонско право прописује да је послодавац дужан да изречену новчану казну, уз допринос за социјално осигурање, уплати у фонд социјалног осигурања, приликом исплате зараде запосленима. У немачком праву средства од новчане казне намењују се за побољшање услова рада запосленима.<sup>17</sup> Сличну одредбу својевремено је садржао и ЗУР (1976) – предвиђао је коришћење ових средстава за проширење материјалне основе рада и за резерве, али је касније било могуће намену одредити и колективним уговором о раду.<sup>18</sup> У домаћем праву, премда одредбе позитивних прописа не одређује намену средстава добијених изрицањем новчане казне (обуставом зараде), позваћемо се на радноправну теорију, која је неспорна у ставу да их послодавац не може користити за зараде и друга лична примања запослених. Послодавац се обавезује да сред-

13 M. Weiss, *Labour Law and Industrial Relations in F. R. Germany*, Kluwer, Deventer, 1987, стр. 87, 88.

14 T. A. Hanami, *Labour Law and Industrial Relations in Japan*, Kluwer, Deventer, 1985, стр. 93, 94.

15 Закон о раду ЦГ (*Службени гласник ЦГ*, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011 и 66/2012; даље у фуснотама: ЗРЦГ), чл. 125 ст. 2.

16 Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011), чл. 174–182.

17 Б. А. Лубарда, *Радно право*, стр. 646–647.

18 Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о основама радних односа*, Савремена администрација, Београд, 1997, стр. 295.

ства остварена на име новчане казне мора употребити за побољшање услова рада запослених.<sup>19</sup> Средства остварена наплатом новчане казне могу се употребити само у одређене сврхе: за проширење и унапређење материјалне основе рада, за обнављање резерви и побољшање услова рада, за стручно оспособљавање и усавршавање радника, за заштиту на раду и слично.<sup>20</sup> Из претходне хронолошки приказане путање новчане казне у радноправним прописима, може се на основу компаративне анализе закључити да су норме о новчаној казни у појединим периодима друштвеног развоја адекватније и примереније начелу индивидуализације кажњавања, принципу прогресивности, тиме примеренија тржишном концепту привређивања од позитивно правне регулативе. Најпре, закони с почетка 2005. године (и у општем режиму радних односа и закони *lex specialis*) допринели су већој репресивности и ригорозности норми, превасходно јер укидају мере моралног карактера, које су биле предвиђане одредбама ранијих радноправних закона у једном дужем периоду радноправног развоја нпр., опомена, укор. Потом, одредбе закона у посебном режиму радних односа установљавају новчану казну у највећем могућем распону, и са супстанционог аспекта и са аспекта временског трајања од када је уведена у систем радноправних санкција. Не упуштајући се у даљу анализу оправданости таквих нормативних решења, ни интенције послодавца да дијаметрално различито регулише дисциплинску одговорност и поступак утврђивања исте, спектар дисциплинских санкција и друге специфичности, може се констатовати да је извршен својестан *favor laboratoris* запослених у државним органима, у погледу градације одговорности јер повреде радних обавеза деле на лакше и теже, затим предвиђа класичан дисциплински поступак за утврђивање дисциплинске одговорности, у погледу двостепености одлучивања интерном жалбом, итд., а да исте не предвиђа за запослене који подлежу општем режиму радних односа, без упућујуће норме да се иста даље регулише општим актима послодавца. Законодавни дуализам у регулисању радних односа (општи и посебни режим радних односа), не сме да представља и дуализам у регулисању услова и поступка дисциплинске одговорности. Оваква правна решења су својеврстан правни *nonsens*, супротан једном од основних начела домаћег радног права – начелу јединствености система радних односа. У смислу овог начела, разлике у својинској основи не могу да буду правни основ за дуализам

19 Б. А. Лубарда, *Лексикон индустријских односа*, Радничка штампа, Београд, 1997, стр. 133; Б. А. Лубарда, „Нормативна власт послодавца“, *Правни животи*, Београд, том III, бр. 11/1996, стр. 712.

20 Закон о удруженом раду од 1976. године предвиђао је коришћење ових средстава за „проширење материјалне основе рада и за резерве“. Нав. према: Зоран Ивошевић, *Дисциплинска и материјална одговорност*, 4. издање, Драган Срнић, Шабац-Београд, 1991, стр. 24.



у регулисању основних права, обавеза и одговорности. Услови дисциплинске одговорности, основна начела дисциплинског поступка – право на одбрану (начело контрадикторности, расправности), право на жалбу (начело двостепености), и друга процесна начела, темеље се на фундаменталним људским правима. Људска права немају супституте, она су универзална, јединствена и недељива у својој датости.

### III Новчана казна у упоредном праву

У упоредном праву законодавства на различит начин приступају увођењу новчане казне у систем дисциплинских санкција. Тако, новчана казна може законом бити допуштена или се постављају одређена ограничења или се пак изричито забрањује. У принципу, већина законодавстава не предвиђа новчану казну или изричито забрањује сваку новчану дисциплинску санкцију којом се ограничава зарада запосленог (француско радно право, британско, америчко, итд.). Оспоравање оправданости новчане казне заснива се на идеји алиментационог карактера зараде и остваривања начела: за извршени рад – зарада. Према мишљењу теоретичара новчана казна не сме да буде својеврсна индугенција (опрост греха за новац), односно, опрост за повреду обавезе лојалности послодавцу, од које би послодавац имао имовинску корист.<sup>21</sup> У француском законодавству новчана казна или нека друга новчана кажњавања су забрањена (чл. L122–42).<sup>22</sup> Законодавац не пријудицира шта се треба подразумевати под новчаним казнама, али је заузео став тако што прави разлику између казни које повлаче новчане последице по радника на основу чињенице да ли новчани губитак директно или индиректно резултира из грешке почињене од стране радника. Под дисциплинском санкцијом у француском законодавству о раду, подразумева се „свака мера, сем усмене опомене коју изриче послодавац против запосленог који је извршио повреду радне обавезе, да је та мера таква да погађа присуство запосленог у предузећу (удаљење са рада, отказ), његов рад или функцију (распоређивање на ниже радно

21 Опраштање грехова за новац, тзв. индугенција, (лат. *indulgere* – бити благ, бити милостив, обзиран, попустљив) увео је у средњем веку папа Лав X, привикавајући тиме народ да се могу греси, чак и будући, новцем откупити. Тргујући опраштањем грехова за новац, папа Лав X је, огромним приходима од те трговине, саградио цркву св. Петра у Риму. Доступно на адреси: <https://www.wikipedia.org/wiki/Indulgence>, 8. март 2014.

22 Забрања уведена законом од 17. јула 1978. године поново је уведена законом од 4. августа 1982. године. Нав. према: Gérard L. Caen, Jean Pélissier, Alan Supiot, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 1994, стр. 377; Guillaume H. Camerlynck, Gérard L. Caen, Jean Pélissier, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 1986, стр. 397–403.

место), каријеру (задржавање у напредовању; назадовање) или његова примања, зараду (укидање премија, али не и новчана казна)“.

Новчана казна је допуштена нпр., у немачком праву, с тим да се она може предвидети као уговорна казна за случај кршења уговора о раду (сходно грађанском закону). Она се јавља више као средство за обезбеђење извршења уговорних обавеза него као санкција за непоштовање реда у предузећу. Законодавство о раду Немачке<sup>23</sup> под дисциплинским мерама подразумева све мере власника фабрике (послодавца) у циљу чувања или поновног успостављања реда у фабрици, којима се раднику наноси штета или у најмању руку запрети. Ту се не подразумевају само мере које за радника производе непосредну правну или привредну штету, него и оне које могу да нашкоде социјалним интересима радника, нпр. губљење угледа у фирми. Нарочито треба сматрати дисциплинском мером изрицање укора или прекора, свеједно да ли они следе писмено или само усмено. У законодавствима о раду где је новчана казна забрањена као нпр. у француском радноправном законодавству, може се утицати на примања запосленог изрицањем других дисциплинских санкција – распоређивање на ниже радно место (премештај), затим суспензија без накнаде зараде, и другим методама којима се попут новчане казне утиче на висину зараде. Премда, за разлику од новчане казне оне утичу на зараду посредним путем, што се у пракси показало много ефикасније са аспекта специјалне и генералне превенције и спречавање недисциплинованог понашања убудуће.

#### IV Легитимност послодавца за изрицање новчане казне

Новчана казна у дисциплинском праву (изречена у поступку утврђивања дисциплинске одговорности запослених) разликују се од новчане казне која се изриче за остале облике одговорности изван радног односа. У дисциплинском праву ова казна има двоструку димензију: супстанциону и временску. То значи да новчана казна поред вредносне димензије има и своје временске оквире или трајање. Њена функција у дисциплинској материји нема ни фискални ни репараторни карактер, већ искључиво репресивно-поправни.<sup>24</sup> Као дисциплинска санкција новчана казна се састоји у умањењу (обустави) зараде запосленог за извршени рад као санкција за повреду радне обавезе или дисциплине понашања.<sup>25</sup> Премда је традиционално присутна у скоро свим правним

23 Josef Cerny, *Arbeits verfassungs-gesetz*, Закони и коментари /116, стр. 370, 371, 433; Manfred Weiss, *Labour Law and Industrial relations in F.R. of Germany*, Kluwer, Deventer, 1987, стр. 82, и даље.

24 Н. Тинтић, *Радно и социјално право*, Књ. прва: радни односи (II), стр. 603.

25 G. H. Camerlynck, G. L. Caen, J. Péliissier, *нав. дело*, стр. 403; и Б. А. Лубарда, *Радно право*, стр. 645.

прописима којима се уређује одговорност, у радноправној материји пак, у правном режиму дисциплинске одговорности, као што је у претходним редовима указано, поједина законодавства је изричито забрањују (француско радно право), а нека је уопште не превиђају (британско и америчко радно право, у домаћем општом режиму радних односа).

У смислу основне идеје овог рада, настојање да се одговори на хипотетичко питање да ли је оправдано изрицање новчане казне као дисциплинске санкције, могуће је, с једног аспекта, прихватити каузалност између дисциплинске власти послодавца и субординацији запослених у радном односу, као основ легитимитету послодавца за изрицање дисциплинских санкција, па самим тим и новчане казне као дисциплинске санкције. На том основу постоје две теорије о правној природи новчане казне: а) теорија о новчаној казни као приватној казни, коју изриче послодавац за повреду радне обавезе; б) теорија о новчаној казни као уговорној казни, коју уговор о раду, као уговор по приступу у односу на колективни уговор о раду, садржи као казну за неизвршење уговорне обавезе.<sup>26</sup> Без намере да образложимо оправданост или мане институционалних и уговорних теорија, желимо да нагласимо да радни однос није само уговорни однос, па се сходно реченом легитимитет казне не може правдати искључиво уговором о раду. У том маниру и Закон о раду у члану првом прописује: „Права, обавезе и одговорности из радног односа, односно по основу рада, уређују се овим законом и посебним законом, у складу са ратификованим међународним конвенцијама. Права, обавезе и одговорности из радног односа уређују се и колективним уговором и уговором о раду, а правилником о раду, односно уговором о раду – само када је то овим законом одређено.“ Извршењем новчане казне за учињену повреду радне обавезе запосленом се умањује – ограничава исплата зараде/плате,<sup>27</sup> коју је запослени иначе остварио по основу радног учинка, и то се умањује за одређени проценат и за одређени временски период. Ограничавање зараде по основу извршења новчане казне нарушава један од битних елемената радног односа – онерозност. Онерозност или право на зараду – рад за зараду је право радника да за извршени рад добије адекватну, пристојну зараду. Зарада је услов егзистенцијалног и материјалног положаја сваког за рад

26 Б. А. Лубарда, *Радно право*, стр. 645–646.

27 Зарада или плата су термини који се по правилу користе као синоними, који изражавају два облика примања запослених исте правне природе. Термин зарада (*Wage*) се у упоредном праву користи када се ради о запосленима у индустрији („плаве крагне“), који се по правилу плаћају по радном часу (и према стручној спреми); док се термин плата (*Salary*) користи за запослене „беле крагне“, који се плаћају по месецу или годишње, а везује се посебно за плате менаџера (али не и извршних директора привредних друштава). О томе више: Б. А. Лубарда, *Радно право*, стр. 411.

способног и вољног бића, фактор је социјалног положаја, димензија пристојног рада, битна мотивационо – психолошка компонента. Још у канонском праву, „из науке о нужности, шта више о узвишености рада“, произлази „право радника на праведну плату (*iustum praetium*)“.<sup>28</sup> У савременом развоју радног права, право радника на правичну зараду извире из начела права на рад. Право на рад је основно социјално право човека и „представља корисно добро за њега – достојно човека јер је прилагођено управо потреби да изрази и увећа људско достојанство“.<sup>29</sup> Следећи мисао Фуријеа да се без права на рад, сва друга права своде ни на шта, посебан значај права на рад је у томе што је претпоставка за остваривање низа других индивидуалних и колективних права запослених, односно низа социјалних права уопште – нпр. права на праведне услове рада, *право на зараду*, заштиту здравља и безбедности на раду, права на штрајк.<sup>30</sup> У *формалној правном смислу*, зарада јесте услов и сврха радног односа. Како се истиче у теорији радног права, никада се у радном односу не претпоставља бесплатност.<sup>31</sup> Онерозност, односно, обавеза вршења рада и обавеза плаћања за тај рад је уз добровољност, личну радноправну везу између радника и послодавца, субординацију (подређеност запослених послодавцу – економска и правна) битан елемент радног односа. То су елементи који вршење рада, радне делатности конституишу у радни однос.<sup>32</sup>

У *јојзијивној правном смислу*, зарада и друга примања по основу радног односа третирана су као основно право из радног односа. У том смислу, право запосленог на правичну накнаду за извршени рад гарантовано је као фундаментално право човека актима и на универзалном/међународном, регионалном и националном нивоу. „Одговарајућа зарада за *јирсијојан животи*“, истиче у преамбули *Устави Међународне организације рада* (МОП), као један од примарних циљева Организације. *Ојшија декларација о јравима човека*,<sup>33</sup> у члану 23 тачка 2) и 3) предвиђа: „свако, без икакве разлике има *јраво на једнаку јлајшу за једнаки рад*“ и „*јраво на јраведну и задовољавајућу накнаду која њему и њејовој јородици обезбеђује ејзисјијенцију која одговара људском достојанству и која ће, ако буде јојиребно, бији јујојијуњена друјим средствима социјалне зашјијије*“.

28 Стојан Бајич, *Основи радној јрава*, Општи део, Геце Кон, Београд, 1937, стр. 9.

29 Б. А. Лубарда, *Радно јраво*, стр. 275 и даље.

30 Б. А. Лубарда, *Радно јраво*, стр. 277.

31 Н. Тинтић, *Радно и социјално јраво*, Књ. *јрва: радни односи* (II), стр. 303.

32 Предраг Јовановић, *Радно јраво*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2012, стр. 174.

33 Општа декларација о правима човека из 1948. Прокламована Резолуцијом Генералне скупштине ОУН 217 А (III), не подлеже ратификацији јер се третира као општи акт, а не као међународни уговор.

Зарада је као израз синалагматске природе уговора о раду и радног односа новчано и друго примање запосленог у вези са извршеним радом,<sup>34</sup> има и алиментациони карактер, јер треба да буде праведна, и да обезбеди пристојан живот.<sup>35</sup> Због тога се прописује и посебна заштита потраживања зараде, нпр. у случају стечајног поступка, као и заштита зараде, укључујући и ограничавање износа обуставе од зарада (слобода располагања схваћена у позитивном смислу).<sup>36</sup> Заштита зараде прокламована је превасходно актима Међународне организације рада (МОП) – Конвенцијом бр. 95 о заштити зарада из 1949. године,<sup>37</sup> (са пратећом Препоруком бр. 85) која прокламује начело слободног располагања зарадом. Отуда, обуставе од зараде су могуће само на основу закона (на раду се зарачунавају само доприноси за обавезно и допунско социјално осигурање; аконтациони порез на доходак грађана), правоснажне судске одлуке (нпр. о издржавању детета; о накнади штете коју је запослени проузроковао послодавцу), арбитражне одлуке или на основу воље запосленог (уговора о куповини стана на кредит, трајних потрошних добара, итд.).<sup>38</sup> На основу изнетог, може се закључити, да се ни правним прописима не предвиђа умањење зараде запосленог због нарушавања радне дисциплине. Наведени став потврђује и мишљење ресорног Министарства за рад, у коме се каже, (издвајамо): „*Законом није предвиђено умањивање зараде запосленог као новчана казна за непоштовање радне дисциплине*“ (подвукао аутор).<sup>39</sup> У даљем образложењу одлуке наводи се: „Чланом 179 тачка 3 Закона о раду утврђено је да послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако запослени не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца. Такође, чланом 170 Закона прописано је да послодавац може запосленом за повреду радне обавезе или непоштовања радне дисциплине у смислу члана 179 тачка 2 и 3 Закона да, уместо отказа уговора о раду, изрекне меру привременог удаљења са рада без накнаде зараде, ако сматра да постоје олакшавајуће околности или да повреда радне обавезе, односно радне дисциплине, није такве природе да запосленом треба да престане радни однос [...].

34 G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pélissier, *Droit du travail*, стр. 490, 491.

35 Више о зарадама и другим примањима: Б. А. Лубарда, *Радно људско право*, стр. 410–413.

36 У негативном одређену начело слободе располагања зарадом подразумева забрану, тј. забрану исплате зараде у боновима, ваучерима и у натуралном облику, сем изузетно – кућно помоћно особље. Нав. према: Б. А. Лубарда, *Радно људско право*, стр. 419.

37 Конвенција Међународне организације рада, бр. 95 о заштити зарада из 1949. године. Није ратификована од бивше СФРЈ. Ни Република Србија није ратификовала ову конвенцију.

38 Б. А. Лубарда, *Радно људско право*, стр. 411–419.

39 Мишљење Министарства рада и социјалне политике РС, Одлука бр. 011-00-00813/2011-02 од 17.10.2011.

*Законом није предвиђено умањивање зараде запосленог као новчана казна за непоштовање радне дисциплине* (подвукао аутор). У складу са чланом 105 став 1 зарада се састоји, између осталог, од зараде за обављени рад и време проведено на раду. Према члану 106 Закона зарада за обављени рад и време проведено на раду састоји се од основне зараде, дела зараде за радни учинак и увећане зараде. Радни учинак запосленог одређује се и на основу односа запосленог према радним обавезама. Према томе, постоји могућност смањења зараде запосленог ако запослени не поштује радно време утврђено уговором о раду (нпр. кашњење на посао, неоправдан изостанак са посла и др.) или не остварује потребан радни учинак.<sup>40</sup> Ова одлука ресорног Министарства компламентарна је мишљењу које је наведено Министарство дало раније у једној одлуци, конкретно из 2006. године, у којој се закључује, издвајамо: „*Зарада запосленог се не може умањити због непоштовања радне дисциплине, већ само због неоспјаривања резултата рада, односно радног учинка*“ (подвукао аутор).<sup>41</sup>

У даљем појашњењу Министарство указује: „*Месечна зарада запосленог може се умањити због неоспјаривања радног учинка, односно резултата рада, а не по основу непоштовања радне дисциплине* (подвукао аутор). Чланом 33 став 1 тачка 10 Закона о раду уговор о раду садржи, поред осталог, новчани износ основне зараде и елементе за утврђивање радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања запосленог. Према томе, уговор о раду мора да садржи новчани износ основне зараде. Начин уговарања и обрачунавања новчаног износа основне зараде може да се утврди у месечном износу или по радном часу. Свако уговарање основне зараде изражено на други начин или упућивањем на општи акт (колективни уговор или правилник о раду) супротно је Закону [...] *Месечна зарада запосленог може се умањити због неоспјаривања радног учинка, односно резултата рада, а не по основу непоштовања радне дисциплине* (подвукао аутор). Осим тога, у складу са чланом 179 тач. 1 и 3 Закона о раду, послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако запослени не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради или ако запослени не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца.“<sup>42</sup> Дакле, ово умањење није последица казне, већ се зарада умањује посредно, пропорционално са умањењем чиниоца који де-

40 Извод из Мишљења Министарства рада и социјалне политике РС, Одлука бр. 011-00-00813/2011-02 од 17.10.2011.

41 Извод из Мишљења Министарства рада, запошљавања и социјалне политике РС, Одлука бр. 011-00-00149/2002-02 од 25.2.2002.

42 Министарство рада, запошљавања и социјалне политике РС, Одлука бр. 011-00-00034/2006-02 од 31.1.2006.

терминишу основицу зараде сходно закону, општем акту и уговором о раду – обављени рад, време проведено на раду, сати рада, учинак, прековремени рад, боловања, кашњења и сл.

## V Закључна разматрања

Запослени је подређен радном реду, радним обавезама и другим правилима понашања на раду и у вези са радом, моментом ступања на рад. Такав положај радника је *fons potestatis* послодавца у вези са радном дисциплином.<sup>43</sup> Из односа субординације у радном односу (однос подређености и надређености) произлази неспорно право послодавца да примењује дисциплинске санкције према запосленима због непоштовања дужности на раду и у вези са радом. Споран је легитимитет послодавца да изриче новчану казну за дисциплинске прекршаје, јер се изрицањем новчане казне умањује или обуставља део исплате зарада запосленом, због извршене повреде радне обавезе. Умањити, ограничити зараду коју је запослени остварио у току рада због изрицања новчане казне нарушава начело онеозности, тј. право запосленог да за извршени рад добије остварену/адекватну/пристојну зараду. У томе је синалгматичност уговора о раду и комплементарност права и обавеза у радном односу. Запослени остварује одговарајућу зараду сходно обављеном раду, времену проведеном на раду, доприносу успеха послодавцу, и др. Свака обустава исплате зараде запосленом по основу изечене новчане казне супротна је начелу слободног располагања зарадом. Свакако да се применом других санкција може попут новчане казне утицати на зараду запослених – као што је удаљење са рада без накнаде зараде, забрана напредовања, премештај на радно место са нижим степеном стручне спреме, и слично.

---

43 Н. Тинтић, *Радно и социјално право*, Књ. прва: *радни односи (II)*, стр. 588.

**Slobodanka KOVAČEVIĆ-PERIĆ, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Priština, Kosovska Mitrovica

**Goran OBRADOVIĆ, PhD**

Associate Professor at the Faculty of Law University of Niš

## LEGITIMACY OF FINE AS A DISCIPLINARY SANCTION

### Summary

*A fine imposed as a disciplinary sanction for a breach of duty or discipline behavior consists of reduction (suspension) of the employee's salary for work done. In general regime of labor relations, Labour law does not provide for fines for disciplinary offenses, but these sanctions are prescribed by lex specialis. In this article the authors analyze the justification of the imposition of fines for breaches of duties and work discipline. After the initial discussion, in the second part of the paper, the characteristics of a fine through historical and positive legal aspect have been explored. The third section discusses the fine in comparative labor law regulations – in most jurisdictions fines are expressly prohibited. In the fourth part, the authors examine the legitimacy of the disciplinary authority of the employer in order to sublime the basic ideas underlying the article – challenging the justification for the disciplinary authority of the employer to impose a fine. Finally, the authors challenge the feasibility of the fine based on the idea alimony character of earnings and application of the principle: earnings – for work done.*

**Key words:** *disciplinary sanctions, fines, fines legitimacy.*



др Славко ЂОРЂЕВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## СПОРАЗУМНИ ИЗБОР МЕРОДАВНОГ ПРАВА (АУТОНОМИЈА ВОЉЕ СТРАНАКА) ЗА СТВАРНА ПРАВА НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА

### Резиме

У овом раду се испитије ојравданост и доуштеност аутономије воље странака у стварноправним односима са елементом иностраности који за предмет имају покрећне ствари. Аутор, најпре, полази од владајуће сјановишћа у лијератури које у први план ставља разлоје у прилој искључиве примене правила *lex rei sitae* (заштита интереса прометта и очување међународне хармоније одлучивања) и залаже се за забрану аутономије воље у стварноправним односима. Након тога, аутор износи сјановишће које афирмише аутономију воље у овој материји и као главне разлоје у прилој њене доуштености исјиче заштити интереса странака и сјречавање настјанка мобилној сукоба закона. Аутор, зајим, поклања јажњу решењима закона о међународном приватном праву Швајцарске и Холандије који представљају рејке примере законској уређења аутономије воље за стварна права на покрећним стварима у ујоредном праву. Анализирајући сујросстављене сјавове у лијератури и поменућа законска решења, аутор детаљно образлаже свој сјав о аутономији воље у стварноправним односима, исјичући да правило *lex rei sitae* и даље треба да буде примарно колизионо правило, а да се аутономији воље може дајти уско поље примене – она мора бити ојрана, како у појледу круја изаберивих меродавних права јтако и у појледу ситуација у којима се примењује (*res in transitu*), и треба да има *inter partes* дејство. На крају, аутор анализира нова колизиона прави-

ла за стварна права на покретним стварима из Нацрџа новој Закона о међународном приватном праву Србије којима се уводи аутономија воље стварања за *res in transitu*.

**Кључне речи:** *lex rei sitae*, ограничена аутономија воље, интереси правној промени и стварања, мобилни сукоб закона, раслојавање пословима међународној промени, *res in transitu*, Нацрџ ЗМПП.

## I Увод

*Lex rei sitae* представља општеприхваћено колизионо правило за стварноправне односе са елементом иностраности и често се означава међународним обичајним правилом у овој материји.<sup>1</sup> Чини се да то никада није било спорно када су у питању стварна права на непокретностима.<sup>2</sup> Када је, пак, реч о покретним стварима, дуго је, историјски посматрано, владала максима *mobilia sequuntur personam* – покретне ствари прате лице, тако да се на стварна права на покретним стварима примењивало персонално право власника (обично право његовог пребивалишта).<sup>3</sup> Тек од средине 19. века место налажења покретне ствари „пробија се“ као тачка везивања под утицајем вон Савињија<sup>4</sup> и данас представља уврежено колизионо правило у упоредном праву за стварна права на покретним стварима.<sup>5</sup> Изузеци од овог правила предвиђају се, углавном, за стварна права на стварима у превозу (*res in transitu*) и транспортним средствима.<sup>6</sup>

1 Тако J. Von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR Internationales Sachenrecht*, 13. Bearbeitung von Hans Stoll, München, 1996, стр. 69.

2 Примена *lex rei sitae* на стварна права на непокретностима спомиње се још у 13. веку у време постглосатора и важила је пре Бартолусове школе статута. Види Christine Paffenholz, *Die Ausweichklausel des Art. 46 EGBGB*, Jena, 2006, стр. 26–27.

3 Види Piere Lalive, *The Transfer of Chattels in the Conflict of Law*, Darmstadt, 1977 (reprint of the edition Oxford 1955), стр. 34 и даље; Alexander Lüderitz, „Die Beurteilung beweglicher Sachen im internationalen Privatrecht“, у: Wolfgang Lauterbach (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts*, Tübingen, 1972, стр. 186–187.

4 Fridrich Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, 1848, стр. 169 и даље.

5 Готово да се на прстима једне руке могу набројати законодавства која не примењују *lex rei site* на покретне ствари (нпр. пар. 946 Калифорнијској Грађанског законика следи принцип *mobilia sequuntur personam* и још неколико америчких закона, види C. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 40).

6 Тако је, примера ради, у нашем међународном приватном праву – види чл. 18 ст. 2 и 3 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (*Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1982; даље у фуснотама: ЗРСЗ).

Међутим, последњих деценија у литератури се све чешће јављају ставови да аутономија воље странака – споразумни избор меродавног права – треба да буде допуштена у стварноправним односима са елементом иностраности који за предмет имају покретне ствари.<sup>7</sup> Наравно, то се односи на ситуације у којима се стварна права на покретним стварима стичу односно преносе двостраним правним пословима, јер су само тада странке у могућности да споразумно изаберу меродавни стварноправни статут. Истиче се да је примена *lex rei sitae* неадекватна када се покретне ствари (роба) извозе/увозе из једне у другу државу (и долази до мобилног сукоба закона) и када се тргује са стварима у транзиту код којих је место налажења покретне ствари у тренутку располагања обично случајно или чак странкама непознато.<sup>8</sup> У новијој литератури се, чак, распламсала дискусија о „увођењу“ аутономије воље као основног колизионог принципа за стварноправне односе са елементом иностраности у међународно приватно право Европске уније.<sup>9</sup> Изнет је став да странкама у прекограничним трговачким трансакцијама треба допустити да изаберу стварноправни режим било које државе чланице, а да њихов избор једино може бити ограничен нормама непосредне примене и националним јавним поретком.<sup>10</sup>

Ипак, треба истаћи да, према још увек владајућем становишту, аутономију воље странака не треба допустити у стварноправним односима са елементом иностраности. Већина законодавстава у свету уопште не предвиђа могућност избора меродавног права за стварноправне односе са елементом иностраности, док мали број законодавстава допушта ограничену аутономију воље у посебним случајевима (Швајцарска<sup>11</sup> и Холандија<sup>12</sup>), а ниједно законодавство на свету не предвиђа неограниче-

7 Ulrich Drobnig, „Entwicklungstendenzen des deutschen internationalen Sachrechts“, *FS Kegel*, Frankfurt am Main, 1977, стр. 150–151; Rolf H. Weber, „Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?“, *RabelsZ* бр. 44/1980, стр. 510 и даље; Pius Fisch, *Eigentumserwerb, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsrechte an Farnis im Internationalen Sachenrecht der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Frankreichs*, Entlebuch, 1985, стр. 27 и даље; H. Stoll, *нав. дело*, стр. 159, 169; Dorothee Einsele, „Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht“, *RabelsZ*, бр. 60/1996, стр. 435 и даље.

8 Види *ibid.*

9 Види зборник радова са конференције која је одржана 2010. године на Erasmus Law School у Холандији: Roel Westrik, Jeroen van der Wiede (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munich, 2011.

10 Axel Flessner, „Choice of Law in International Property Law – New Encouragement from Europe“, у: Roel Westrik, Jeroen van der Wiede (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munich, 2011, стр. 11 и даље (нарочито стр. 38–39).

11 Чл. 104 Закона о међународном приватном праву Швајцарске (превод овог закона видети код Мирко Живковић, *Међународно приватно право – националне кодификације*, Београд 1996, стр. 551 и даље).

12 Види чл. 128, 129, 132 и 133 Закона о међународном приватном праву Холандије.

ну аутономију воље у овој материји. У страниј литератури, међу ауторима који се залажу за споразумни избор меродавног стварноправног ста-тута, преовлађује становиште да он мора да буде ограничен.<sup>13</sup> Наш Закон о решавању сукоба закона (даље у тексту: ЗРСЗ) чврсто се држи правила *lex rei sitae* (чл. 18 ст. 1), уз изузетке у погледу ствари у транзиту (*lex loci destinationis*, чл. 18 ст. 2) и превозних средстава (*lex banderae*, чл. 18 ст. 3), и не пружа могућност странкама да бирају меродавно право за стварна права, нити је таква могућност икада разматрана у домаћој литератури. С друге стране, Нацрт новог Закона о међународном приватном праву Србије (у даљем тексту: Нацрт ЗМПП) предвиђа ограничену аутономију воље за стварна права на стварима у транзиту (*res in transitu*).<sup>14</sup>

Циљ нашег истраживања у овом раду јесте да заузмемо сопствени став о оправданости аутономије воље у стварноправним односима са елементом иностраности и одредимо границе њене допуштености. Зато је неопходно да приступимо анализи супростављених ставова у страниј литератури и ретких законских решења о аутономији воље која у овом тренутку постоје у упоредном међународном приватном праву (ЗМПП Швајцарске и ЗМПП Холандије). На крају, анализирамо и нова колизи-она правила за стварна права на покретним стварима из Нацрта ЗМПП којима се уводи аутономија воље за стварна права на *res in transitu*.

## II Искључива примена *lex rei sitae* и забрана аутономије воље

### I. Аргументи у прилог искључиве примене *lex rei sitae*

Противници аутономије воље разлоге за њену недопуштено-ност првенствено виде у снажним аргументима којима се образлаже искључива примене правила *lex rei sitae*.

Као главни разлог у прилог примене права државе у којој се покретна ствар налази наводи се да је ово колизионо решење у интересу заштите правног промета.<sup>15</sup> Истиче се да је ствар (било покретна било

13 Види Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 169–170; U. Drobnig, *нав. чланак*, стр. 150; P. Fisch, *Eigentumserwerb, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsrechte*, стр. 28; Jan von Hein, „Party Autonomy in International Property Law – German Perspective“, у: Roel Westrik, Jeroen van der Wiede (eds), *Party Autonomy in International Property Law*, Munich, 2011, стр. 117.

14 Текст коначне верзије Нацрта Закона о међународном приватном праву може се наћи на вебсајту Министарства правде Републике Србије (вид. <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 1.9.2014).

15 Gerhard Kegel, Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, 2006, стр. 121 и 661; Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, 2001, стр. 520; C. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 95.

непокретна) суштински најближе повезана са правним прометом места где се она физички налази, а то место (место физичке присутности ствари) је, по правилу, лако утврдити, тако да се постиже правна сигурност за учеснике промета.<sup>16</sup> Из тог разлога се свако може ослонити на то да се стварна права једино могу стећи и преносити у складу са правом државе у којој се ствар налази, тј. трећа лица могу рачунати само са оним стварним правима на ствари које предвиђа право ове државе.<sup>17</sup> То значи да се у правном промету нарочито води рачуна о принципу *numerus clausus* стварних права и захтевима публицитета (нпр. упис права у регистар) које предвиђа право државе у којој се ствар налази. Имајући ово у виду, место налажења ствари је најпогоднија тачка везивања за стварноправне односе са елементом иностраности, јер се њоме обезбеђује правна сигурност како у националном тако и у међународном правном промету.<sup>18</sup>

Такође, наводи се да је правило *lex rei sitae* у интересу остварења међународне хармоније одлучивања, јер је реч о правилу које је у већини законодавстава у свету прихваћено као основно (и неретко једино) колизионо решење у овој материји.<sup>19</sup> Отуда, без обзира у којој држави се води стварноправни спор, може се препоставити да ће се увек примењивати *lex rei sitae* – што води остварењу међународне хармоније одлучивања. Странке и трећа лица се могу поуздати у примену овог правила.

## 2. Недопуштеност аутономије воље

Управо због аргумената којима се образлаже нужна примена *lex rei sitae* сматра се да аутономија воље треба да буде забрањена у стварноправним односима са елементом иностраности – тј. њено увођење би водило повреди интереса промета (у првом реду, интереса трећих лица) и неостварењу међународне хармоније одлучивања.

Наиме, истиче се да би давање слободе странкама да изаберу мерило стварноправни статут који се разликује од *lex rei sitae* грубо повредило интересе правног промета и правне сигурности, и то нарочито интересе трећих лица, с обзиром да она не могу предвидети

16 C. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 95; G. Kegel, K. Schurig, *нав. дело*, стр. 121.

17 C. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 95; J. Kropholler, *нав. дело*, стр. 520.

18 C. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 95.

19 G. Kegel, K. Schurig, *нав. дело*, стр. 123. Нарочито видети дискусију о међународној хармонији одлучивања код Karl Kreuzer, „Gutachtliche Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Internationalen Privatrechts – Sachrechtliche Bestimmungen“, у: Dieter Henrich (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts*, Tübingen, 1991, стр. 75–81.

које ће право странке изабрати – за њих овај избор није видљив и не могу се поуздати у изабрано право.<sup>20</sup> Ово је посебно важно за повериоце као трећа лица чија се заштита аутономијом воље може озбиљно угрозити. Место налажења ствари је чврста тачка везивања, видљива и лако утврдива, док споразумни избор меродавног права није (осим самим странкама које су вршиле избор права). Поред тога, истиче се да аутономија воље подрива принцип *numerus clausus* стварних права, јер интереси промета налажу да се може искључиво рачунати са врстама стварних права које допушта право државе у којој се ствар налази. Ако би странке изабрале неки други правни поредак и у складу са његовим одредбама креирале неко непознато стварно право, могло би доћи до повреде овог принципа, тј. до повреде императивних норми којима се у праву места налажења ствари уређују врсте стварних права.<sup>21</sup>

Такође, ако би се допустила аутономија воље странака, одступило би се од универзално прихваћеног правила *lex rei sitae* и нарушила би се међународна хармонија одлучивања. Износећи своје ставове против увођења аутономије воље у међународно стварно право Немачке, професор Кројцер је истакао да би пружање могућности странкама да изаберу меродавни стварноправни статут довело до настанка „храмућих“ стварних права.<sup>22</sup> Ово из разлога што би немачки правни систем био једини или један од веома ретких правних система који допуштају странкама да изаберу стварноправни статут другачији од *lex rei sitae*, па када би покретна ствар прешла у другу државу пре него што су се стекли сви услови за стицање стварног права, судија те државе не би узео у обзир споразумни избор права које су странке закључиле, већ би се стриктно држао примене права места налажења ствари, јер то колизионо правило важи у његовом међународном приватном праву. Право места налажења ствари може сматрати да стварно право није стечено и тога би се судија држао, иако су према споразумно изабраном праву услови за стицање испуњени. У резултату настаје „храмуће“ стварно право.<sup>23</sup> Такав резултат није у интересу странака и вређа њихова оправдана очекивања. Зато Кројцер сматра да аутономију воље у стварноправним односима има једино смисла увести, ако је она прихваћена у већини законодавства у Европи и свету, те предлаже њено једнообразно уређење на нивоу Европске уније.<sup>24</sup>

20 A. Lüdriz, *нав. чланак*, стр. 188 и даље.

21 У том смислу види *ibid.*

22 K. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 76–81.

23 *Ibid.*, стр. 78–79.

24 *Ibid.*, стр. 80–81.

### III Становиште о допуштености аутономије воље

С друге стране, присталице аутономије воље као главни аргумент у прилог својих ставова наводе недостатке примене правила *lex rei sitae* на покретне ствари. Најпре, истиче се да при дубљој анализи постаје очигледно да интереси промета и правне сигурности не би били у толикој мери угрожени, ако би се одступило од примене *lex rei sitae* и допустило странкама да споразумно изаберу стварноправни статут.<sup>25</sup> Такође, сматра се да странке могу аутономијом воље да предупредe настанак мобилног сукоба закона.<sup>26</sup> Ипак, ретки су ставови да аутономија воље у стварноправним односима треба да буде основни колизионоправни прицип – међу присталицама аутономије воље преовлађује становиште да она треба да буде ограничена (као што је то на пример предвиђено у ЗМПП Швајцарске).

#### 1. Аргументи (разлози) у прилог аутономије воље

##### а) *Интереси странака испред интереса промета*

Присталице аутономије воље сматрају да је увођење аутономије воље за стварна права на покретним стварима пре свега у интересу самих странака који мора имати предност у односу на „апстрактне“ интересе промета.<sup>27</sup> То нарочито долази до изражаја приликом закључивања међународних трговачких трансакција где ствари (роба) често мењају место налажења које услед тога постаје случајно. За ствар су примарно заинтересоване странке које правним послом располажу са том ствари (стварним правом на ствари). Оне желе да знају под којим условима се преноси односно стиче стварно право на ствари и да ли су они испуњени према меродавном праву. Зато оне треба да буду овлашћене да споразумно изаберу меродавни стварноправни статут, а не да се примењује *lex rei sitae* који им може бити потпуно непознат. Отуда, како се истиче, очување интереса промета и тврдња да промету треба објективна и лако утврдива тачка везивања као што је место налажења ствари представља потпуно „празан“ аргумент против допуштености аутономије воље,<sup>28</sup> с обзиром да би странкама било далеко једноставније да улазе у пословне трансакције, ако би имале јасно видљив стандард за одређивање меродавног стварноправног статута као што је принцип аутономије воље.<sup>29</sup>

25 Види А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 21–23; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 169–171.

26 Тако Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170.

27 *Ibid.*, стр. 169, 175.

28 А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 21.

29 *Ibid.*, стр. 22–23.

Затим, истиче се да у међународном промету ниједна држава не може свој систем стварних права држати затвореним и очекивати да се на њеној територији искључиво стичу и важе стварна права која је она, у складу са принципом *numerus clausus*, предвидела.<sup>30</sup> У новије време „пробило“ се правило да стварно право која је стечено према праву једне државе, може произвести дејства у другој држави, уколико њено право познаје исту или сличну врсту стварног права или, пак, врсту стварног права које је функционално упоредиво и еквивалентно стварном праву стеченом у иностранству (тзв. метод транспозиције). Шта више, предлаже се да страна стварна права треба увек признавати, осим ако су њихова дејства „нетолерантна“ у домаћем правном поректу (теорија прихватања, метод интеграције).<sup>31</sup> На овај начин се заобилазе препреке које поставља принцип *numerus clausus*, што значи да заиста постаје излишно истицати да је његово очување у праву државе где се ствар налази сметња аутономији воље за стварна права са елементом иностраности.<sup>32</sup>

Најзад, сматра се да споразумни избор меродавног стварноправног статута не може штетити интересима трећих лица,<sup>33</sup> јер се располагање стварним правима одвија према нормама материјалног стварног права без пристанка трећих лица, па се не види разлог због чега би у односима са елементом иностраности трећа лица имала бољи статус. Када је реч о (необезбеђеним/не-заложним) повериоцима као трећим лицима њихови интереси не могу да буду угрожени, јер наплата њихових потраживања није везана за конкретну ствар него за комплетну имовину дужника,<sup>34</sup> а он може слободно располагати својом имовином. Наравно, повериоцу стоје на располагању правна средства у извршном и стечајном поступку која се, по правилу, одвијају у држави где се налази имовина дужника и процесна правила ове државе одређују права и ранг поверилаца (*lex*

30 *Ibid.*, стр. 23.

31 Ово становиште полако постаје владајуће у немачкој литератури која сматра да управо на такав начин треба тумачити чл. 43 ст. 2 ЕГБГБ. Види Christiane Wendehorst, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–46), Internationales Privatrecht*, München 2006, Art. 43, Rn 152–154; Thomas Rauscher, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 2009, стр. 328; Max Johann Lipsky, *Statuenwechsel im italienischen Sachenrecht – Auswirkungen auf den Im- und Export von Mobiliarsicherheiten*, Frankfurt am Main, 2011, стр. 141 и даље.

32 A. Flessner, *нав. чланак*, стр. 24–25.

33 *Ibid.*, стр. 26.

34 Ако поверилац жели да се намира из конкретне ствари, он мора на тој ствари стећи право обезбеђења (нпр. залога). Флеснер истиче да намирање из заложне ствари не представља саставни део правила о општој заштити поверилаца (A. Flessner, *нав. чланак*, стр. 27).



*loci concursus*). За право принудног извршења и стечајно право, којима се на општи начин штите и остварују права повериоца, потпуно је ирелевантно питање где је и према ком праву имовина дужника стечена. Зато се не види ваљан разлог због којег би странкама било забрањено да споразумно изаберу стварноправни статут.<sup>35</sup>

### б) Спречавање мобилној сукоба закона

У прилог аутономије воље у стварноправним односима са елементом иностраности њене присталице наводе и да се споразумним избором стварноправног статута може избећи мобилни сукоб закона.<sup>36</sup> Пре свега, мисли се на спречавање тзв. квалификованог мобилног сукоба закона – тј. када покретна ствар мења место (државу) налажења пре него што су се остварили сви неопходни услови за стицање или престанак стварног права, па се поставља питање према ком праву, старом или новом *lex rei sitae*, треба окончати започето стицање (престанак) стварног права или, пак, треба оба статута сукцесивно примењивати.

Овај облик мобилног сукоба закона редовно се доводи у везу са стицањем стварних права на покретним стварима закључивањем послова међународног трговачког промета код којих роба (покретне ствари) треба да буде испоручена из једне у другу државу, а притом у тренутку преласка ствари преко границе стицање стварног права још није окончано према праву државе извоза (државе отпремања ствари). У литератури се дуго сматрало да је најправичније сукцесивно примењивати ранији и нови *lex rei sitae*, тј. сваки стварноправни статут треба применити само на оне чињенице које су се оствариле док се покретна ствар налазила под његовим окриљем,<sup>37</sup> док у новије време преовлађује становиште (које је потврђено и у упоредном законодавству<sup>38</sup>) да на све чињенице треба примењивати актуелни *lex rei sitae* (дакле, и чињенице настале под окриљем ранијег статута сматрати као да су остварене у актуелном месту налажења ствари).<sup>39</sup> Ипак, још увек постоје извесне разлике међу државама у приступу решавања мобилних сукоба закона, тако да се дилеме и проблеми у примени правила *lex rei sitae* и

35 А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 26–29.

36 Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170 (Rn 283); R. H. Weber, *нав. чланак*, стр. 519.

37 Види нпр. P. Lalive, *нав. дело*, стр. 150.

38 Види чл. 102 ст. 1 ЗМПП Швајцарске; чл. 43 ст. 3 Уводног закона за Грађански законик СР Немачке (ЕГБГ).

39 Вид. К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 54–55; J. Kropholler, *нав. дело*, стр. 527; Abbo Junker, *Internationales Privatrecht*, München, 1997, стр. 410; G. Kegel, K. Schurig, *нав. дело*, стр. 668; Поликсена Гавроска, Тони Дескоски, *Мејународно приватно право*, Скопје, 2011, стр. 300.

даље могу јавити.<sup>40</sup> Зато, да странке не би размишљале и стрепеле да ли нови *lex rei sitae* уважава чињенице које су настале под окриљем ранијег стварноправног статута и бавиле питањем „накнадно“ решавања мобилног сукоба закона, сматра се да оне својим споразумним избором меродавног права за стицање стварног права решавају овај проблем и за себе стварају правну сигурност (у литератури се предлаже да могу изабрати инцијални или нови *lex rei sitae* или право меродавно за правни посао).<sup>41</sup>

## 2. Ограничена аутономија воље

Присталице аутономије воље углавном се залажу за ограничену аутономију воље у овој материји.<sup>42</sup> Предлаже се да се странкама допусти ограничен избор права у две ситуације: када располажу стварним правима на стварима пословима међународног промета и када располажу стварним правима на стварима у транзиту.<sup>43</sup>

### а) Располагање пословима међународног промета

„Располагање покретним стварима пословима међународног промета“ означава ситуацију у којој се покретне ствари (роба), на којима се стиче или преноси стварно право, испоручују из једне у другу државу<sup>44</sup> (било да је у питању роба било индивидуално одређена ствар, било да је реч о правном послу између привредних субјеката или лица грађанског права). Дакле, није довољно да правни посао (уговор) којим се преноси стварно право буде на било који начин повезан са неким страним правним поретком, већ он мора имати за предмет ствари које се извозе из једне, а увозе у другу државу. Притом, ову ситуацију треба строго разликовати од *res in transitu* (којима се такође располаже прекогранич-

40 О евентуалним разликама у поједним државама види више код Р. Fisch, *Eigentumserwerb, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsrechte*, стр. 27 и даље.

41 У том смислу Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 169–170, 175.

42 Упореди Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 175; U. Drobniг, *нав. чланак*, стр. 150; Р. Fisch, *Eigentumserwerb, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsrechte*, стр. 28; J. von Hein, *нав. чланак*, стр. 117; D. Einsele, *нав. чланак*, стр. 437 и даље; R. H. Weber, *нав. чланак*, стр. 528–529.

43 Постоји (додуше усамљен) предлог да се аутономија воље за стварна права допусти и када припадници одређене групе, која има снажну везу са државом која није држава у којој се ствар налази, међусобно располажу својим покретним стварима (тако Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 157–158 и 172, који, додуше, говори о претпостављеној аутономији воље у прилог државе заједничког уобичајеног боравишта припадника групе).

44 У том смислу и С. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 134; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 173.

ним правним пословима), јер овде долази до располагања са ствари пре њеног транспорта, тј. док се она још увек налази у држави отпремања (држави извоза).<sup>45</sup>

Међу присталицама аутономије воље влада, готово, неподељено мишљење да споразумни избор меродавног права треба да буде допуштен за стицање и престанак стварних права пословима међународног промета,<sup>46</sup> а као један од главних разлога наводи се спречавање мобилног сукоба закона, с обзиром да се избором једног меродавног права овај проблем избегава, а странке са сигурношћу могу очекивати да се услови за стицање стварног права оцењују према изабраном праву.<sup>47</sup> Што се тиче круга изаберивих права, сматра се да странкама треба допустити да као стварноправни статут изаберу право државе извоза, право државе увоза или право меродавно за правни посао на основу кога се стиче стварно право.<sup>48</sup> Избором права меродавног за правни посао странке могу усагласити стварноправни статут са уговорним статутом, с обзиром да је располагање покретним стварима, са својим облигационим и стварноправним дејствима, јединствени подухват на који би ваљало применити један правни поредак.<sup>49</sup> Када је реч о стварним правима обезбеђења, у новијој литератури има мишљења да кругу изаберивих права треба додати и право које меродавно за уговор о кредиту, јер је, како се истиче, стварно право обезбеђења у суштински блиској вези са уговором о кредиту који представља трајнији однос, а не са основим правним послом (нпр. уговором о продаји) који престаје чим странке испуне своје обавезе.<sup>50</sup>

Подељена су мишљења, да ли аутономија воље треба да има *inter partes* или *erga omnes* дејство, премда у последње време све више преовлађује становиште да јој треба дати *erga omnes* дејство (тј. да има

45 Тако јасно С. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 134.

46 А. Flessner, *нав. дело*, стр. 21; D. Einsele, *нав. дело*, стр. 441–442; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 175; U. Drobniг, *нав. чланак*, стр. 150–151; J. Kropholler, *нав. дело*, стр. 523.

47 Тако пре свих Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170 (284). Код послова међународног промета до мобилног сукоба закона може доћи, примера ради, због дивергенције услова за стицање и престанак стварних права које предвиђају правни системи државе извоза и државе увоза – нпр. једна држава предвиђа систем традиције за стицање својине, а друга консенсуални систем или државе предвиђају различите услове за стицање неког стварног права обезбеђења, нпр. задржавање права својине.

48 Тако Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 175; J. Kropholler, *нав. дело*, стр. 523. Дробних сматра да треба ограничити избор само на право државе отпремања и право државе одређишта (U. Drobniг, *нав. чланак*, стр. 150).

49 D. Einsele, *нав. чланак*, стр. 438; R. Н. Weber, *нав. чланак*, стр. 519–520; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170, 175.

50 Тако А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 35.

дејство и према трећим лицима).<sup>51</sup> Поједини аутори који се залажу за *erga omnes* дејство сматрају да ипак треба одступити од аутономије воље у случајевима када интереси промета и заштите трећих лица то нужно захтевају и применити право места где се ствар налази. То би, примера ради, био случај када право места налажења ствари захтева регистрацију стварног права (нпр. упис у регистар задржавања права својине које од момента уписа производи дејства према трећим лицима).<sup>52</sup> Поборници *inter partes* дејства, пак, сматрају да се у односу на трећа лица, ради заштите њихових интереса, увек мора примењивати *lex rei sitae*.<sup>53</sup>

Најзад, подељена су мишљења да ли аутономија воље мора да буде изричита или је довољна и прећутна аутономија. Чини се да преовлађује становиште да аутономија воље може бити и прећутна.<sup>54</sup>

### б) *Res in transitu*

Присталице аутономије воље предлажу споразумни избор права и за стицање и престанак (односно пренос) стварних права на стварима у превозу (*res in transitu*). Истиче се да је допуштање споразумног избора стварноправног статута у овом случају првенствено у интересу странака, с обзиром да се овим стварима располаже у тренутку када се оне налазе у транзитној држави (место налажења ствари) са којом ствар нема довољно снажну везу или чак на отвореном мору када уопште и нема места налажења ствари.<sup>55</sup> Исто као и код послова међународног трговачког промета, избор треба ограничити на право државе отпремања ствари или право државе одредишта, а према појединим ауторима треба као алтернативу додати и право меродавно за правни посао на основу кога се стиче стварно право. Избор права може бити и прећутан.<sup>56</sup>

51 Упореди А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 26 и даље, стр. 38–39; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170–171; D. Einsele, *нав. чланак*, стр. 437 и даље; U. Drobnig, *нав. чланак*, стр. 150–151; за *inter partes* дејство види Н. G. Gottheimer, „Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen“, *RabelsZ*, бр. 18/1953, стр. 356 и даље; К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 81–82.

52 Упореди Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 170–171.

53 Тако Н. G. Gottheimer, *нав. чланак*, стр. 356 и даље; К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 81–82.

54 За изричиту и прећутну се залаже Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 169–171, 175; А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 38–39, R. H. Weber, *нав. чланак*, стр. 528, а за искључиво изричиту U. Drobnig, *нав. чланак*, стр. 150–151; J. von Hein, *нав. чланак*, стр. 117.

55 Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 234, 236; С. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 155.

56 Види *ibid.*

в) *Врсте стварних права и обим аутономије воље*

Присталице аутономије воље сматрају да ограничена аутономија воље странака (у обе горе описане ситуације) важи како за право својине тако и за стварна права обезбеђења на покретним стварима која настају на основу правног посла (задржавање права својине, ручна залога и разни облици бездржавинских заложних права која се уговарају у прекограничном трговачком промету).<sup>57</sup> Ипак, важно је указати (што неретко чине и саме присталице аутономије воље) да код стварних права обезбеђења може настати проблем, ако странке за стицање овог права изаберу право државе одредишта које захтева да се ово право упише у јавни регистар. Да ли странка која треба да стекне стварно право обезбеђења може да захтева да се оно упише у регистар државе одредишта, пре него што је ствар доспела на њену територију, зависи искључиво од међународног приватног права ове државе, тј. њених правила о мобилном сукобу закона и њеног става према аутономији воље, тако да се странке морају унапред обавестити о садржини овог правног система.<sup>58</sup>

На крају, такође ваља нагласити да није спорно да се споразумни избор меродавног стварноправног статута односи на услове за стицање и престанак стварних права. Међутим, питање је, да ли избор права важи и за њихову садржину и дејства. Када је реч о праву својине на покретној ствари, ово питање не изазива полемике, с обзиром да су својинскоправна овлашћења и њихова „реализација“ у великој мери уједначена у различитим правним системима. Стога, када се утврди да је право својине стечено према споразумно изабраном меродавном праву, постаје готово свеједно да ли ће се својинскоправна овлашћења ценити према овом статуту или према праву места где се покретна ствар у том тренутку налази. Међутим, када је реч о стварним правима обезбеђења, питање добија на значају, јер се облици и врсте ових стварних права различито уређују од државе до државе и свака држава настоји да у оквирима свог правног система очува свој *numerus clausus* стварних права обезбеђења. Проблем, заправо, настаје када дође до тзв. простог мобилног сукоба закона, тј. када се покретна ствар на којој је стечено стварно право обезбеђења премести из једне државе у другу државу (актуелни *lex rei sitae*) у којој се постави питање његовог дејстава. Ако је актуелном *lex rei sitae* непознато страно стварно право обезбеђења, у први план избија питање признања његових дејстава у овом прав-

57 Упореди U. Drobniг, *нав. чланак*, стр. 150; H. Stoll, *нав. дело*, стр. 171 (Rn 285); A. Flessner, *нав. чланак*, стр. 33–38.

58 На ове проблеме нарочито указују Anton Heini, *IPRG Kommentar*, Art. 104, Zürich, 1993, стр. 831–832; K. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 103.

ном поретку (метод транспозиције и прилагођавања). Из ових разлога већина присталица аутономије воље сматра да споразумни избор права за питања садржине и дејстава стварних права обезбеђења има мало смисла (па чак и када би се изабрало право државе одредишта као *lex futuri sitae* које касније постаје актуелни статут), јер се она готово увек решавају у оквиру материјалног права актуелног стварноправног статуса (права државе у којој се ствар налази у тренутку када се ова питања постављају).<sup>59</sup>

### 3. ЗМПП Швајцарске

Прва национална кодификација међународног приватног права (до недавно и једина) која је странкама допустила да споразумно бирају меродавно право за стварноправне односе са елементом иностраности јесте швајцарски Закон о међународном приватном праву из 1987. године. Као и остале кодификације у упоредном праву, и швајцарски ЗМПП предвиђа примену *lex rei sitae* као опште правило за стварна права на покретним стварима (чл. 100), као и неколико посебних колизионих правила,<sup>60</sup> укључујући и правила за решавање мобилног сукоба закона (чл. 102). Ипак, оно што овај закон издваја од осталих јесте давање слободе странкама да, под одређеним условима, изаберу меродавни стварноправни статут. Према одредби чл. 104 ст. 1 швајцарског ЗМПП, „за ствари и имовина и имовина ствари на покретној ствари странке моју изабрати право државе одређеног места или право државе одређеног места или право које је меродавно за ствари имовина на основу која се ствари или имовина ствари право“. У ст. 2 овог члана изричито се наводи да „избор права не може утицати на трећа лица“. Као што се може видети швајцарски законодавац је предвидео ограничену аутономију воље за стварноправне односе са елементом иностраности која има *inter partes* дејство.

Из одредбе чл. 104 ст. 1 проистиче да је споразумни избор права могућ само у ситуацијама у којима се покретним стварима располаже правним пословима и то тако да се оне извозе/увозе (отпремају/допремају) из једне у другу државу. То значи да се ова одредба примењује на ситуацију коју смо у овом раду назвали „располагање покретним

59 С. Raffenholtz, *нав. дело*, стр. 77. Ипак, у литератури има мишљења да, ако се увече као јединствено правило у право ЕУ, аутономија воље треба да обухвати и питања садржине и дејстава стварних права обезбеђења (тако А. Flessner, *нав. чланак*, стр. 34).

60 Ствари у транзиту (чл. 101), средстава превоза (чл. 107), задржавање права својине на покретној ствари намењеној извозу (чл. 103) и робне хартије од вредности (чл. 106).

стварима пословима међународног промета“, као и на *res in transitu*.<sup>61</sup> Странке могу бирати право државе одашиљања, право државе одређишта или право меродавно за правни посао. Избор права може бити изричит или прећутан. Прећутан избор значи да из околности случаја мора јасно да произилази да су странке желеле примену одређеног правног поретка за своје стварноправне односе.<sup>62</sup> Изабрани стварноправни статут примењује се на стицање и престанак стварног права, док се на садржину и вршење (дејства) примењује право које се одређује на основу објективне тачке везивања (тј. право које је меродавно у одсуству аутономије воље – а то је *lex rei sitae* или *lex loci destinationis*).<sup>63</sup>

Према одредби чл. 104 ст. 2, споразумни избор меродавног права делује искључиво *inter partes* и не може утицати на права трећих лица. За права трећих лица важи право које је меродавно у одсуству избора (то може бити *lex rei sitae*, али и *lex loci destinationis* када је реч о *res in transitu*), а швајцарски коментатори се слажу да се трећа лица могу једнако позивати како на право које је меродавно у одсуству избора и тако и на право које су странке изабрале.<sup>64</sup> У једном делу швајцарске литературе ограничавање на *inter partes* дејство наишло је на критике.<sup>65</sup> Наводи се да *inter partes* дејство доводи до тога да странке морају да воде рачуна, не само о праву које су изабрале, већ и о праву које би било меродавно у одсуству њиховог избора, као и да испуне услове за стицање стварног права које ово право предвиђа. То за њих представља додатно оптерећење и ствара правну несигурност, јер оне често не могу унапред предвидети да ли ће се уопште појавити треће лице, те да ли ће се оно позвати на неко друго право, а не на оно које су оне изабрале.<sup>66</sup> Према томе, ово становиште сматра да је *inter partes* дејство у супротности са интересима странака.

Швајцарски аутори истичу да аутономија воље важи за све врсте стварних права на покретним стварима, али да је њена примена ипак најзначајнија код стицања и престанка права својине на покретним стварима које су намењене међународном трговачком промету или се налазе у транзиту.<sup>67</sup> Када је реч о стварноправним средствима обезбеђења, странке такође могу користити могућност избора права, али може настати проблем да ли такво стварно право може бити при-

61 Види Anton Heini, *IPRG Kommentar*, Art. 104, Zürich, 1993, стр. 831; Pius Fisch, *Internationales Privatrecht – Basler Kommentar*, Art. 104 IPRG, Basel, 2007, стр. 718.

62 P. Fisch, *нав. дело*, стр. 719.

63 A. Heini, *нав. дело*, стр. 831; P. Fisch, *нав. дело*, стр. 718.

64 A. Heini, *нав. дело*, стр. 832; P. Fisch, *нав. дело*, стр. 721.

65 P. Fisch, *нав. дело*, стр. 720–722.

66 *Ibid.*, стр. 721.

67 A. Heini, *нав. дело*, стр. 832; P. Fisch, *нав. дело*, стр. 718.

знато у новом месту налажења ствари, што редовно зависи од његових материјалноправних прописа (*numerus clausus* принципа) и важећих метода признања страних стварних права (нпр. методе транспозиције).<sup>68</sup> Ипак, истиче се да, свакако, има смисла да странке за своје стварно право обезбеђења изаберу право државе одредишта, јер у тој држави оно треба да произведе дејства и да, евентуално, буде извршено (осим ако се ствар не премести даље, у неку трећу државу).<sup>69</sup> Међутим, већ смо видели да и у овом случају може настати проблем, уколико право државе одредишта захтева да се стварно право обезбеђења упише у јавни регистар.<sup>70</sup>

Као једна од главних предности аутономије воље наводи се да странке могу изабрати швајцарско право, уколико оно спада у једну од понуђених опција (нпр. Швајцарска је у конкретном случају држава увоза или извоза), и да притом пророгирају надлежност швајцарског суда за евентуалне спорове.<sup>71</sup> На овај начин оне обезбеђују да њихов споразумни избор меродавног стварноправног статута буде пуноважан, јер ће швајцарски суд сходно чл. 104 ЗМПП уважити избор странака. У супротном, ако би за евентуалне спорове био надлежан страни суд, допуштеног споразумног избора права би зависила од међународног приватног права те државе (које вероватно не дозвољава аутономију воље у стварноправним односима са елементом иностраности).<sup>72</sup>

#### 4. ЗМПП Холандије

Друга, такође једна од ретких, кодификација која предвиђа могућност споразумног избора стварноправног статута јесте Закон о међународном приватном праву Холандије из 2011. године.<sup>73</sup> Холандски ЗМПП такође поставља примену права места налажења ствари као основно колизионо правило за стварна права на покретним стварима,<sup>74</sup>

68 А. Heini, *нав. дело*, стр. 832.

69 Р. Fisch, *нав. дело*, стр. 720.

70 Исто тако *ibid.*, стр. 720.

71 *Ibid.*, стр. 719, 720.

72 На проблем допуштености аутономије воље у страном међународном приватном праву указује и Hans Hansich, „Besitzlose Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland“, у: *FS Rudolf Moser – Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts*, Zürich, 1987, стр. 31.

73 Превод Закона о међународном приватном праву Холандије на енглески језик објављен је у *Yearbook of Private International Law*, Volume 13/2011, стр. 657–694 (текст су превели проф. др М. Н. ten Wolde, др J.G. Knot и др N. A. Vaarsma). Превод овог закона на немачки језик објављен је у *RabelsZ*, бр. 78/2014, стр. 615–665 (текст је превео проф. др Kurt Siehr).

74 Чл. 127 ст. 1 ЗМПП Холандије.



али поред тога садржи одредбе које прецизирају примену општег правила (решавање мобилног сукоба закона<sup>75</sup>), одредбе које предвиђају одступања од примене општег правила (средства превоза,<sup>76</sup> ствари у превозу<sup>77</sup> итд.), као и одредбе које допуштају странкама да под одређеним условима изаберу меродавни стварноправни статут.

Споразумни избор меродавног права за стварна права на покретним стварима изричито је предвиђен у холандском ЗМПП-у за задржавање права својине на ствари која је намењена извозу.<sup>78</sup> Према чл. 128 ст. 1 ЗМПП Холандије, за стварноправна дејства задржавања права својине меродавно је право државе у којој се ствар налази у време испоруке. Ипак, странке могу, сходно ст. 2 овог члана, за стварноправна дејства задржавања права својине на покретној ствари која је намењена извозу изабрати право државе одредишта (државе увоза), под условом да према том праву задржавање права својине не губи дејства све док купопродајна цена не буде у потпуности исплаћена, као и да ствар заиста буде увезена у државу одредишта (ако ствар не доспе у државу одредишта, избор меродавног права је непуноважан). Приликом редиговања ове одредбе холандски законодавац је, како се истиче, првенствено имао у виду холандске извознике који би, када робу извозе у Немачку, могли да изаберу за задржавање права својине немачко право и тиме себи обезбеде шири концепт задржавања права својине које познаје немачки правни поредак, а то је задржавање права својине са производном клаузулом.<sup>79</sup> Овај облик задржавања права својине проширује ово право и на ствари (робу) које су произведене од ствари које су предмет уговора о продаји, тако да избором немачког права холандски извозници могу бити у бољој позицији.<sup>80</sup>

Иако холандски законодавац није изричито предвидео каква дејства има споразумни избор права из чл. 128 ЗМПП, у литератури се

75 Чл. 127 ст. 5 и чл. 130 ЗМПП Холандије.

76 Чл. 127 ст. 2 и 3 ЗМПП Холандије.

77 Чл. 133 ЗМПП Холандије.

78 Холандски законодавац предвиђа и могућност тзв. посредног избора меродавног права за стварна права, предвиђајући да се на стицање стварног права у појединим ситуацијама примењује право које је меродавно за правни посао за који странке могу споразумно изабрати меродавно право. Чл. 129 ЗМПП Холандије предвиђа такву могућност за право ретенције, чл. 132 ЗМПП за пренос права својине путем *cessio vindicationis* на укреденој осигураној ствари (примењује се право меродавно за уговор о осигурању) и чл. 133 ЗМПП за ствари у транзиту.

79 Jeroen van der Weide, „Party Autonomy in Dutch International Property Law“, у: Roel Westrik, Jeroen van der Wiede (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munich, 2011, стр. 51–52.

80 *Ibid.* О установи задржавања права својине у Немачкој види више код Hansjörg Weber, Jörg-Andreas Weber, *Kreditsicherungsrecht*, München, 2012, стр. 151 и даље, посебно 168–175.

могу наћи мишљења да ова аутономија воље има *inter partes* дејство, али да то није много видљиво, пошто ће се на дејства и евентуално извршење овог стварноправног средства обезбеђења примењивати право државе одредишта.<sup>81</sup> Бирањем права државе одредишта странке заправо бирају право будућег (следећег) места налажења ствари које ће се примењивати на садржину, дејства и извршење задржавања права својине (у том месту ће се највероватније и водити спор и тамошњи суд ће примењивати своје право као *lex rei sitae*). Ипак, проблем може настати, ако право државе одредишта захтева да се задржавање права својине упише у регистар.

### 5. Заузимање сопственог става о аутономији воље странака за стварна права на покретним стварима

Дискусија о аутономији воље у стварноправним односима са елементом иностраности започета је пре више деценија и може се рећи да тек у новије време постаје заокружени концепт који би могао бити општеприхваћен како у литератури тако и у кодификацијама посвећеним међународном приватном праву. Ипак, чини се да још увек није дошло време за такав корак (чак ни за комунитарно међународно приватно право).

Код располагања покретним стварима пословима међународног промета (укључујући и располагање са *res in transitu*) заиста избија у први план интерес странака односно стицаоца стварног права да са сигурношћу зна када и према ком праву су испуњени услови за стицање стварног права на покретној ствари која „путује“ из државе у државу. Споразумни избор стварноправног статута (права државе отпремања/одашиљања, права државе одредишта или права меродавног за правни посао) омогућава странкама да префектно уреде своју трансакцију, предупреду проблем мобилног сукоба закона и унесу правну сигурност у свој однос. С друге стране, чини се да су интереси заштите правног промета помало „прецењени“, ако се има у виду да се права обичних (необезбеђених) поверилаца као трећих лица заиста не односе на конкретну ствар него на целокупну имовину дужника којом он у принципу, сходно правилима било ког националног материјалног стварног права, може слободно располагати. Међутим, иако се понекад преувеличава значај интереса трећих лица, не може се занемарити чињеница да се њима мора у одређеним ситуацијама дати примарни значај. Такође, када им се придода интерес очувања међународне хармоније одлучивања и оправданих очекивања странака, остаје мало наде (што ћемо видети у

81 J. van der Weide, *нав. чланак*, стр. 56.

наредним пододељцима) да аутономија воље заиста може спречити настанак мобилног сукоба закона и остварити интересе странака.

### а) *Заштита интереса трећих лица и аутономија воље*

Присталице аутономије воље с правом истичу да се, понекад, заштити интереса трећих лица даје превелики значај у стварноправним односима са страним елементом који за предмет имају покретне ствари. Међутим, чињеница је да они постоје и да могу играти важну улогу, тј. да постоје ситуације у којима се овим интересима мора дати предност.

Најпре, кад год се располаже туђим стварима, аутономијом воље странака (неовлашћеног продавца и купца) могла би се исходити примена стварноправног статута који је садржи повољнија правила за стицање својине од невластника. Овај избор не само да није видљив за оригиналног власника ствари (који је у односу на неовлашћеног продавца и купца треће лице), већ га може ставити у неповољнији положај него што то предвиђа *lex rei sitae*, нарочито ако се има у виду да многа национална права предвиђају да се савесност стицаоца (купца) претпоставља док се супротно не докаже.<sup>82</sup> Поред тога, могућност избора меродавног стварноправног статута који садржи повољнија правила може у овим ситуацијама представљати индицију да је купац био несавестан, што изостаје код примене објективног колизионог правила (*lex rei sitae*) које штити и интересе савесног купца као трећег лица (он представља треће лице у односу на неовлашћеног продавца и власника ствари).

Поред тога, према нашем мишљењу, заштита интереса трећих лица не подразумева стављање у први план интересе необезбеђених поверилаца који своја права остварују према правилима стечајног и извршног поступка. У односу на њих се и не поставља питање да ли је и према ком националном праву дужник (над чијом имовином је отворен стечајни или покретнут извршни поступак) стекао стварно право на некој покретној ствари која чини саставни део његове имовине, нити они могу (тј. нити су могли) на то утицати. У први план треба ставити интересе оних трећих лица која истичу да имају неко стварно право на ствари. То могу бити лица која сматрају да су власници ствари, као што је то у горе поменутој ситуацији неовлашћеног располагања туђом ствари (стицање од невластника) где се, зависно од аспекта посматрања, и савесни купац и оригинални власник ствари јављају као трећа лица. Такође, ако продавац два пута прода исту покретну ствар различитим купцима, они се јављају као трећа лица која претендују на ствар (други купац је треће лице у односу на продавца и првог купца односно

82 Слично и С. Paffenholz, *нав. дело*, стр. 168.

први купац је треће лице у односу на продавца и другог купца). У овој консталацији чињеница не би имало елементарне логике да споразумни избор стварноправног статута који су учинили продавац и први купац обавезује и другог купца као треће лице. Ако би се то допустило, озбиљно би се нарушила правна сигурност правног промета. Најзад, и заложни односно обезбеђени поверици представљају трећа лица о чијој се заштити свакако мора водити рачуна.

Имајући ово у виду, чини се да има потпуног оправдања да приме-на *lex rei sitae* и даље представља примарно колизионо правило за стварна права на покретним стварима. Ако би се допустила, аутономија воље странака би морала да има *inter partes* дејство, јер јој је оно иманентно – реч је споразуму странака о меродавном праву који нужно важи *inter partes*, јер је у питању споразум (уговор). Странка, која на основу права изабраног овим споразумом сматра да је стекла стварно право на ствари, може то без икакве сумње да истиче према свим трећим лицима. Али, сам споразум о избору права не може да обавезује трећа лица, већ она заштиту својих права заснивају на основу правног поретка који је меродаван за та њихова права.

б) *Међународна хармонија одлучивања и ојравдани интереси странака – „мала нада“ за сјречавање мобилној сукоба закона*

Чини се да у овом тренутку аргументи у прилог аутономије воље у приличној мери губе на значају када се размотри интерес за остварењем међународне хармоније одлучивања и принцип оправданих очекивања странака који је са њиме уско повезан. Притом, међународну хармонију одлучивања у овом случају не треба посматрати као апстрактни идеал коме се (додуше, неретко) прибегава да би се теоријски утемељила поједина становишта (па чак и поједини институти у међународном приватном праву – на пример, *renvoi*), већ је треба посматрати практично, како из угла државе која допушта аутономију воље, тако и из угла самих странака које користе ово субјективно овлашћење.

Наиме, ако би се у међународном приватном праву Србије допустила могућност да странке споразумно изаберу меродавни стварноправни статут за стицање стварног права на покретној ствари, може се поставити питање да ли ће овај избор бити допуштен и пуноважан у страној држави у коју је покретна ствар доспела (држава одредишта) и где се поводом ове ствари води стварноправни спор? Ако се имају у виду колизиона решења у страним међународним приватним правима, лако је уочити да аутономија воље у овој материји у принципу није допуштена. Видели смо да су веома ретки правни пореци у Европи чија

колизиона правила допуштају споразумни избор права, тј. то чине само Швајцарска и Холандија у ограниченом обиму са *inter partes* дејством. Због тога ће одговор на постављено питање често бити негативан, тј. споразумни избор меродавног стварноправног статута (које би допуштало српско право) не би се уважио пред страним судом, јер његово међународно приватно право (највероватније) не допушта аутономију воље код стварних права са елементом иностраности – страни суд би пошао од правила *lex rei sitae*. То значи да се странке не могу поуздати у то да ће својим избором меродавног права избећи проблем мобилног сукоба закона. С друге стране, могло би се, барем на први поглед, рећи да странке неће бити у проблему, ако изабрани статут у конкретном случају коинцидира са *lex rei sitae*, тј. са правом државе одредишта. Међутим, и ту могу настати проблеми, јер ће суд државе одредишта, с обзиром да не уважава споразумни избор права, применити сопствена правила о решавању мобилног сукоба закона која могу указати не примену ранијег или актуелног *lex rei sitae* или чак налагати сукцесивну примену оба *lex rei sitae*, тако да странке ни тада нису у пуно бољој позицији нити могу избећи накнадно решавање мобилног сукоба закона. Из тог разлога се потпуно оправдано у литератури истиче да увођење споразумног избора стварноправног статута у један правни систем, који је у већини правних система у Европи и свету недопуштен, нарушава међународну хармонију одлучивања и ствара привид за странке да се могу поуздати у колизиона правила тог правног система, не узимајући у обзир право државе у којој се ствар налази.<sup>83</sup> Имајући у виду да се „опстанак“ споразумно изабраног меродавног стварноправног статута доводи у питање чим ствар „пређе“ границу, може се рећи да се на овај начин вређају оправдана очекивања странака.<sup>84</sup> Ипак, као контрааргумент могло би се навести да странке могу, уз избор меродавног права, да изаберу и надлежност суда који допушта аутономију воље и тако обезбеде пуноважност свог споразумног избора стварноправног статута. Ова могућност би могла функционисати, уколико би држава пророгираног суда (која допушта аутономију воље) истовремено била и држава одредишта чије су право странке изабрале.

#### в) Посебно о стварним правима обезбеђења

Важно је још једном напоменути да споразумни избор стварноправног статута за стицање стварних права обезбеђења може бити проблематичан. Чак и ако изаберу право државе одредишта (што је

83 Видети пре свих К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 76–81.

84 *Ibid.*, стр. 77.

често најлогичнији избор), странке не могу бити сигурне да ли ће ово право (*lex situs futuris*) уважити правне радње које су оне предузеле за креирање стварног права обезбеђења док се покретна ствар налазила у држави одашиљања. А уколико се за пуноважно стицање стварног права обезбеђења тражи упис у регистар државе одредишта, спорно је да ли је овај упис могућ пре него што ствар доспе на територију државе одредишта (пре него што се уопште испуне услови за примену права ове државе – услов је да се ствар налази на њеној територији), па чак и ако ствар доспе проблем може настати у погледу рокова за упис који су редовно кратки.<sup>85</sup> Према томе, проблем квалификованог мобилног сукоба закона се никако не може са сигурношћу избећи, осим ако међународно приватно право државе одредишта такође допушта аутономију воље у овој материји.

Када је реч о једноставном мобилном сукобу закона који рађа проблем признања непознатих страних стварних права обезбеђења, колизионоправна аутономија воље постаје беспредметна, с обзиром да признање страног стварног права обезбеђења представља материјалноправни проблем који се решава у оквира актуелног стварноправног статута.

### *i) Закључна оцена*

Имајући у виду претходно речено, можемо закључити да аутономија воље у материји стварноправних односа са елементом иностраности још увек не представља колизионо решење које у сваком случају погодује странкама, а да истовремено није претња за интересе трећих лица, нити може представљати гаранцију да ће проблеми мобилних сукоба закона бити предупређени. Главни разлог за овакав став јесте њена веома слаба прихваћеност у упоредном међународном приватном праву.

Међутим, мишљења смо да би се ограниченој аутономији воље са *inter partes* дејством могао дати простор код стицања и престанка стварних права на стварима у транзиту, с обзиром да је место налажења ових ствари често случајно и без значаја, а истовремено постоји мали простор за евентуално изигравање интереса трећих лица. С друге стране, сматрамо да аутономији воље никако не би требало дати шире поље примене и дејства него што је то предвиђено у швајцарском ЗМПП. Уједно, то би, према нашем мишљењу, била горња граница у овом тренутку, јер сматрамо да швајцарски ЗМПП нуди избалансирано решење, ако се у упореде предности и мане ограничене аутономије воље у овом правном поретку.

85 Тако *ibid.*, стр. 103.

## IV Нацрт ЗМПП

### 1. Увод

Чини се да је наш став о аутономији воље на неки начин дошао до изражаја у колизионим правилима за стварна права на покретним стварима која се налазе у Нацрту новог ЗМПП Србије.<sup>86</sup> Као што смо већ на самом почетку навели, Нацрт ЗМПП садржи правило о аутономији воље за стварна права на стварима у превозу (*res in transitu*) које разматрамо у овом одељку. Ипак, да би се стекла каква-таква слика о колизионоправном режиму стварних права на покретним стварима у Нацрту новог ЗМПП и разумео домаћај правила о аутономији воље, потребно је осврнути се, на кратко, и на општа колизиона правила за стварна права на покретним стварима из овог нацрта.

Ако се упореди са важећим ЗРСЗ, Нацрт ЗМПП доноси велике промене у погледу колизионих норми за стварна права.<sup>87</sup> Једна од најзначајних промена јесте одвојено колизионоправно уређење стварних права на непокретним стварима од стварних права на покретним стварима. Колизиона правила за стварна права на покретним стварима, која можемо означити општим, налазе се у чл. 128 и 129 Нацрта ЗМПП. Према чл. 128 ст. 1, за стицање и престанак стварног права на покретној ствари меродавно је право државе у којој се ствар налази у тренутку остварења последње чињенице на којој се заснива стицање или престанак стварног права – примењује се, дакле, актуелни (нови, последњи) *lex rei sitae*. Одредба става 2 овог члана садржи специјалну супстанцијалну норму која има карактер „помоћног“ правила у тумачењу меродавног права одређеног ставом 1. Овим правилом је постављена фикција да се чињенице или радње непоходне за стицање или престанак стварног права, које су наступиле док се ствар налазила у једној држави, сматрају оствареним и у држави у којој је наступила последња чињеница на којој се заснива стицање или престанак стварног права. На овај начин су чланом 128 успостављена јасна правила за решавање квалификованог мобилног сукоба закона.<sup>88</sup> С друге стране, одредбе чл. 129 Нацрта ЗМПП

86 Текст коначне верзије Нацрта Закона о међународном приватном праву може се наћи на вебсајту Министарства правде Републике Србије (вид. <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-projisa.php>, 1.9.2014).

87 Иако је у основи је задржан исти колизионоправни принцип као и у ЗРСЗ – примена права места налажења ствари, Нацрт ЗМПП посвећује стварноправним односима са елементом иностраности укупно 11 чланова (чл. 123–134).

88 Детаљније о квалификованом мобилном сукобу закона и тумачењу чл. 128 Нацрта ЗМПП види Славко Ђорђевић, „Решавање квалификованог мобилног сукоба закона у стварноправним односима са елементом иностраности“, *Право и њиврега*, бр. 7–9/2013, стр. 417 и даље.

уређују примену методе транспозиције када покретна ствар на којој је у иностранству пуноважно стечено стварно право доспе на територију Републике Србије. У том случају страном стварно право може бити признато у Републици Србији, уколико право Републике Србије уређује облик стварног права које по садржини и дејствима одговара (тј. које је еквивалентно) страном стварном праву (чл. 129 ст. 1). Признање се врши тако што се страном стварно право претвара у еквивалентно домаће стварно право, па се на његову садржину и дејства примењује српско право (чл. 129 ст. 2). Одредбе чл. 129 ст. 3 и 4 садрже посебна правила о транспозицији страних стварних права обезбеђења у домаће регистровано заложно права на покретној ствари којима се уређују дејства уписа у регистар залог.<sup>89</sup>

Као што се може видети, одредбе чл. 128 и 129 Нацрта ЗМПП садрже јасна правила о решавању мобилног сукоба закона која, у приличној мери, умањују потребу за увођењем односно коришћењем аутономије воље. Ово се нарочито може рећи за одредбу чл. 128 ст. 2. Нацрта ЗМПП која предвиђа да се чињенице непоходне за стицање или престанак стварног права које су наступиле док се ствар налазила у једној држави (ранији стварноправни статут) сматрају оствареним и у држави у којој је наступила последња чињеница на којој се заснива стицање или престанак стварног права (актуелни стварноправни статут). То значи да се на све чињенице односно услове за стицање или престанак стварног права (без обзира где су се догодиле) примењује актуелни (нови) стварноправни статут. Ако се има у виду да странке у међународном трговачком промету желе да осигурају да стицање стварног права буде пуноважно и да евентуално произведе дејства у држави у којој покретне ствари треба да буду коначно испоручене<sup>90</sup> (држава одредишта), сасвим је логично да би оне желеле да за своје стварно право изаберу право државе одредишта, уколико им је допуштена могућност избора. Међутим, управо правило из чл. 128 ст. 2 Нацрта ЗМПП обезбеђује примену права државе одредишта и пружа странкама сигурност, тако да се потреба за увођењем аутономије воље у приличној мери умањује када се стварима располаже пословима међународног промета. С друге стране, када је реч о простом мобилном сукобу закона и питању признања

89 О признању и транспозицији непознатих стварних права и тумачењу и примени чл. 129 Нацрта ЗМПП види Славко Ђорђевић, „Транспозиција страних стварних права на покретним стварима према Нацрту Закона о међународном приватном праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2013, стр. 149 и даље.

90 Овде се искључиво мисли на „доспеће“ ствари (робе) на територију државе која представљају њихову дестинацију (одредиште), а не на испоруку ствари као уговорноправног појма. Уговорне стране могу уговорити испоруку на различите и начине и она се може извршити и у држави одашиљања (нпр. уговоре *ex works* клаузулу).



непознатих стварних права у новом месту налажења ствари, очигледно је да је посреди материјалноправни проблем који се решава у оквиру супстанцијалног права актуелног стварноправног статута (српског права), тако да за колизионоправну аутономију воље нема простора.

## 2. Споразумни избор меродавног права за стварна права на ствари у превозу (*res in transitu*)

Чл. 130 Нацрта ЗМПП садржи колизиона правила за стицање и престанак стварних права на стварима у превозу, међу којима се налази и правило о аутономији воље. Дакле, творци Нацрта ЗМПП су се одлучили да „пруже шансу“ аутономији воље за стварна права на *res in transitu*, а разлог за ову одлуку треба тражити у чињеници да ове ствари немају стално место налажења или се оно чак уопште не може утврдити, као и да ствари у транзиту могу мењати дестинацију (државу одредишта), ако се у току превоза више пута располаже овим стварима.

Одредба чл. 130 ст. 1 Нацрта ЗМПП предвиђа да странке за стицање и престанак стварног права на ствари у превозу могу изабрати право које је меродавно за правни посао на основу кога се стиче или престаје то стварно право или право државе отпремања ствари. Овај споразумни избор права има *inter partes* дејство и не утиче на права трећих лица (чл. 130 ст. 3 Нацрта ЗМПП). Ако странке не изаберу један од два понуђена правна поретка, на стицање односно престанак стварног права примењује се, сходно чл. 130 ст. 2 Нацрта ЗМПП, право државе одредишта.

Као што се може видети, Нацрт ЗМПП прихвата ограничену аутономију воље странака за стицање и престанак стварних права на *res in transitu*. Избор права је ограничен на право државе отпремања и право меродавно за правни посао на основу којег се стиче или престаје стварно право. Творци Нацрта ЗМПП су сматрали да није потребно у понуђене опције уврстити и право државе одредишта, с обзиром да се ово право примењује увек у одсуству избора. Заправо, примена *lex loci destinationis* је овде опште колизионо правило, а споразумни избор права представља изузетак (изузетно/посебно правило) којем странке могу прибећи, ако је то у њиховом интересу. Ипак, до споразумног избора права државе одредишта може се доћи „преко“ избора права меродавног за правни посао (на посредан начин): ако странке изаберу да се на стицање и престанак стварног права примењује право меродавно за њихово правни посао које је истовремено и право државе одредишта, то значи да су оне својом вољом дошле до примена права које би било меродавно и на основу објективне тачке везивања.

Споразумни избор стварноправног статута важи само између странака и не може имати утицаја на права трећих лица. Треће лице је свако лице које се налази изван правног посла странака, укључујући и њихове повериоце. Она се, у интересу заштите правног промета, могу позивати на примену објективног колизионог правила.

Одредбе чл. 130 Нацрта ЗМПП ништа не говоре о томе да ли аутономија воље мора бити изричита или је довољна и прећутна аутономија. Ову „ћутњу“ законодавца треба тумачити тако да је допуштен и прећутан споразумни избор стварноправног статута, тј. да из околности случаја јасно произилази да су странке желеле примену одређеног правног поретка за пренос стварног права на покретној ствари. Ипак, само на основу чињенице да су странке изабрале меродавно право за свој уговорни однос не може се тврдити да су исто право желеле и за пренос односно стицање и престанак стварног права на покретној ствари која је предмет тог уговора. Потребно је да постоје и друге индиције које се утврђују разматрањем свих околности конкретног случаја.

Споразумни избор права из чл. 130 Нацрта ЗМПП важи за све врсте стварних права на покретним стварима у транзиту. Ипак његова примена је најзначајнија код стицања и престанка права својине, јер ту изазива најмање проблема. Наравно, странке могу изабрати и меродавно право за стварна права обезбеђења, али тада могу настати познати проблеми о којима смо већ говорили у овом раду. Ако странке изаберу право државе отпремања за своје стварно право обезбеђења, проблем настаје када ствар доспе у право државе одредишта које не познаје овај облик стварног права. Да ли ће непознато страно стварно право обезбеђења производи дејства, тј. бити признато у држави одредишта, зависи од њених материјалноправних прописа (принципа *numerus clausus*) и важећих метода признања страних стварних права. Зато, када је реч о стицању стварних права обезбеђења на *res in transitu*, препоручује се да се странке држе права државе одредишта (које је може бити меродавно на основу објективног колизионог правила из чл. 130 ст. 2 Нацрта или на основу посредне аутономије воље странака „преко“ избора права меродавног за правни посао), да одаберу облик стварног права обезбеђења који овај правни поредак познаје и да испуне услове за његово стицање. Ипак, и тада може настати проблем ако право државе одредишта захтева да се стварно право обезбеђења упише у јавни регистар.

Најзад, треба истаћи да је за странке у већини случајева најпогоднија примена права државе одредишта. Када је право државе одредишта Србија, странкама се може препоручити да изаберу примену права Србије за свој правни посао које је истовремено меродавно и за

пренос стварног права (било на основу објективне тачке везивања било на основу аутономије воље) и да пророгирају надлежност српског суда за своје евентуалне уговорноправне и стварноправне спорове. Ипак, странке могу имати интереса да изаберу друго право, а не право државе одредишта. На пример, продавац и купац су из Србије, а продавчева роба која се превози из Немачке (поручена је од немачког произвођача) у Србију налази се у тренутку располагања у транзиту у Словенији. Продавац и купац уговоре да се роба има испоручити у складиште купца у Босни и Херцеговини (која је, дакле, постаје држава одредишта), а за свој уговор као и за пренос права својине на роби уговоре примену права Србије. Нама се чини да је избор права Републике Србије у овом примеру сасвим логичан и да одговара интересима странака, с обзиром да се трговина робом одвија између страна које имају своја седишта (уобичајена боравишта) у Србији и које најбоље познају српско право.

### 3. Значај чл. 130 Нацрта ЗМПП

Практични значај колизионих правила за стварна права на *res in transitu* одувек је био мали и то не само у нашем, већ и у упоредном међународном приватном праву.<sup>91</sup> У важећем ЗРСЗ за стицање и престанак стварних права на *res in transitu* предвиђена је примена *lex loci destinationis* (чл. 18) и до сада нема ниједне домаће судске одлуке која се односи на примену овог правила. Нема сумње да учесници у међународном промету углавном не размишљају пуно о преносу права својине на роби у транзиту којом тргују и често уопште не долазе у контакт са њом. Приликом трговине овом робом странкама је најважније да одреде када је прешао ризик за случајну пропаст и штету на ствари, ко плаћа превоз, да ли се плаћа и ко плаћа осигурање робе у транспорту исл. Питање својине на роби може се, углавном, поставити када једна страна падне у стечај односно када над њеном имовином треба спровести принудно извршење (па треба утврдити да ли у његову имовину улази и ова роба) или када продавац истом робом тргује два или више пута. Када је реч о стицању стварних права обезбеђења на *res in transitu*, може се рећи да је њихов практични значај још мањи, с обзиром да се стварна права обезбеђења неретко морају унети у регистар једне државе или закључити у посебној форми да би могла производити *erga omnes* дејства (нпр. према нашем ЗОО задржавање права својине има *erga omnes* дејство само ако је насталу у форми јавно оверене исправе; у

91 Види К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 162, који је 1991. г. тврдио да се немачка судска пракса није до тада уопште изјашњавала о томе шта се сматра стварима у превозу и да ли је неопходно формулисати посебну тачку везивања за стицање и престанак стварних права на овим стварима.

Италији мора бити унето у регистар; у Немачкој, пак, задржавање права својине на роби делује *erga omnes* и када је усмено настало).

С обзиром на претходно речено, можемо рећи да увођење аутономије воље за стицање и престанак стварних права на *res in transitu* неће изазвати ни промене ни „потресе“ у пракси. Што се тиче самих странака, оне ће се вероватно субјективно осећати сигурније у правном промету, с обзиром да имају могућност да своју трансакцију и све њене правне последице подвргну једном праву, док се с друге стране правни положај трећих лица неће променити (на њихова права не може утицати аутономија воље).

Ипак, упркос малом практичном значају колизионих правила за стварна права на *res in transitu*, треба поздравити одлуку твораца Нацрт ЗМПП да се уведе аутономија воље, па макар имала веома ограничено поље примене и мали практични значај. Ако овај нацрт постане закон, то ће бити тек трећа кодификација међународног приватног права која предвиђа ограничену аутономију воље у материји стварноправних односа са елементом иностраности. Само оваквим храбрим потезима аутономија воље може у будућности постати општеприхваћени принцип и у овој материји. Када се то догоди, њено поље примене ће се постепено проширивати. У европској литератури није спорно да она треба да буде прихваћена као колизионоправни принцип у комунитарном међународном приватном праву, али још увек постоје несугласице каква аутономија воље треба да буде (ограничена или не, са *inter partes* или *erga omnes* дејством итд.).

**Slavko ĐORĐEVIĆ, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

## **PARTY AUTONOMY TO CHOOSE THE LAW GOVERNING PROPRIETARY RIGHTS IN MOVABLE TANGIBLE ASSETS**

### **Summary**

*In this paper author deals with questions of justification and determination of parties' freedom to choose the law governing proprietary rights in movables assets. Author starts his research with presentation of doctrinal view that considers that party autonomy has to be prohibited because the interests*

*of commercial intercourse and protection of the rights of third parties imply the exclusive application of lex situs rule. After that, author represents another doctrinal view that supports party autonomy in this field of private international law, emphasizing the benefit of contracting parties and evasion of conflict mobile problem as main reasons for permitting the party autonomy, and analyses the conflict rules of Netherland PIL Act and Swiss PIL Act that contain the special rules for party autonomy in international property law. Analysing the different views in literature and the rules of forementioned acts author forms his own view on permission of party autonomy in international property law with the conclusion that lex situs rule must be the primar conflict rule and party autonomy may have the limited scope of application with inter partes effects. At the end, author deals with the conflict rules of the Serbian Draft of new Code on Private International Law that introduce the party autonomy for proprietary rights in res in transitu.*

**Key words:** *lex situs, limited party autonomy, interests of commercial intercourse and interests of parties, conflict mobile, cross-border disposals of movable property, res in transitu, Serbian Draft PIL Code.*

УДК 347.426.6:338.48 ; 366.542

**Јован ВУЈИЧИЋ**

асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## **КОЈИ ОБЛИЦИ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ СУ ПРАВНО РЕЛЕВАНТНИ ПРЕМА ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА И УПУТСТВУ 90/314 О ПАКЕТ АРАНЖМАНИМА?**

### **Резиме**

*У раду су дајни de lege ferenda, али и de lege lata аргументи којима се ојравдава признавање права потрошача да захтевају накнаду нематеријалне штете због губитка уживања у штурисичком путовању. Оваквим решењем се штићи интерес потрошача који заслужује правну заштити, а истовремено се остијаје унутар значења које дозвољава одредба Закона о облиационим односима којом је предвиђена могућност досуђивања новчане накнаде за душевне болове због повреде права личности, ја се не би моило сматрати contra legem. Осим националних пројиса, анализирана су и ујореднојравна решења, и то она која су нашем законодавцу послужила као узор приликом доношења Закона о заштити потрошача. Мисли се на Ујустиво 90/314 о пакети аранжманима као и праксу Суда правде Евројске уније у којој је извршено тумачење појма штете чију накнаду потрошач има право да захтева. Посебна јажна посвећена је пресуди у предмету Leitner коју морају узети у обзир и наши судови, с обзиром да се из Сјоразума о стабилизацији и придруживању, као потврђеној међународној уговора, може извести њихова обавеза да примењују усклађено тумачење домаћих пројиса.*

**Кључне речи:** нематеријална штета, уговорна одговорност за нематеријалну штету, уговор о џуристичком џутовању, Закон о заштити џирошача, џраво Евројске уније.

## I Увод

Повредом уговора од стране дужника, повериоцу може бити проузрокована нематеријална штета,<sup>1</sup> без обзира да ли предмет уговора има за њега имовински или неимовински интерес.<sup>2</sup> Неиспуњењем или неуредним испуњењем уговора може се код повериоца – физичког лица изазвати неугодан осећај, могу му се створити бригае, осећај разочарања, понижења, фрустрације, може му се проузроковати психичка напетост или стрес.<sup>3</sup> Све ове психичке манифестације могу се подвести под појам штете уколико му дамо оно значење које има у свакодневном говору, у смислу „сваке непријатности и сваког пропуштања пријатности“.<sup>4</sup> Међутим, на питање да ли оне представљају штету у правном смислу, не постоји јединствен одговор.

Све је већи број уговора којима није циљ, или не примарно, стицање материјалне користи, већ се односе и на духовну и осећајну сферу човека.<sup>5</sup> Приликом закључења уговора једна страна може очекивати да ће испуњењем обавезе друге стране бити задовољени неки њени нематеријални интереси, при чему другој страни то може, а у неким случајевима, по природи ствари, и мора бити познато. Ово нарочито важи за уговоре о туристичким услугама. Ако посета и разгледање одређених градова у оквиру уговореног програма туристичког путовања изостану, путнику ће бити ускраћено задовољство које је за њега представљало важан, а можда и одлучујући мотив да са туристичком

1 Живомир Ђорђевић, у: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, стр. 757.

2 Стога, питање права повериоца на накнаду нематеријалне штете због повреде уговора не може се заменити питањем да ли је његов неимовински интерес на извршењу облигације довољан за њену ваљаност, нити решење првог питања нужно и аутоматски зависи од решења другог. Обрен Станковић, *Новчана накнада неимовинске штете*, 4. издање, Београд, 1972, стр. 82 и 83.

3 Ивица Јанковец, „Један прилог размишљања о новчаној накнади нематеријалне штете због повреде уговора“, *Гласник Правној факултета у Крајујевцу*, 1985, стр. 118.

4 *Облигационо џраво, ојшти део I* (према белешкама са предавања професора М. Константиновића, средно В. Капор), Београд, 1952, стр. 85.

5 Петар Кларић, „Уговорна одговорност за нематеријалну штету“, *Зборник Правној факултета у Зајребу*, бр. 5–6/1989, стр. 992.

агенцијом закључи уговор. Далеко највећи број људи такве уговоре закључује не због простог коришћења превоза, смештаја и других, са њима повезаних, услуга, већ управо због задовољства које пружа успешно реализовано туристичко путовање. Не признати путнику право на накнаду нематеријалне штете у овом и сличним случајевима, значило би не водити рачуна о вољи уговорних страна приликом закључења уговора.<sup>6</sup> Могу се поставити и питања да ли је друштвено и морално оправдано да разлог закључења оваквих уговора није вредан правне заштите, и у име којих принципа у таквим случајевима треба ускратити право на накнаду нематеријалне штете.<sup>7</sup>

Ипак, сведоци смо да је у нашој ранијој судској пракси оцењено да у наведеном случају нема основа за признање права на новчану накнаду нематеријалне штете, са образложењем да само они душевни болови који су последица законом предвиђених извора представљају правни основ за досуђење правичне новчане накнаде.<sup>8</sup> Сви други душевни болови који могу потицати из различитих животних ситуација, иако фактички постоје, нису правни основ за досуђивање сатисфакције.

Сматрајући да овај став треба променити, у раду су дати *de lege ferenda*, али и *de lege lata* аргументи којима се оправдава правна заштита оштећеног путника. Осим одредаба Закона о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗЗП),<sup>9</sup> анализирано је и питање уговорне одговорности за нематеријалну штету уопште, имајући у виду да ово питање у ЗЗП није детаљно регулисано и да се његовим одредбама упућује на примену Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО)<sup>10</sup> у погледу оних питања која њиме нису уређена. У нади да ће се наша судска пракса развијати у жељеном правцу, приказана су и упоредноправна решења, и то она која су нашем законодавцу послужила као узор приликом доношења ЗЗП. Мисли се на Упутство Савета бр. 90/314 о пакет путовањима, пакет одморима и пакет турама (даље у тексту: Упутство о пакет аранжманима или Упутство),<sup>11</sup> као и праксу Суда правде Европ-

6 Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, стр. 32.

7 Вид. у том смислу Јаков Радишић, *Имовинска одговорност и њен досег*, Београд, 1979, стр. 103.

8 Вид. Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 985/88. од 24.11.1988, *Прејлед судске праксе*, бр. 46/1990, стр. 91.

9 Закон о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 62/2014; даље у фуснотама: ЗЗП).

10 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље у фуснотама: ЗОО).

11 Упутство Савета бр. 90/314 о пакет путовањима, пакет одморима и пакет турама из 1990. године (*Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package*



ске уније у којој је извршено тумачење појма штете чију накнаду потрошач има право да захтева.

## II Уговорна одговорност за нематеријалну штету

Посматрајући право повериоца на накнаду нематеријалне штете због повреде уговора чисто рационално и апстрахујући различита решења која о овом питању постоје у законодавствима и судској пракси разних земаља, чини се да нема никаквог оправдања принципијелно различито поступати према нематеријалној штети проузрокованој деликтом и оној проузрокованој повредом уговорне обавезе. У оба случаја иста је природа штете, иста је и функција и разлози који оправдавају досуђивање новчане накнаде.<sup>12</sup> Ако би се и разликовала вануговорна и уговорна одговорност, то би морало бити у корист уговорне, јер у том случају штетник повређује две обавезе, законску забрану проузроковања штете и обавезу преузету закључењем уговора.<sup>13</sup> Време је показало да се заштита нематеријалних добара не може ограничити искључиво на подручје деликтне одговорности.<sup>14</sup> На основу тога, логично је што су се појавили захтеви за изједначење режима уговорне с режимом деликтне одговорности за нематеријалну штету.<sup>15</sup> Допуштањем накнаде у једном случају, док би се у другом право на накнаду те исте штете искључивало, вештачки и арбитрерно се цепа јединствени појам нематеријалне штете.<sup>16</sup> То би за последицу имало различит степен грађанскоправне заштите истих добара зависно од врсте штетне радње што, разуме се, с гледишта јединства одговорности за нематеријалну штету, није прихватљиво.<sup>17</sup> Осим тога, ширење могућности остваривања права на новчану накнаду нематеријалне штете нужно је, јер би у противном било повређено основно начело правичности, начело да за сваку неправду и за сваку штету треба осигурати поравнање.<sup>18</sup>

*holidays and package tours* (Official Journal L 158, 23.06.1990, стр. 59–64); даље у фус-нотама: Упутство о пакет аранжманима или Упутство).

12 Нематеријална штета је увек иста, без обзира да ли је проузрокована неизвршењем уговора, грађанскоправним деликтом или кривичним делом, и независно од тога да ли је последица повреде афекција, части или неког другог правно заштићеног добра. О. Станковић, *нав. дело*, стр. 82 и 84.

13 *Истио*, стр. 79.

14 П. Кларић, „Уговорна одговорност за нематеријалну штету“, стр. 991.

15 *Истио*, стр. 980.

16 О. Станковић, *нав. дело*, стр. 84.

17 П. Кларић, „Уговорна одговорност за нематеријалну штету“, стр. 980.

18 *Истио*, стр. 992.

Право на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора може се посматрати и у функцији остваривања основне сврхе уговора као и поновног успостављања равнотеже интереса уговорних страна, уколико дође до његове повреде.<sup>19</sup> Наравно, уговор се не закључује са циљем да се добије накнада штете због неиспуњења или неуредног испуњења уговорне обавезе, већ оно што је уговорено. У том смислу, признавањем права на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде уговора, као секундарног, изведеног или латентног права,<sup>20</sup> појачава се уговорна дисциплина.<sup>21</sup>

На питање да ли поверилац има право на накнаду нематеријалне штете ако му је она проузрокована повредом уговора у ЗОО није дат директан одговор. Одредбама о последицама неиспуњења обавезе (чл. 262 ст. 2) предвиђено је да када дужник не испуни обавезу<sup>22</sup> или задочни са њеним испуњењем, поверилац има право захтевати и накнаду *штете* коју је услед тога претрпео, док је правилима о обиму накнаде (чл. 266 ст. 1) прописано да поверилац има право на накнаду *обичне штете* и *измакле користи*. Да ли из овакве формулације о обиму накнаде произлази да *de lege lata* повериоцу треба признати само право на накнаду материјалне штете, јер се само ова врста штете може испољити у виду обичне штете и измакле користи?

Овакво тумачење било би исувише уско и не би било правично.<sup>23</sup> *Штети*, чију накнаду поверилац има право да захтева на основу чл. 262 ст. 2, треба схватити у смислу чл. 155 ЗОО, тако да обухвата и нематеријалну штету, док би одредбе о обиму накнаде требало примењивати само на накнаду материјалне штете.<sup>24</sup> У складу са тим,

19 Вид. у том смислу Радован Д. Вукадиновић, „Промишљање о појму и последицама неиспуњења уговорних обавеза и повреди уговора“, у: Радован Д. Вукадиновић (приређивач), *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata и de lege ferenda*, Београд, 2009, стр. 197 и 198.

20 *Исто*, стр. 198.

21 И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 32.

22 Неиспуњење обавезе због кога поверилац може да захтева накнаду штете, треба тумачити у вези са ст. 1 чл. 262 ЗОО, тако да обухвата и случајеве у којима дужник није испунио обавезу у свему како она гласи. То значи да ће поверилац имати право на накнаду штете због неиспуњења не само када дужник уопште не испуни обавезу, што би се могло закључити из употребљене формулације, него и када је не испуни у обиму и на начин како она гласи, тј. када испуњење није саобразно уговору. Добросав Митровић, у: Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима I*, Београд, 1980, стр. 643 и 644.

23 И. Јанковец, *нав. чланак*, стр. 126.

24 У теорији постоји став да би овакво тумачење било „прејако“, па чак и „немогуће“, с обзиром да правило из чл. 266 ЗОО треба схватити тако да се њиме спроводе одредбе из ст. 2 чл. 262 ЗОО, и да се ове норме не могу посматрати одвојено. Више о томе вид. Алдо Радоловић, „Накнада неимовинске штете због повреде уговора“,

а имајући у виду и упућујућу норму из чл. 269,<sup>25</sup> повериоцу, начелно, треба признати право на новчану накнаду нематеријалне штете.<sup>26</sup> Приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о њеној висини, сходно ће се применити правила о деликтној одговорности за ову врсту штете.<sup>27</sup> Прихватање уговорне одговорности за нематеријалну штету у складу је и са модерним тенденцијама у развоју уговорног права израженим у Начелима европског уговорног права<sup>28</sup> и UNIDROIT Начелима за међународне трговинске уговоре.<sup>29</sup>

Ако повериоцу због повреде уговора, у начелу, треба признати право на новчану накнаду нематеријалне штете, као следеће, поставља се питање у којим случајевима ће он имати то право?<sup>30</sup> Карактеристика уговорне одговорности за нематеријалну штету, као, уосталом, и за материјалну, је та што је уређена како сопственим правилима, тако и правилима о накнади вануговорне штете, као комплементарним.<sup>31</sup> Стога, претпо-

у: Петар Кларић (редактор), *Накнада штете у примјени новој Закона о обвезним односима – неимовинска штета физичке особе, правне особе и збој повреде уговора, одмјеравање накнаде штете према слободној оцјени, одговорности чланова управе друштва кавијала*, Загреб, 2005, стр. 108.

- 25 Чланом 269 ЗОО је предвиђено да уколико одредбама овог одсека није другачије прописано, на накнаду ове штете сходно се примењују одредбе овог закона о накнади вануговорне штете.
- 26 Ж. Ђорђевић, у: С. Перовић, Д. Стојановић (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, стр. 770; И. Јанковец, *нав. чланак*, стр. 126; Богдан Лоза, „Повреда облигације“, *Правни животи*, бр. 10–12/1988, стр. 1610; П. Кларић, „Уговорна одговорност за нематеријалну штету“, стр. 999; Јакв Радишић, *Облигационо право, општи део*, 7. издање, Београд, 2004, стр. 283; Бранислава Апостоловић, „Накнада нематеријалне штете због повреде уговора“, у: Здравко М. Петровић, *Наша Мрвић Петровић (редактори), Накнада нематеријалне штете*, Избор радова са саветовања Удружења за одштетно право, Београд, 1998–2008, Београд, 2009, стр. 139 и 140. Супротно: Хрвоје Качер, „Концепт нематеријалне штете по Закону о обвезним (облигационим) односима из 1978. и успореда са концептом из хрватског Закона о обвезним односима из 2005.“, у: Р. Д. Вукадиновић (приређивач), *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata и de lege ferenda*, стр. 248.
- 27 Ж. Ђорђевић, у: С. Перовић, Д. Стојановић (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, стр. 758, 770 и 778.
- 28 Вид. Ole Lando, Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, Prepared by the Commission of European Contract Law, The Hague, 2000, чл. 9:501: *Right to Damages*, стр. 434, и коментар, стр. 436.
- 29 Вид. UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре из 2010. године (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*), доступно на адреси: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, 1.10.2014, чл. 7.4.2. (*Full compensation*), стр. 266, и коментар, стр. 268 и 269.
- 30 И. Јанковец, *нав. чланак*, стр. 119.
- 31 П. Кларић, „Уговорна одговорност за нематеријалну штету“, стр. 999 и 1000.

ставке уговорне одговорности (постојање пуноважне обавезе, повреда обавезе,<sup>32</sup> штета, узрочна веза између повреде и штете, предвидивост штете, непостојање неког законом предвиђеног основа за ослобођење од одговорности дужника обавезе, непостојање уговорног искључења одговорности) треба допунити претпоставкама које су одређене правилима вануговорне одговорности, нарочито онима о јачини и трајању болова и страха, значају повређеног добра, циљу коме служи правична новчана накнада нематеријалне штете и непогодавању тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом. Такође, потребно је напоменути да се и у области вануговорне одговорности новчана накнада за нематеријалну штету не признаје за све облике ове врсте штете, већ само за оне које су у ЗОО (чл. 200) таксативно наведени.

На овом месту, осврнућемо се на предвидивост штете као претпоставку уговорне одговорности,<sup>33</sup> јер је као један од аргумената за непризнавање уговорне одговорности за нематеријалну штету истицано управо то да таква штета не улази у страначке представе као део пословног ризика неке трансакције, с обзиром да се уговор примарно односи на комерцијалне послове и да је стога заштита коју пружа уговорно право управљена на комерцијалне губитке.<sup>34</sup>

Поверилац има право на накнаду штете коју је дужник у време закључења уговора *морао предвидети* као могућу последицу повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.<sup>35</sup> Поставља се питање како утврдити да ли је дужник морао предвидети могућност наступања штете чију накнаду поверилац захтева. Могућа су два решења: или ће се узети у обзир својства конкретног дужника, или ће се утврђивање вршити с обзиром на пажњу која се у правном промету захтева у извршавању обавеза.<sup>36</sup> Прихватљивије изгледа решење по коме се предвидивост штете процењује са објективног

32 Под повредом уговора се подразумева не само повреда обавеза које су уговорне стране изричито предвиделе уговором, већ и повреда законских одредби које се примењују ако одређено питање није регулисано уговором. И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 11.

33 Питање предвидивости штете може бити од великог практичног значаја за право повериоца на новчану накнаду нематеријалне штете. Рецимо, ако једна уговорна страна у време закључења уговора није знала нити је морала знати за неке околности нематеријалног карактера које су за другу уговорну страну биле од посебног значаја у вези са уредним испуњењем уговора. И. Јанковец, *нав. чланак*, стр. 128.

34 Вид. Harvey McGregor, *McGregor on Damages*, London, 1972, стр. 46. Наведено према: П. Кларић, „Уговорна одговорност за нематеријалну штету“, стр. 991.

35 ЗОО, чл. 266. ст. 1. Ово правило преузето је из хашког Једнообразног закона о међународној продаји телесних покретних ствари (чл. 82 и 86). Д. Митровић, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима I*, стр. 667.

36 *Исто*.

становишта, са становишта апстрактног дужника, дужника као доброг привредника, односно доброг стручњака.<sup>37</sup> Ова алтернатива је у духу решења ЗОО за сличне ситуације.<sup>38</sup> Терет доказивања предвидивости штете је на повериоцу, при чему он, у принципу, не мора доказати да је дужник морао предвидети висину (износ) штете изражену у новцу, већ само да повредом уговора може бити проузрокована таква штета, у смислу узрока и последице.<sup>39</sup>

Повериоцу је омогућено да од дужника захтева накнаду *целокујне штеће* која је настала због повреде уговора, без обзира на то што дужник није знао за посебне околности због којих су *оне* настале, уколико докаже да на страни дужника постоји превара (*fraus*), намера (*dolus*) или крајња непажња (*culpa lata*).<sup>40</sup> Поставља се питање шта се подразумева под појмом целокупне штете, који се иначе не среће ни на једном другом месту у ЗОО. Да ли је њиме обухваћена обична штета и измакла корист, или је то, пак, шири појам, којим је обухваћена и нека друга штета.<sup>41</sup> Чини се да је основна интенција законодавца била да се у случају преваре или намерног неиспуњења, као и неиспуњења због крајње непажње, не тражи да је дужник морао да предвиди штету да би поверилац имао право на њену накнаду, при чему израз целокупна штета треба тумачити као заједнички назив за обичну штету и измаклу корист, јер у ЗОО нема никаквих ни елемената нити индиција на основу којих би се могло закључити да овај појам има неку другу садржину.<sup>42</sup> Уколико поверилац не успе да докаже квалификовану кривицу дужника, имаће право само на тзв. предвидиву штету.<sup>43</sup>

37 *Истио*; Ж. Ђорђевић, у: С. Перовић, Д. Стојановић (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, стр. 771.

38 Б. Лоза, *нав. чланак*, стр. 1609.

39 Ж. Ђорђевић, у: С. Перовић, Д. Стојановић (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, стр. 771.

40 ЗОО, чл. 266. ст. 2. Значајно је напоменути да хашки Једнообразни закон о међународној продаји телесних покретних ствари, из којег је преузето правило садржано у првом ставу овог члана, не садржи овакву одредбу. Д. Митровић, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима I*, стр. 668.

41 *Истио*.

42 *Истио*; Силвија Петрић, „Неимовинска штета у Закону о обвезним односима Републике Хрватске“, *Правна ријеч*, бр. 28/2011, стр. 179. Постоји и мишљење да је појмом целокупна штета обухваћена и нематеријална штета, тј. да ст. 2 чл. 266 ЗОО представља правни основ захтева за накнаду нематеријалне штете. Вид. Здравко М. Петровић, Наташа Мрвић Петровић, *Накнада нематеријалне штеће*, Београд, 2012, стр. 126 и 128.

43 Б. Лоза, *нав. чланак*, стр. 1609.

### III Право потрошача на накнаду нематеријалне штете због повреде уговора о туристичком путовању

Код уговора о туристичким услугама,<sup>44</sup> поред општег (*causa efficiens remota*), имамо и посебан, ближи правни основ (*causa efficiens proxima*) одговорности за штету садржан у ЗОО у чл. 866 (Одговорност за организовање путовања),<sup>45</sup> односно у чл. 867 (Одговорност организатора путовања кад сам врши поједине услуге)<sup>46</sup> и чл. 868 ст. 1 и 2 (Одговорност организатора путовања кад је извршење појединих услуга поверио трећим лицима).<sup>47</sup> Као ни општим правилима уговорне одговорности, тако ни одредбама којима је регулисан уговор о организовању путовања, није дефинисан појам штете, па све оно што је речено о праву повериоца на накнаду нематеријалне штете због повреде уговора, важи и за уговор о организовању путовања.

За разлику од ЗОО, у ЗЗП, у делу посвећеном заштити потрошача у остваривању права из уговора о туристичком путовању,<sup>48</sup> изричито је предвиђено да ако организатор или треће лице које је у име организатора требало да изврши обавезу из уговора о туристичком путовању

44 За потребе овог рада, уговорима о туристичким услугама сматрају се уговор о организовању путовања и посреднички уговор о путовању, у смислу ЗОО, односно уговор о туристичком путовању, у смислу ЗЗП. Одредбе ЗОО које се односе на уговор о организовању путовања, сходно се примењују на посреднички уговор о путовању ако одредбама главе XXV, којом је регулисан посреднички уговор о путовању, није другачије одређено. Вид. ЗОО, чл. 884.

45 Организатор путовања одговара за *штету* коју проузрокује путнику због потпуног или делимичног неизвршења обавеза које се односе на организовање путовања предвиђених уговором и овим законом.

46 Ако сам пружа услуге превоза, смештаја или друге услуге везане за извршење организованог путовања, организатор одговара за *штету* причињену путнику према прописима који се односе на те услуге.

47 (1) Организатор путовања који је поверио трећим лицима извршење услуга превоза, смештаја или других услуга везаних за извршење путовања, одговара путнику за *штету* која је настала због потпуног или делимичног неизвршења ових услуга, сагласно прописима који се на њих односе. (2) Али, и када су услуге извршене сагласно уговору и прописима који се на њих односе, организатор одговара за *штету* коју је путник претрпео поводом њиховог извршења.

48 У ЗЗП се не користе називи уговор о организовању путовања и посреднички уговор о путовању који су прихваћени у ЗОО, већ се говори о уговору о туристичком путовању. У смислу ЗЗП, туристичко путовање (пакет аранжман), које по правилу укључује превоз, смештај и друге туристичке услуге, је припремљена комбинација две или више туристичких услуга коју је утврдио трговац самостално или по захтеву потрошача, у трајању дужем од 24 часа или у краћем трајању које укључује једно ноћење, као и вишедневни боравак који укључује само услугу смештаја у одређеним терминима или одређеном трајању без обзира на издвојени обрачун или наплату појединачних услуга. ЗЗП, чл. 5 тач. 25.

не испуни односно делимично испуни обавезу из уговора о туристичком путовању или ако касни са њеним испуњењем, *йойирошач може да захтјева накнаду шийетие коју је йреийриео, укључујући нематеријалну шийетју.*<sup>49</sup> На овај начин се избегавају могуће дилеме о томе да ли њему то право припада. Шта се сматра правно релевантном нематеријалном штетом, није одређено у ЗЗП, па ће, у складу са упућујућом одредбом из чл. 3 ст. 7,<sup>50</sup> бити меродавна правила ЗОО о накнади нематеријалне штете. Ту се, пре свих, мисли на одредбе којима се нематеријална штета дефинише и којима се регулише њена новчана накнада.

С обзиром на прихваћену субјективну концепцију, нематеријална штета се састоји у претрпљеним физичким боловима, душевним боловима или страху. У ЗОО су таксативно наведени и извори душевних болова који оправдавају досуђивање правичне новчане накнаде.<sup>51</sup> У пракси то ће најчешће бити физички и душевни болови због повреде права на телесно и душевно здравље (интегритет), као и права на приватност.<sup>52</sup>

Појам физичких болова треба схватити у ширем смислу, тако да њиме буду обухваћене и различите „телесне неугодности и неудобности“, као и „изнуђена телесна напрезања“.<sup>53</sup> Такође, повреда права на душевно здравље постојаће не само када је штетна радња за последицу имала душевне болове у ужем смислу, већ и када је таквом радњом код оштећеног изазвано незадовољство, фрустрација, љутња или бес, тј. поремећен његов дотадашњи душевни мир.<sup>54</sup> Већ таквим поступцима штетник задире у заштићену сферу права личности на душевно здравље.<sup>55</sup> Ремећење душевне стабилности одраз је афективног унутрашњег доживљаја,<sup>56</sup> чије се постојање на страни путника може и претпоставити полазећи од животног искуства и онога што се у животу редовно дешава. У том смислу, приликом оцене неугодности које је оштећени доживео због тога што дужник није извршио или није уред-

49 ЗЗП, чл. 107 ст. 1.

50 На односе између потрошача и трговца који нису уређени одредбама ЗЗП, примењује се закон којим се уређују облигациони односи.

51 „За претрпљене... душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица... суд ће.. досудити правичну новчану накнаду...“ ЗОО, чл. 200 ст. 1.

52 Петар Кларић, „Одговорност за неимовинску штету због повреде уговора о организирању путовања“, *Зборник Правној факултету у Загребу*, посебни број, 2006, стр. 393.

53 *Истио*, стр. 390.

54 Ивица Црнић, *Одшйетйно йраво, збирка судских рјешидби о накнади и йойрављању шийетие с найоменама и йройисима*, 2. издање, Загреб, 2008, стр. 573.

55 *Истио*.

56 *Истио*.

но извршио своју обавезу, суд, у зависности од тежине повреде уговора и других околности случаја, не мора увек и безусловно спроводити судско-медицинско вештачење.<sup>57</sup> У оваквим случајевима може се рећи да постоји фактичка претпоставка и да није потребно посебно изводити доказе да би се утврдило стварно постојање душевног бола.<sup>58</sup> Повредом уговора, путнику ће бити повређено право на приватност у случају када организатор путовања, односно посредник прекрши обавезу чувања тајне,<sup>59</sup> и обавештења која је добио о путнику, његовом пртљагу и његовим кретањима неовлашћено саопшти трећим лицима.<sup>60</sup>

У немачкој правној теорији и пракси, присталице уговорне одговорности за нематеријалну штету нарочито су истицале аргумент да се уговорима о туристичким услугама омогућава обликовање слободног времена, и да ови уговори представљају гаранцију остваривања права на несметано организовање коришћења слободног времена.<sup>61</sup> У том смислу, неизвршење или неуредно извршење таквог уговора непосредан је атак на наведено право личности путника.<sup>62</sup> И поједини наши аутори се залажу за признавање права на слободно време као права личности, чија повреда не би смела бити без правне заштите.<sup>63</sup> Истиче се да је слободно време свакоме потребно, и да свако на њега има право. „То време није ‘новац’ само онима који би га утрошили за стицање материјалног богатства, већ и онима који у њему траже одмор, разоноду, духовно и физичко окрепљење.“<sup>64</sup>

57 *Истио*, стр. 686.

58 О. Станковић, *нав. дело*, стр. 35.

59 Обавеза чувања тајне представља конкретизацију основне и опште обавезе организатора путовања да се стара о правима и интересима путника сагласно добрим пословним обичајима у овој области (ЗОО, чл. 863). Изричитим предвиђањем ове обавезе посебно је наглашен интерес путника за тајношћу свега што је организатор путовања сазнао из његове приватне сфере. Вјекослав Шмид, у: Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима II*, Београд, 1980, стр. 387.

60 Вид. ЗОО, чл. 865. Обавеза чувања тајне се односи на: личне податке путника, податке о његовом занимању, прошлости и сл., о његовом пртљагу, месту и времену путовања, његовим кретањима и контактима које успоставља за време путовања, о именима његових ужих сапутника и сл. Организатор путовања је дужан да чува све те податке као тајну, и није овлашћен да сам процењује да ли су ти подаци од значаја за путника или нису. В. Шмид, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима II*, стр. 387; Славко Царић, у: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима, књига друга*, Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, стр. 724.

61 П. Кларић, „Уговорна одговорност за нематеријалну штету“, стр. 985.

62 *Истио*.

63 Ј. Радишић, *Имовинска одговорност и њен досеј*, стр. 109.

64 *Истио*.



Права личности у ЗОО нису таксативно наведена, већ су „дефинирана“ генералном клаузулом која захтева перманентну конкретизацију. Прецизније, у ст. 1 чл. 200 ЗОО наведена су само нека лична добра која су обухваћена правима личности, да би одмах затим било одређено да ће суд досудити правичну новчану накнаду за претрпљене душевне болове због повреде ових добара „или права личности“. Из овога би се могло закључити да се права личности разликују од претходно наведених личних добара.<sup>65</sup> Када већ нису наведена сва лична добра која се желе правно заштитити, очигледно је да је уместо цитиране формулације требало прописати да ће се накнада досудити *и у случају повреде других њених права личности*.<sup>66</sup> У сваком случају, чл. 200 ЗОО пружају се широке могућности за новчану накнаду нематеријалне штете, прописивањем да се накнада може досудити за душевне болове који су последица повреде било ког права личности.<sup>67</sup> Дакле, само је на судовима да тумачењем ове норме одреде шта све спада у права личности, док је друго питање колико се ова дискреција широко користи у пракси.<sup>68</sup>

Развојем друштва и његове свести о значају и достојанству личности, правна заштита личних добара добија све већу афирмацију, а круг заштитних објеката се све више повећава.<sup>69</sup> „На линији хуманизације људског живота“, судови би у сваком конкретном случају имали задатак да утврђују да ли се штетни догађај може квалификовати као повреда права личности.<sup>70</sup> Циљ одговорности за штету није само поправљање стања проузрокованог штетном радњом, нити давање задовољења или сатисфакције. То није само ни казна за причињену штету, нити одвраћање од проузроковања будућих штета.<sup>71</sup> Уз све ове циљеве постоји још један,

65 Алдо Радоловић, „Права личности у Закону о обвезним односима“, *Правни живот*, бр. 1/1989, стр. 156.

66 *Исто*.

67 С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 173.

68 *Исто*.

69 Драгољуб Стојановић, у: С. Перовић, Д. Стојановић (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, стр. 598.

70 Душко Медић, „О концепту нематеријалне (неимовинске) штете у Републици Српској *de lege ferenda*“, у: Слободан Перовић (уредник), *Актуелна истражања савремене законодавства*, Зборник радова са саветовања правника, 12. до 16.6.2011, Будва, Београд, 2011, стр. 59 и 66 фн. 62.

71 Ако у било ком обавезивању на накнаду штете има пеналних и превентивних елемената, у новчаној накнади нематеријалне штете најлакше их је наћи. Невенко Мисита, „Правичност и новчана накнада неимовинске штете“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, 1989, стр. 190. Више о казненој и превентивној функцији новчане накнаде нематеријалне штете вид. Марко Баретић, „Појам и функције неимовинске штете према новом Закону о обвезним односима“, *Зборник Правног факултета у Зајребу*, посебни број, 2006, стр. 492–495.

који је у савременом свету све истакнутији, а то је „допринос развоју културе поштовања људске личности и људског достојанства“.<sup>72</sup>

Будући да је штетном радњом могуће истовремено повредити више права личности, судови ће, зависно од околности конкретног случаја, морати оценити о ком облику повреде права личности је реч.<sup>73</sup> Неопходно је да суд објасни шта подразумева под нематеријалном штетом и на име чега се тужиоцу досуђује одређена сума новца, јер ће само у том случају виши суд бити у могућности да правилно оцени пресуду.<sup>74</sup>

Судови морају поступати нарочито опрезно приликом одлучивања о томе да ли се ради о правно признатом облику нематеријалне штете. Могуће је да оштећени, не држећи се законских израза и основа, у свом захтеву за накнаду погрешно назове неугодности које је доживео, а да оне садржајно представљају правно признату штету (*falsa nominatio non nocet*).<sup>75</sup> Ако оштећени поједине видове нематеријалне штете не означи у складу са законом или погрешно определи њихову садржину, а тај недостатак не буде отклоњен, суд ће на основу чињеничних навода оштећеног сам разлучити поједине видове нематеријалне штете у складу са законом и о њима одлучити.<sup>76</sup>

Свака повреда права личности, односно душевни болови проузроковани повредом не подразумевају нужно и право оштећеног на новчану накнаду. Материјалноправна претпоставка за остварење права на новчану накнаду нематеријалне штете јесте и њена величина. Нематеријална штета се надокнађује само ако је знатна.<sup>77</sup> Да би оштећеном лицу могла бити досуђена новчана накнада потребно је да бол који

72 А. Радоловић, „Накнада неимовинске штете због повреде уговора“, стр. 78 и 79.

73 И. Црнић, *Одговорно право, збирка судских рјешавања о накнади и њеном одлучивању с најименама и њеним облицима*, стр. 573.

74 О. Станковић, *нав. дело*, стр. 21.

75 Ивица Црнић, „Накнада нематеријалне штете – нека питања“, рад је објављен у *Годишњаку* бр. 9/02, штампаном поводом 17. саветовања „Актуалности хрватског законодавства и правне праксе“, које је одржано у Опатији, од 6. до 8.11.2002. године, доступно на адреси: [http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/ICrnic\\_Naknada-nematerijalne-stete.pdf](http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/ICrnic_Naknada-nematerijalne-stete.pdf), 1.10.2014, стр. 4.

76 Закључак са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда од 15. и 16.10.1986. године. Наведено према: Снежана Андрејевић, Љубица Милутиновић, Здравко Петровић, „Промене ставова судске праксе према накнади нематеријалне штете“, у: З. М. Петровић, Н. Мрвић Петровић (редактори), *Накнада нематеријалне штете*, стр. 83 и 84.

77 Ј. Радишић, *Облигационо право, општи гео*, стр. 283. Да незнатна штета не даје право на накнаду, било је јединствено и Саветовање представника Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда о проблемима нематеријалне штете од 15. и 16.10.1986. године. Вид. Образложење Закључака Саветовања. Наведено према: С. Андрејевић, Љ. Милутиновић, З. Петровић, *нав. чланак*, стр. 65.

оно трпи достиже одређен, релативно висок степен интензитета и да је дуготрајан, и да, као такав, представља озбиљно нарушавање његове психичке равнотеже.<sup>78</sup> Другим речима, треба да постоји таква повреда уговора којом су проузроковане знатне последице.<sup>79</sup> Не сме се, међутим, закључити да су јачина и трајање болова, односно страха једине околности о којима треба водити рачуна. Сваки случај се мора просуђивати за себе, и то у целокујном његовом комплексу.<sup>80</sup> Слаби или краткотрајни претрпљени болови, односно страх могу у склоју свих околности случаја бити разлог да се оштећеном за њих не призна право на новчану накнаду нематеријалне штете.<sup>81</sup>

Ово је једна од основних карактеристика овог правног института и значајна разлика између накнаде материјалне и накнаде нематеријалне штете.<sup>82</sup> За обичну узнемиреност која може наступити због повреде уговора поверилац неће имати право на накнаду (*De minimis non curat praetor*).<sup>83</sup> Ово из разлога ште се узнемиреност редовно јавља као пратилац очекивања утемељених на обећањима, па се узима да је то ризик с којим уговарачи морају рачунати.<sup>84</sup> Приликом размишљања о уговорној одговорности треба стално имати на уму да сваки уговор прате одређени ризици. За разлику од опасности да се буде жртва деликта, којој је изложен свако, и то без своје воље, ризику да ће штетна радња бити повреда уговора, изложен је само онај ко је закључио уговор.<sup>85</sup> Будући да је тај ризик преузет вољно, сматра се да није неправично сносити и одређене последице ако друга уговорна страна не изврши уредно своје обавезе.<sup>86</sup>

78 Суд ће ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава, досудити правичну новчану накнаду. Вид. ЗОО, чл. 200 ст. 1.

79 И. Јанковец, *нав. чланак*, стр. 123.

80 Јосип Студин, „Савјетовање о накнади неимовинске штете у Врховном суду Југославије“, *Наша законџосџ*, бр. 4/1968, стр. 283.

81 Закључак састанка судија представника грађанских одељења окружних судова у СР Хрватској и Врховног суда Хрватске одржаног 26. и 27.11.1985. Наведено према: Ивица Црнић, *Тужбе грађанској љрава, Примјери \* објашњења \* судска љракса*, 3. издање, Загреб, 1989, стр. 120. На обавезу да се приликом одлучивања о захтеву за новчану накнаду нематеријалне штете оцењују све околности случаја од којих зависи право, а нарочито висина накнаде, при чему су трајање и јачина болова, односно страха само две, истина врло важне, околности указано је и у Закључку седнице Грађанско-привредног одељења Врховног суда Хрватске од 30.03.1987. (Су-343-IV/87). И. Црнић, „Накнада нематеријалне штете – нека питања“, стр. 5.

82 О. Станковић, *нав. дело*, стр. 95.

83 И. Јанковец, *нав. чланак*, стр. 123.

84 Guenter H. Treitel, *The Law of Contract*, London, 1983, стр. 744. Наведено према: И. Јанковец, *нав. чланак*, стр. 120 и 121 фн 15.

85 И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 17.

86 *Истио*.

Полази се од тога да би се признавањем накнаде за незнатне и краткотрајне болове, ма како да је њихово постојање несумњиво, фаворизовали користољубиви мотиви, што би за последицу могло имати да се код појединаца рађају прижељкивања да им штета буде проузрокована.<sup>87</sup> Сматра се да би у том случају овај правни институт постао сам себи противречан и негација племенитих мотива због којих је прихваћен.<sup>88</sup> То би, према овом мишљењу, довело до комерцијализације најосетљивије човекове сфере,<sup>89</sup> и несагледивог ширења круга случајева у којима се правична новчана накнада може досудити, што би довело до затрпаности судова захтевима за накнаду нематеријалне штете.<sup>90</sup> С тим у вези је и пракса туристичких агенција које у последње време препознају тзв. „траблмејкере“ (*troublemakers*), лица која користе њихове услуге да би касније на основу приговора добила попуст или бесплатан одмор, јер знају да путовање неће бити остварено у потпуности у складу са објављеним програмом путовања.<sup>91</sup> У ЗОО (чл. 200 ст. 2) се од суда захтева опрезност приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде,<sup>92</sup> прописивањем да се мора водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом. Овом одредбом налаже се суду да, осим о субјективним елементима, мора водити рачуна и о друштвеним критеријумима, тј. да мора узети у обзир не само то како оштећени доживљава штету, већ и да ли је, према гледању друштва у датом моменту, проузрокована таква штета да је потребно досудити новчану накнаду.<sup>93</sup> Ово, међутим, не сме имати за последицу да се оцењивање штете заснива претежно на посматрању спољашњих индиција и елемената штете, јер би такав закључак био објективан и зато нетачан.<sup>94</sup> Ономе ко врши процену туђа штета ретко када ће изгледати онолико велика колико је осећање за њу оштећеног.<sup>95</sup>

87 О. Станковић, *нав. дело*, стр. 95.

88 Ј. Студин, *нав. чланак*, стр. 283.

89 *Истио*.

90 М. Баретић, *нав. чланак*, стр. 477 и 478.

91 Миодраг Мићовић, *Привредно право*, 2. издање, Крагујевац, 2012, стр. 469 фн. 5.

92 Ј. Радишић, *Имовинска одговорност и њен досеј*, стр. 94.

93 Александар Радованов, „Накнада нематеријалне штете (Појам, врсте и одређивање висине накнаде)“, у: З. М. Петровић, Н. Мрвић Петровић (редактори), *Накнада нематеријалне штете*, стр. 25.

94 Вид. у том смислу: Ј. Радишић, *Имовинска одговорност и њен досеј*, стр. 190.

95 *Истио*.

Потребно је ослободити се „дуго таложеног страха од комерцијализације осећања бола“.<sup>96</sup> Толики страх<sup>97</sup> чини се неоправданим, а постављање превише строгих захтева неправичним, јер се тиме потцењују лична добра, а фаворизују имовинска.<sup>98</sup> Могло би се размишљати да се у случајевима повреда права личности, које су за последицу имале краткотрајне душевне болове слабијег интензитета, досуди новчана накнада у износу који би био симболичан.<sup>99</sup> Сигурно је притом, да претераном „повећању апетита“ оштећених не треба, као ни свакој другој врсти злоупотребе, повлађивати.<sup>100</sup> Али, исто тако, то не сме бити ни „капитал из којег ће профит извучити“ лица која су проузроковала штету, јер једну неправду не треба сузбијати другом.<sup>101</sup>

Законска правила имају за циљ да одговорност дужника за накнаду штете због повреде уговора сведу на нормалан и разуман ризик.<sup>102</sup> Преко тога, ризик за успех посла треба да сноси поверилац. Може се, стога, рећи да се усвојеним решењима не одражавају искључиво општа правна начела, већ и циљеви законодавне политике у области уговорне одговорности, при чему бројни разлози могу утицати на то да ли треба више заштитити једну или другу уговорну страну.<sup>103</sup> Међутим, ниједна политика, па ни законодавна, не траје вечно. Она се мења, да би се прилагодила друштвеним потребама.<sup>104</sup>

96 *Истио*, стр. 192.

97 Чини се да је „страх“ од богаћења уопште, па тако и по основу накнаде нематеријалне штете, који је био својствен друштвено-политичком систему у време доношења ЗОО, био разлог зашто је право на накнаду нематеријалне штете доста „стидљиво“ прихваћено. Х. Качер, „Концепт нематеријалне штете по Закону о обвезним (облигационим) односима из 1978. и успоредба са концептом из хрватског Закона о обвезним односима из 2005.“, стр. 247. Међутим, промениле су се околности, и то не само друштвено уређење, већ и генерално опредељење у смислу приближавања свему ономе што је напредно, што се често подводи под консензус, не само о коначном укључивању у европске интеграције, него и пре формалног чланства, о потреби суштинског прихватања комунитарних тековина (*acquis communautaire*). Хрвоје Качер, „Три новоте из новог концепта неимовинске штете по Закону о обвезним односима из 2005.“, *Зборник Правној факултетској у Загребу*, бр. 5–6/2012, стр. 1497.

98 Ј. Радишић, *Облигационо право, општи део*, стр. 283.

99 Ивица Црнић, „Значење Оријентацијских критерија Врховног суда Републике Хрватске за досуду правичне новчане накнаде неимовинске штете“, *Зборник Правној факултетској у Загребу*, бр. 5–6/2012, стр. 1723.

100 Ј. Радишић, *Имовинска одговорност и њен досеј*, стр. 191.

101 *Истио*, стр. 191 и 192.

102 Д. Митровић, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима I*, стр. 649.

103 И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 19.

104 *Истио*.

#### IV Пракса Суда правде Европске уније

За судску праксу држава чланица Европске уније од посебног значаја је пресуда Суда правде од 12. марта 2002. године којом је дато тумачење чл. 5 Упутства о пакет аранжманима.<sup>105</sup> Одлука је донета по захтеву за одлучивање о претходном питању упућеном од стране Регионалног суда (*Landesgericht*) у Линцу (*Linz*), Аустрија. Питање тумачења постављено је у поступку који је пред аустријским судом вођен између *Simone Leitner* и *TUI Deutschland GmbH & Co. KG* (у даљем тексту: *TUI*) поводом захтева за накнаду нематеријалне штете. Наиме, породица *Simone Leitner* уплатила је пакет аранжман код наведене туристичке агенције. Аранжман је укључивао петнаестодневни боравак у једном клуб хотелу у Турској на бази услуге „све укључено“ (*all-inclusive stay*). Око недељу дана након почетка одмора, *Simone Leitner* је почела да показује симптоме тровања салмонелом, високу температуру, која је неколико дана достигала и до четрдест степени, проблеме са циркулацијом, дијареју, повраћање и анксиозност. Здравствено стање *Simone Leitner* је захтевало да њени родитељи брину о њој до краја њиховог боравка у Турској, с тим да је болест потрајала и након тога. С обзиром да су целокупно летовање провели у хотелу у коме су били смештени, где су се искључиво хранили, тровање је могло да се припише храни која је служена у хотелу. Утолико пре јер су и многи други гости имали исте симптоме.

По повратку у Аустрију, приговор који се тичао болести *Simone Leitner* послат је *TUI*. Пошто није било одговора, *Simone Leitner*, која је у том тренутку имала десет година, преко својих родитеља поднела је тужбу за накнаду штете у износу од 25.000 аустријских шилинга. Првостепени суд је делимично усвојио тужбени захтев, и тужиоцу досудио накнаду у износу од 13.000 аустријских шилинга на име физичких болова и патње (енгл. *physical pain and suffering*; нем. *Schmerzensgeld*) проузрокованих тровањем храном, док је преостали део захтева, који се односио на накнаду нематеријалне штете због губитка уживања у одмору (енгл. *loss of enjoyment of the holiday*; нем. *entgangene Urlaubsfreude*), одбио. Суд је сматрао да, и ако осећање незадовољства и негативни утисци услед разочарања морају бити квалификовани као нематеријална штета, због њих се не може признати накнада јер у аустријском праву не постоји одредба којом је изричито предвиђена накнада за такве видове нематеријалне штете.

Тужилац се жалио Регионалном суду у Линцу који се, што се тиче аустријског права, сагласио са првостепеним судом, али је сматрао да се применом чл. 5 Упутства о пакет аранжманима може доћи до другачијег

105 Предмет C-168/00 *Simone Leitner v TUI Deutschland GmbH & Co. KG* [2002] ECR I-2631.

исхода. Чак и када би се Упутством признавало право на накнаду нематеријалне штете, на њега се путник не би могао позвати у правном односу са организатором путовања, односно посредником, с обзиром да упутствима у комунитарном праву није признато директно хоризонтално дејство.<sup>106</sup> Па ипак, судови држава чланица су дужни да национално право тумаче у складу са комунитарним правом. С тим у вези, Регионални суд у Линцу је навео став који је Суд правде заузео у предмету *Silhouette International Schmied*,<sup>107</sup> да, иако се упутством не могу наметати обавезе појединцу<sup>108</sup> те се, стога, против њега не може позивати на упутство, од суда<sup>109</sup> државе чланице се захтева да одредбе националног права, без обзира да ли су донете пре или после усвајања упутства, тумачи, што је могуће више, у светлу текста и сврхе упутства како би се остварио циљ који се њиме имао у виду. Ова обавеза се нарочито односи на одредбе националних прописа усвојених у циљу имплементирања конкретног упутства. Усклађено тумачење долази у обзир тек након истека рока за имплементацију упутства, јер све до тог датума одредбе упутства се третирају као да не садрже правно перфектне обавезе.<sup>110</sup>

106 Вид. предмете: 152/84 *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)* [1986] ECR 723, тач. 48; C-106/89 *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA* [1990] ECR I-4135, тач. 6; C-91/92 *Paola Faccini Dori v Recreb Srl* [1994] ECR I-3325, тач. 20; C-232/94 *MPA Pharma GmbH v Rhône-Poulenc Pharma GmbH* [1996] ECR I-3671, тач. 12. Више о директном дејству упутстава вид. Радован Д. Вукадиновић, *Увод у инстиџуције и право Европске уније*, 6. издање, Крагујевац, 2014, стр. 162–166.

107 Предмет C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* [1998] ECR I-4799, тач. 36.

108 О појму појединца у комунитарном праву вид. Радован Д. Вукадиновић, *Сиварање и осиваривање комуниџарних љрава у Европској унији*, Београд, 1998, стр. 23–26.

109 Обавеза држава чланица да се оствари циљ предвиђен упутством, као и њихова дужност, на основу тадашњег чл. 5 Уговора о Европској заједници (сада чл. 4 ст. 3 Уговора о Европској унији), предузимања свих одговарајућих мера, општих или посебних, потребних да се осигура испуњење те обавезе односи се на све органе држава чланица, укључујући и судове када је реч о стварима које спадају у њихову надлежност. Вид. предмете: 14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891, тач. 26; нав. *љрегмељ Marleasing v Comercial Internacional de Alimentación*, тач. 8.

110 Р. Д. Вукадиновић, *Сиварање и осиваривање комуниџарних љрава у Европској унији*, стр. 93. Све до истека тог рока, државама чланицама се не може замерити што нису усвојиле мере за имплементацију упутства у национално право. Вид. и предмет C-212/04 *Konstantinos Adeneler and Others v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)* [2006] ECR I-6057, тач. 115. Овакав став је у складу и са директим дејством упутства које, такође, може наступити тек након истека рока за његово спровођење. Златан Мешкић, Дарко Самарџић, *Право Европске уније I*, Сарајево, 2012, стр. 206. Међутим, како начело лојалности, осим обавезе чињења, подразумева и дужност држава чланица да се уздрже од предузимања било којих мера које би могле угрозити остваривање циљева из Уговора о оснивању (обавеза нечињења или

Судови држава чланица су дужни да примењују начело тумачења националних прописа у складу са правом Европске уније у свим споровима, без обзира да ли се као тужени појављује држава (вертикално дејство) или приватно лице (хоризонтално дејство),<sup>111</sup> и независно од тога да ли је конкретна комунитарна одредба довољно одређена и безусловна.<sup>112</sup> Обавеза оваквог тумачења у теорији се назива и посредним дејством упутстава.<sup>113</sup>

Сматрајући да чл. 5 Упутства о пакет аранжманима није довољно прецизно формулисан да би се из њега могао извући недвосмислен закључак у погледу права на накнаду нематеријалне штете, Регионални суд у Линцу је одлучио да прекине поступак и да Суду правде упути захтев за одлучивање о претходном питању. Својим питањем национални суд је тражио да се утврди да ли се чл. 5 Упутства мора тумачити тако да се њиме потрошачима, у начелу, додељује право на накнаду нематеријалне штете због неизвршења или неуредног извршења обавеза из уговора о туристичком путовању. Може се сматрати да је прећутно постављено и питање да ли је правом на накнаду нематеријалне штете обухваћена и накнада због губитка уживања у одмору,<sup>114</sup> јер је управо поводом овог облика нематеријалне штете вођен поступак пред националним судом.

Да би се одредио обим појма штете, мора се поћи од установљене праксе Суда правде према којој потреба делотворне и једнообразне примене комунитарног права захтева да се његове одредбе, у којима није изричито упућено на право држава чланица за сврху одређивања њиховог значења, морају аутономно и униформно тумачити у целој Европској унији, узимајући у обзир њихов контекст и сврху акта у коме

уздржавања) (Р. Д. Вукадиновић, *Увод у инститорацију и право Европске уније*, стр. 63), судови држава чланица, након што упутство ступи на снагу, морају се уздржати, колико је то могуће, од тумачења унутрашњег права на начин који би могао озбиљно угрозити, након што рок за његово транспонување истекне, постизање предвиђеног циља. Вид. *нав. предмет Аденелер и Оутерс*, тач. 123.

111 Међутим, оно је од нарочитог значаја у случају када је упутством додељено право појединцу чије остваривање зависи од другог појединца. С обзиром да упутствима није признато хоризонтално директно дејство, појединци у поступцима пред националним судовима треба да захтевају да се постојећи унутрашњи прописи тумаче на усклађен начин како би њиховом применио, практично на индиректан начин, остварили своја комунитарна субјективна права у правним односима са другим појединцима. Р. Д. Вукадиновић, *Сиварање и остваривање комунитарних права у Европској унији*, стр. 122.

112 З. Мешкић, Д. Самарџић, *нав. дело*, стр. 206.

113 Р. Д. Вукадиновић, *Увод у инститорацију и право Европске уније*, стр. 164.

114 Wulf-Henning Roth, „Case C-168/00, *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. Kg*, with annotation“, *Common Market Law Review*, Vol. 40, No. 4, August 2003, стр. 939.



су садржане.<sup>115</sup> Прибегавање националним правима је искључено јер право Европске уније, начелно, нема за циљ да дефинише појмове на основу једног или више националних правних система, осим уколико је то изричито предвиђено.<sup>116</sup> С обзиром да спорна одредба не садржи такво упућивање, Суд правде је приликом тумачења чл. 5 Упутства о пакет аранжманима узео у обзир следеће околности. Пошао је од одредбе првог подстава чл. 5 ст. 2 Упутства којом се од држава чланица захтева да предузму неопходне мере да би обезбедиле да организатор путовања и/или посредник надокнади штету која је потрошачу проузрокована неизвршењем или неуредним извршењем уговора. У том смислу, из друге и треће алинеје Преамбуле Упутства јасно је да је сврха Упутства да елиминише разлике које постоје у националним правима и пракси држава чланица у области уговора о туристичким путовањима,<sup>117</sup> а које за последицу могу имати нарушавање конкуренције између туроператора из различитих држава чланица. Неспорно је да би постојање обавезе на накнаду нематеријалне штете у неким државама чланицама, али не у свим, изазвало значајно нарушавање конкуренције имајући у виду да је нематеријална штета, као што је то Комисија итакла, честа појава у

115 Вид. предмете: 327/82 *Ekro BV Vee- en Vleeshandel v Produktschap voor Vee en Vlees* [1984] ECR 107, тач. 11; C-287/98 *Grand Duchy of Luxemburg v Berthe Linster, Aloyse Linster and Yvonne Linster* [2000] ECR I-6917, тач. 43; C-357/98 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom* [2000] ECR I-9265, тач. 26.

116 Вид. предмете: 64/81 *Nicolaus Corman & Fils SA v Hauptzollamt Gronau* [1982] ECR 13, тач. 8; C-296/95 *The Queen v Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham* [1998] ECR I-1605, тач. 30.

117 *TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, као и аустријска, француска и финска Влада, су тврдили да се хармонизација националних права која се захтева Упутством о пакет аранжманима састоји једино у дефинисању минималног нивоа заштите потрошача у овој области. Као последица тога, све што није изричито обухваћено Упутством, а нарочито врста штете коју треба надокнадити, остаје у надлежности националних законодаваца. Упутство не представља ништа више него скуп суштински заједничких правила која се тичу закључења, садржаја и извршења пакет аранжмана, без исцрпног регулисања целокупне материје, посебно питања грађанске одговорности. Сходно томе, закључак о постојању права на накнаду нематеријалне штете не може бити изведен јер се у Упутству о пакет аранжманима ни на једном месту изричито не упућује на то право. За разлику од ових аргумената, Влада Белгије је тврдила да коришћење општег појма штете у првом подставу чл. 5 ст. 2 Упутства подразумева његово широко тумачење, у смислу да, начелно, све врсте штете морају бити обухваћене прописима којима се имплементира Упутство. То би значило да се, у оним државама чланицама у којима одговорност за нематеријалну штету мора бити изричито прописана, непостојање изричите одредбе са тим правним дејством мора схватити као непризнавање права на накнаду нематеријалне штете, што би било у супротности са Упутством о пакет аранжманима. Да општи појам штете који је употребљен у Упутству није могуће тумачити рестриктивно, и из њега, у начелу, искључити нематеријалну штету, сматрала је и Комисија. Вид. нав. *йредемеј Leitner*, тач. 16, 17 и 18.

овој области.<sup>118</sup> Суд правде је даље истакао да је Упутство, а посебно чл. 5 осмишљен да потрошачима пружи заштиту,<sup>119</sup> а право на накнаду нематеријалне штете због губитка уживања у одмору је, у том смислу, од нарочитог значаја за потрошаче.<sup>120</sup> Чињеница да одмори, путовања и, уопште, организовано коришћење слободног времена имају посебну друштвено-економску улогу и да су постали важни за квалитет живота појединаца, подразумева да потпуно уживање у њима мора представљати добро које у комунитарном праву заслужује заштиту.<sup>121</sup> Ово би било у складу и са распрострањеном тенденцијом ширења одговорности за нематеријалну штету, и конкретно за штету због упропашћеног

118 Комисија је у својим запажањима мислила на нематеријалну штету различиту од оне у случају телесних повреда, додајући да је у већини држава чланица призната одговорност и за друге видове нематеријалне штете, поред накнаде за претрпљене физичке болове и патњу, традиционално предвиђене у свим правним системима, иако се обим и претпоставке те одговорности разликују. И Регионални суд у Линцу је у захтеву за одлучивање о претходном питању констатовао да је у Немачкој донет пропис којим је изричито предвиђено право на накнаду нематеријалне штете када је путовање изостало или је значајно упропашћено, и да се у пракси немачких судова таква накнада досуђује. Вид. *Исцо*, тач. 12 и 18.

119 Тврдња да Упутство о пакет аранжманима има за циљ заштиту потрошача потврђена је у ранијој пракси Суда правде. У пресуди у случају *Dillenkofer and Others v Bundesrepublik Deutschland*, Суд правде је, прво, указао да се у Преамбули Упутства у више наврата упућује на заштиту потрошача. Друго, чињеница да се Упутством намеравају остварити и други циљеви, као што су уклањање препрека слободном пружању услуга и заштита конкуренције, не спречава да сврха његових одредаба буде и заштита потрошача. Најзад, истакнуто је, да ће, према чл. 100а ст. 3. тадашњег Уговора о оснивању Европске економске заједнице, на основу кога је Упутство и усвојено, Комисија у својим предлозима, који се *inter alia* односе и на заштиту потрошача, полазити од принципа *високој нивоа заштите*. Спојени предмети C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 и C-190/94 *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula and Trosten Knor v Bundesrepublik Deutschland* [1996] ECR I-4845, тач. 39. Да Упутство представља део ширег контекста политике заштите потрошача, може се закључити и из упућивања у његовој Преамбули на акте које је Заједница усвојила у овој области: Резолуцију Савета од 19.5.1981. године о другом програму Европске економске заједнице за заштиту потрошача и политику обавештавања (*Council resolution of 19 May 1981 on a second programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy* (*Official Journal* C 165, 23.6.1981, стр. 24)), Резолуцију Савета од 10.4.1984. године о политици Заједнице о туризму (*Council Resolution of 10 April 1984 on a Community policy on tourism* (*Official Journal* C 115, 30.4.1984, стр. 1)), Саопштење Комисије упућено Савету под насловом „Нови подстицај за политику заштите потрошача“ (*Commission communication to the Council entitled "A New Impetus for Consumer Protection Policy"*), одобрено резолуцијом Савета од 6.5.1986. године (*Official Journal* C 118, 7.3.1986, стр. 28).

120 Аргумент да сви модерни правни системи придају све већи значај годишњем одмору, у својим запажањима поднетим Суду правде, истакла је и Комисија. Вид. *нав. њрегмејт Leitner*, тач. 18.

121 Мишљење *Advocate General Tizzano* у *нав. њрегмејт Leitner*, тач. 43 и 44.

одмора.<sup>122</sup> Генерално посматрано, овакав правац развоја уговорне одговорности повезан је са експанзијом туризма и чињеницом да туристичке услуге нису више привилегија ограниченог броја људи, већ „производ намењен широкој потрошњи“ за који све више појединаца одваја део своје уштеђевине и свог слободног времена.<sup>123</sup>

Према мишљењу општег правобраниоца *Tizzano* и бројни аргументи језичке и систематске природе говоре у прилог широког тумачења појма штете и, према томе, потврдног одговора на питање упућено Суду правде. Најпре је примећено да се, у тексту Упутства, као и у његовој преамбули, на више места користи општи појам штете. Коришћење појма штете у општем смислу, без било каквих ограничења, оправдава закључак да тај појам треба екстензивно тумачити, тј. у корист аргумента да је намера била да се Упутством, барем начелно, обухвате све врсте штете које имају узрочну везу са неизвршењем или неуредним извршењем уговора. Ослонац за овакво тумачење посредно предстваља и помињање у подставу 4 чл. 5 ст. 2 других „штета“, поред штете у случају телесне повреде. На основу оваквог изричитог упућивања на остале врсте штете, може се закључити да појам штете укључује како материјалну штету, тако и нематеријалну штету због губитка уживања у одмору.

На основу ових разматрања, Суд правде је одлучио да одговор на питање које му је упућено мора бити да чл. 5 Упутства о пакет аранжманима треба тумачити да се њиме, у начелу, додељује потрошачима право на накнаду нематеријалне штете проузроковане неизвршењем или неуредним извршењем услуга обухваћених пакет аранжманом. Да на питање које је му је упућено Суд правде треба да одговори потврдно, истакао је у свом мишљењу и општи правобранилац *Tizzano*, додајући да би рестриктивнијим тумачењем појма штете Упутство било лишено дела своје делотворности.

Иако се тумачењем одредаба комунитарних упутстава усмерава пракса судова држава чланица, Суд правде није надлежан да непосредно тумачи национално право,<sup>124</sup> те, стога, није у могућности да обезбеди његово једнообразно тумачење.<sup>125</sup> Праксом Суда правде једино се пружа униформно тумачење појмова и начела садржаних у праву Европске уније, које ће коначно бити преузето националним имплементирајућим

122 *Истио*, тач. 43.

123 *Истио*.

124 Peter-Christian Müller-Graff, „EC Directives as a Means of Private Law Unification“, у: Arthur Hartkamp *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3<sup>rd</sup> Edition, Nijmegen, 2004, стр. 78.

125 Walter van Gerven, „The ECJ Case-Law as a Means of Unifications of Private Law?“, у: A. Hartkamp *et al.* (eds.), *нав. дело*, стр. 102.

правилима.<sup>126</sup> До тада, Суд правде је генерално судовима држава чланица препуштао да одлуче да ли је у конкретном случају тумачење домаћег права у складу са упутством могуће или би за последицу имало значење које би било *contra legem*.<sup>127</sup> Чини се, међутим, да је Суд правде у предмету *Leitner v TUI Deutschland* одступио од такве праксе и изричито сугерисао да је усклађено тумачење могуће.<sup>128</sup>

Ова пресуда, иако се њоме одражава парцијални приступ, сведочи о спремности Суда правде да да свој допринос процесу европеизације приватног права.<sup>129</sup> Мотивисана је његовом забринутостју за посебно рањив положај потрошача, и значајем који се у комунитарном законодавству придаје заштити њихових интереса.<sup>130</sup> И поред вредности коју има у том смислу, присутни су ставови да се Суд правде у овом предмету „...занео идејом општег правобраниоца *Tizzano*, да ‘накнада нематеријалне штете због губитка уживања у одмору је од посебног значаја за потрошаче’...“.<sup>131</sup> Према том мишљењу Суд правде треба да се одупре „песми сирена“, оних који га сматрају „архитектом европског приватног права“, и да тај „прометејски посао“ препусти другим институцијама Европске уније.<sup>132</sup>

Одлуке Суда правде нису од значаја само за државе чланице, већ и за придружене државе, с обзиром на њихову обавезу усклађивања домаћих прописа са правним тековинама или правним наслеђем Европске уније.<sup>133</sup> *Acquis communautaire*, поред осталог, обухвата и праксу Суда

126 *Истио*.

127 Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 5<sup>th</sup> Edition, Oxford, 2011, стр. 203. Према ставу Суда правде, обавеза усклађеног тумачења националног права ограничена је општим правним начелима, нарочито принципом правне сигурности и забране ретроактивног дејства. Такође, ова обавеза не може послужити ни као основа за тумачење унутрашњег права *contra legem*. Вид. *нав. њредмејџ Аденелер и Оthers*, тач. 110.

128 P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, стр. 204.

129 W.-H. Roth, *нав. чланак*, стр. 937 и 938.

130 Вид. у том смислу Michael Dougan, „The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law before the National Courts“, у: Paul Craig, Gráinne de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford, 2011, стр. 424.

131 W.-H. Roth, *нав. чланак*, стр. 950.

132 *Истио*, стр. 951.

133 Споразумом о стабилизацији и придруживању је предвиђено да ће усклађивање унутрашњих прописа и преузимање комунитарних тековина започети на дан потписивања Споразума и да ће се постепено проширивати на све елементе правних тековина Заједнице на које је Споразумом упућено до краја прелазног периода. Вид. Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране (*Службени гласник РС – Међународни ујговори*, бр. 83/2008; даље у

правде.<sup>134</sup> Иако у процесу усклађивања упутства имају највећи значај,<sup>135</sup> није довољно само изменити постојеће или донети нове прописе у циљу њиховог усклађивања са непосредним узором (усклађивање у ужем смислу или тзв. формална хармонизација), већ је неопходно обезбедити и њихово усклађено тумачење и примену (усклађивање у ширем смислу или тзв. функционална хармонизација).<sup>136</sup> У том смислу, осим законодавне, може се говорити и о судској и управној хармонизацији.<sup>137</sup>

Из формулације да ће Србија „настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице“, може се закључити да је у питању „мека обавеза“, чија се природа може одредити као обавеза средства, а не циља.<sup>138</sup> Међутим, за потпуно и благовремено испуњавање овакве обавезе заинтересоване су не само уговорне стране,<sup>139</sup> већ и појединци, у мери у којој им усклађени прописи буду додељивали права или наметали обавезе.<sup>140</sup> За разлику од формалног усклађивања, у погледу функционалне хармонизације Споразумом о стабилизацији и придруживању је прописано *да ће Србија обезбедити* да ће важеће и будуће законодавство бити правилно примењено и спроведено. Ширим тумачењем ове одредбе, као и обавезе признавања важности, не само усклађивању важећег српског законодавства са законодавством Заједнице, већ и његовој делотворној примени, може се говорити о постојању обавезе домаћих

фуснотама: Споразум о стабилизацији и придруживању), Наслов VI Усклађивање прописа, примена права и правила конкуренције, чл. 72 ст. 2.

134 О *acquis communautaire* као елементу политике пријема вид. Р. Д. Вукадиновић, *Увод у инститиуције и право Европске уније*, стр. 481–483.

135 Радован Д. Вукадиновић, *Како усклађивати домаће право са правом Европске уније*, Крагујевац, 2004, стр. 29 и 50.

136 Радован Вукадиновић, „Непосредна примена Споразума о стабилизацији и придруживању – Усклађивање домаћег права са правним тековинама Европске уније“, *Правни животи*, бр. 12/2010, стр. 413.

137 *Исто*. Република Србија се Споразумом о стабилизацији и придруживању обавезала не само „да ће настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице“, већ и „да ће обезбедити да ће важеће и будуће законодавство бити правилно примењено и спроведено“. Вид. Споразум о стабилизацији и придруживању, Наслов VI Усклађивање прописа, примена права и правила конкуренције, чл. 72 ст. 1.

138 Р. Вукадиновић, „Непосредна примена Споразума о стабилизацији и придруживању – Усклађивање домаћег права са правним тековинама Европске уније“, стр. 414.

139 За Републику Србију испуњење обавезе усклађивања унутрашњег права са комунитарним тековинама је од политичког значаја, јер ће се њено даље напредовање у процесу придруживања Европској унији оцењивати и на основу степена остварене хармонизације.

140 Р. Вукадиновић, „Непосредна примена Споразума о стабилизацији и придруживању – Усклађивање домаћег права са правним тековинама Европске уније“, стр. 414.

судова и управних органа да примењују усклађено тумачење.<sup>141</sup> Правним основом усклађеног тумачења може се сматрати и чл. 129 Споразума о стабилизацији и придруживању којим је предвиђено да ће стране предузети све опште или посебне мере које су потребне за испуњавање својих обавеза према овом споразуму, као и да ће се побринути да се постигну циљеви утврђени овим споразумом.<sup>142</sup> Под „свим мерама“ треба схватити и усклађено тумачење.<sup>143</sup> У циљу обезбеђивања делотворне правне заштите потрошача, Споразумом о стабилизацији и придруживању је предвиђено усклађивање потрошачког законодавства у Србији са стандардима заштите који су на снази у Европској унији.<sup>144</sup>

## V Закључак

Иако се може сматрати да правни основ за накнаду нематеријалне штете коју је путник претрпео због повреде уговора о туристичком путовања постоји и према Закону о облигационим односима, изричито предвиђање овог права у Закону о заштити потрошача је корисно јер се на тај начин отклањају дилеме које су у погледу овог питања присутне у теорији и судској пракси. У сваком случају, Закон о заштити потрошача као специјалан (*lex specialis*) и каснији (*lex posterior*) ужива предност у односу на Закон о облигационим односима уколико су испуњени услови за његову примену. Међутим, како Законом о заштити потрошача нису предвиђени облици нематеријалне штете чију накнаду потрошач има право да захтева, а имајући у виду упућујућу норму из чл. 3 ст. 7, неопходно је применити одредбе Закона о облигационим односима. О облицима нематеријалне штете који се сматрају правно релевантним, изјаснио се и Суд правде Европске уније. У предмету *Leitner v TUI Deutschland* истакао је да је за делотворну заштиту потрошача од нарочитог значаја накнада нематеријалне штете због губитка уживања у туристичком путовању, и да је она, начелно, обухваћена појмом штете који је садржан у Упутству о пакет аранжманима. Ову одлуку Суда правде морају узети у обзир и наши судови с обзиром да се из Споразума о стабилизацији и придруживању, као потврђеног међународног уго-

141 Вид. Радован Д. Вукадиновић, „Уставни оквир усклађеног тумачења и примене Прелазног трговинског споразума и Споразума о стабилизацији и придруживању“, у: Душко Димитријевић, Брано Миљаш (уредници), *Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније II*, Београд, 2012, стр. 22.

142 Очигледна је сличност ове одредбе са обавезом држава чланица на лојалну сарадњу из чл. 4 Уговора о Европској унији. *Истио*, стр. 23.

143 *Истио*.

144 Вид. Споразум о стабилизацији и придруживању, Наслов VI Усклађивање прописа, примена права и правила конкуренције, чл. 78.

вора, може извести њихова обавеза да примењују усклађено тумачење домаћих прописа. Овакво тумачење сматрамо неопходним, *a fortiori* јер се њиме штити интерес потрошача који заслужује правну заштиту, а истовремено остаје унутар значења које дозвољава одредба Закона о облигационим односима којом је предвиђена могућност досуђивања новчане накнаде за душевне болове због повреде права личности, па се не би могло сматрати *contra legem*.

**Jovan VUJIČIĆ**

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Kragujevac

## WHAT FORMS OF NON-MATERIAL DAMAGE ARE LEGALLY RELEVANT UNDER CONSUMER PROTECTION ACT AND PACKAGE TRAVEL DIRECTIVE 90/314?

### Summary

*This paper presents de lege ferenda and de lege lata arguments which justify the recognition of the consumers' rights to demand compensation for non-material damages for loss of enjoyment in holiday. This solution protects the interest of consumers who deserve legal protection, while at the same time it remains within the meaning of provision in Law on Obligations, which allows the possibility of award of monetary compensation for psychical pains because of the violation of the personal rights, so it could not be considered a contra legem. Besides national legislation, we analyzed comparative solutions, which have served as a model to our legislature in passing the Consumer Protection Act. We refer to Package Travel Directive 90/314 and the practice of the Court of Justice of the European Union in which the interpretation of the concept of damage whose compensation the consumer has the right to request was made. Special attention is paid to the judgment in the case Leitner which our courts must be taken into account because the Stabilization and Association Agreement, as ratified international agreement, obliges them to apply the harmonized interpretation of national legislation.*

**Key words:** *non-material damage, contractual liability for non-material damage, package tour contract, Consumer Protection Act, EU law.*

**Иван ТОДОРОВИЋ**  
адвокат у Београду

## ОДГОВОРНОСТ ЗА ПРАВНЕ НЕДОСТАТКЕ ПРИ ПРОДАЈИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА КАО ПРАВНОГ ЛИЦА

### Резиме

*При продаји стечајног дужника као правног лица јављају се ризици у погледу својинских претензија трећих лица на имовини која декларативно припада стечајном дужнику. Поставља се питање у којој мери је купац оваквог правног лица правно заштићен и каква су његова права у случају да дође до евикције. Аутор у овом раду најпре одговара на питање да ли могу бити исцупљене претпоставке за евикцију при продаји стечајног дужника као правног лица, а затим анализира одговорност продавца за правне недостатке и бави се обавезама прикупљања и давања информација о имовини стечајног дужника. Аутор закључује да купацу који се суочио са евикцијом стоје на располагању право на снижење купопродајне цене и право на накнаду штете.*

**Кључне речи:** *продаја стечајног дужника као правног лица, евикција, одговорност продавца за правне недостатке, стечај.*

### I Увод

Продаја стечајног дужника као правног лица је погодан начин за уновчење имовине стечајног дужника, обзиром да се оваквим на-



чином продаје постижу вишеструке користи. За стечајног дужника и његове повериоце, овај начин уновчења стечајне масе по правилу доводи до постизања веће купопродајне цене у односу на продају која би подразумевала продају појединачних ствари стечајног дужника. Поред тога, продаја стечајног дужника као правног лица подразумева и снижавање трошкова стечајног поступка и времена његовог трајања, јер ће се имовина која је предмет продаје уновчити одједном. У случају да се имовина стечајног дужника продаје по деловима, додатни трошкови ће оптеретити стечајну масу имајући у виду потребне издатке за обезбеђење и осигурање имовине и ризике од оштећења и уништења.<sup>1</sup> Овакви трошкови се избегавају, односно смањују, опредељивањем за продају стечајног дужника као правног лица. Код овог начина продаје, трошкови и трајање поступка су прецизније дефинисани и постоји већа извесност у повољном начину окончања стечајног поступка.<sup>2</sup>

Посматрано из угла заинтересованог купца, оваква куповина може бити привлачна. Купац не одговара за обавезе стечајног дужника настале до куповине, наставља се правни субјективитет стечајног дужника (што може бити важно купцу због препознатљивости брэнда на тржишту), купује се функционална целина коју купац може даље упослити, цена за предузеће која се купује у стечајном поступку је нижа од цене за друга слична предузећа која послују без финансијских потешкоћа, купљено правно лице задржава добијене дозволе (нпр. дозволе за лек код фармацеутских компанија, одобрење за изградњу и слично).

Ризици који су повезани са куповином стечајног дужника као правног лица представљају фокус истраживања овог рада. Наиме, поставља се питање у којој мери је купац стечајног дужника као правног лица осигуран од евентуалних потраживања трећих лица у погледу својинских права и које су купчеве могућности у случају да ранији сопственици имовине продатог правног лица успеју у својим захтевима, па купљено правно лице остане без имовине која је била предмет продаје у стечају.

У овој теми препознајемо два проблема. Први је да ли уопште купљено правно лице може изгубити својинска права на имовини коју потражују трећа лица, обзиром да купац стечајног дужника као правног лица купује правно лице без икаквих обавеза и да се стечајни дужник ослобађа свих обавеза. Питање је да ли оваква формулација укључује заштиту и у случају својинских претензија трећих лица, која су пра-

1 Марко Марјановић, „Услови за продају стечајног дужника као правног лица према новим стечајним прописима, *Право и приврега*, бр. 10–12/2010, стр. 182.

2 Stefan Smid et al, *Der Insolvenzplan – Handbuch für das Sanierungsverfahren gemäß §§ 217 bis 269 InsO mit praktischen Beispielen und Musterverfügungen*, Stuttgart, 2012, стр. 11.

во својине на покретним и непокретним стварима стекла пре продаје стечајног дужника, где укључујемо и нпр. повраћај имовине ранијим власницима – реституцију. Други проблем је да ли продавац стечајног дужника као правног лица одговара за правне недостатке у случају евикције, на који начин, под којим условима се ова одговорност може ограничити и под којим условима уговорена ограничења не би важила.

Сматрамо да је потребно посебно напоменути да је продаја стечајног дужника као правног лица могућа, како у редовном стечајном поступку, тако и путем плана реорганизације.<sup>3</sup> У случају продаје путем плана реорганизације, могуће је предвидети да се стечајни дужник најпре санира путем мера које се предвиде планом, а да се затим прода као правно лице.<sup>4</sup>

## II Претпоставке за евикцију

Имајући у виду да након продаје, нити купљено правно лице, нити купац, не одговарају за обавезе које су настале за стечајног дужника пре продаје, потребно је одговорити на питање да ли се под овим ослобођењем од обавеза подразумева и ослобођење од својинских претензија трећих лица на продатој имовини.

За обавезе настале према стечајном дужнику пре продаје не одговарају ни купац, нити купљено правно лице. Пасива стечајног дужника терети стечајну масу, а актива припада правном лицу које је продато.<sup>5</sup> Наизглед, овакво правило би требало да обезбеди правну сигурности за потенцијалне купце, јер ако купац не одговара за претходне обавезе, онда би требало да имовину коју купује несметано и ужива. Оваква (не)одговорност за претходне обавезе по употребљеним дефиницијама би могла обухватити и обавезе по основу потраживања трећих лица, али би исто тако могла и да језичким тумачењем обухватити ослобођење од било каквих претензија трећих лица на ствари које су продате као имовина продатог стечајног дужника. Поставља се питање да ли купљено правно лице може бити обавезано на враћање ствари – примера ради машине, превозног средства, некретнине или неког потраживања, по тужби неког лица које тврди да је сопственик те ствари. Другим речима, да ли правило из стечајног права, о неодговорности продатог правног лица и купца за обавезе стечајног дужника, дерогира општа правила стварног права о условима за стицање својине и правила о реивиндикацији?

3 Драгиша Б. Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном процесу*, Београд, 2006, стр. 409.

4 Kathrin Brei, Britta Bultmann, *Insolvenzrecht*, Baden-Baden, 2008, стр. 336.

5 Билтен судске праксе Вишег трговинског суда, *Закон о стечајном процесу кроз праксу трговинских судова 2005–2008*, Београд, 2008, стр. 214.

На ово питање дајемо негативан одговор. Правила о стицању права својине на покретним и непокретним стварима су регулисана стварним правом и том граном права су предвиђени *numerus clausus* начини стицања права својине, и та правила се на истоветан начин примењују и приликом оцене: „Чија је ствар?“ – у стечајном праву.

У супротном, ако би се узело да купљено правно лице дефинитивно стиче својину на стварима које су продате као његова имовина, поље за злоупотребе и нелогичности би било широм отворено. Примера ради, без обзира на била каква права трећих лица, купљено правно лице би се могло сматрати власником некретнине без обзира што је неко друго лице исту некретнину купило пре купљеног правног лица, или би купљено правно лице било дефинитиван власник покретних ствари које су предмет излучног права неког трећег лица, или би нпр. то правно лице дефинитивно стекло потраживања која су спорна.

Јасно је да оваква решења нису одржива. Ипак, у једноме стечајно право одступа од општих правила грађанског права.<sup>6</sup> То је правило нашег Закона о облигационим односима, у чијем члану 452 је предвиђено да у случају пријема неке имовинске целине правног лица, стичалац одговара за дугове који се односе на ту целину, до вредности њене активе.

У стечајном праву је изричито прописано да нови стичалац и правно лице које је предмет овакве продаје не одговарају за дугове који терете ту имовинску целину.<sup>7</sup> Управо овакве законске одредбе дају овом начину продаје у стечају атрактивност за потенцијалне купце и ово представља предвиђени изузетак у односу на правила грађанског права.

Дакле, као закључак овог дела рада се намеће теза да се одредбе о ослобођењу од одговорности за обавезе настале пре продаје стечајног дужника као правног лица не могу односити на својинске или државинске претензије трећих лица, те да потенцијални купци морају имати у виду ове ризике приликом доношења одлуке о куповини правних лица у стечајном поступку.

### III Одговорност продавца за правне недостатке

Обзиром да је испуњена претпоставка да уопште до евикције дође приликом куповине стечајној дужника као правног лица (уз остале

6 Владимир Козар, Милан Почуча, Иван Станковић, *Ойшїи стїечајни йосїууак – Коментїар Закона о стїечају са судском йраксом и йодзаконским акїїима*, Београд, 2013, стр. 226.

7 Владимир Козар, *Коментїар стїечајних закона – Закона о стїечају и Закона о стїечају и ликвидацији банака и друшїїава за осїїурање*, Београд, 2010, стр. 170.

претпоставке предвиђене облигационим правом), сасвим је могуће да неко лице захтева да му се ствар која се налази у купљеном правном лицу преда у својину и државину. У случају овакве евикције, поставља се питање какве могућности стоје на страни купљеног правног лица, односно каква је и чија је одговорност за евикцију.

Продају стечајног дужника као правног лица врши стечајни управник.<sup>8</sup> Оваква продаја је специфична, имајући у виду да се као продавац јавља стечајни управник, а не власник привредног друштва која се продаје (члан д.о.о., акционар). Обзиром да за правне недостатке приликом купопродаје одговара продавац, потребно је анализирати каква је одговорност стечајног управника приликом ове продаје.

Опште је правило да за правне недостатке одговара продавац. Стечајни управник се налази у позицији да продаје правно лице чији није власник и према општим правилима би могао сносити пуну одговорност уколико се на стварима које су предмет продаје појаве правне мане. Скрећемо пажњу да заинтересованом купцу вероватно не значи превише одговорност стечајног управника, имајући у виду да он обавља делатност у форми предузетника и да се може десити да он нема значајније имовине којом би одговарао за правне недостатке који се појаве, па чак и поред обавезног осигурања стечајног управника од одговорности. Обавезно осигурање од професионалне одговорности стечајног управника покрива штете које стечајни управник нанесе приликом свог рада учесницима у стечајном поступку. Међутим, професионална одговорност стечајног управника постоји у случају када је он начинио пропуст или грешку у раду, што подразумева према српском позитивном праву ситуације у којима стечајни управник проузрокује штету учесницима у стечајном поступку намерно или крајњом непажњом.<sup>9</sup> Оваква одговорност стечајног управника не би постојала ако је он уложио дужну пажњу у свом поступању, а ипак се десило да је треће лице успело у својим својинских претензијама на имовину стечајног дужника. У овој ситуацији осигурање не би покрило захтев за повраћај дела купопродајне цене, јер стечајни управник не одговара нити за лаку непажњу, нити за случај када нема његовог пропуста, а ипак је дошло до евикције. Обзиром да стечајни управник није субјект који је у своје име примио купопродајну цену, већ је та цена ушла у стечајну масу, захтев за повраћај дела купопродајне цене према стечајном управнику не би био основан.

Имајући у виду напред наведено, захтев за враћање сразмерног дела купопродајне цене требало би поставити према стечајној маси јер

8 Национални стандард бр. 5, Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом (Сл. гласник РС, бр. 13/2010).

9 Закон о стечају (Сл. гласник РС, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС, 83/2014), чл. 31.

купац плаћа купопродајну цену која улази у стечајну масу. Ако купљено правно лице изгуби својину над неком имовином, то значи да би купац имао основа за снижење цене за купљено правно лице, односно право на повраћај дела средстава, јер је дошло до неоснованог обогаћења код примаоца купопродајне цене. Сматрамо да је добро решење у упоредном праву (Аустрија) могућност да се део купопродајне цене положи на посебан рачун (*Treuhandkonto*) на одређени период, па у случају да се појаве правни недостаци и купљено правно лице буде изложено евикцији, купац има право да задржи део купопродајне цене.<sup>10</sup>

У нашем праву би слично могло бити уведено правило да се на посебном банкарском рачуну положи део новца, који би на том рачуну остао одређено време, као гаранција за могуће правне недостатке који би се појавили у неком периоду (нпр. годину дана).

Честа је ситуација да саставни део уговора о продаји стечајног дужника као правног лица буде и клаузула по којој се искључује било каква одговорност за правне недостатке у вези са продајом стечајног дужника као правног лица.<sup>11</sup> На овом месту је потребно преиспитати домањај овакве клаузуле.

У нашем праву (чл. 513 ЗОО) дозвољено је искључити одговорност за правне недостатке. Међутим, уколико је продавцу (стечајном управнику) недостатак био познат у време закључења уговора о продаји, или није могао остати непознат, искључење одговорности је неважеће.

Сматрамо да је централно питање код одговорности продавца при продаји стечајног дужника као правног лица пружање комплетних информација купцу о циљном правном лицу. Наиме, купац мора имати праву слику ствари, како би, сходно томе, могао да определи своје ризике и одлучи се за или против куповине. Купац се о стечајном дужнику информише путем проспекта (енгл. *offering memorandum*, нем. *Informationsmemorandum*) и путем омогућавања истраживања од стране потенцијалног купца у довољном временском периоду (спровођење *due diligence*). Продавац не сме прећутати било какве информације и прикрити било какве документе (примера ради податке о судским споровима,<sup>12</sup> својинских претензијама трећих лица) од купца. У случају да је стечајни управник имао документа која потврђују својинске претензије трећих лица на имовину која се продаје као саставни део стечајног дужника, или му такве претензије нису могле остати непознате, одредба о искључењу одговорности за правне недостатке не може имати било

10 Wangxiang He, *Unternehmenserwerb im Insolvenzplanverfahren*, München 2012, стр. 231.

11 W. He, *нав. дело*, стр. 230.

12 Михаило Велимировић, *Стечајно право*, Нови Сад, 2004, стр. 87.

какву правну важност. Давањем потпуних информација о стечајном дужнику потенцијалном купцу, купац добија прилику да се упозна са предметом куповине и прилику да у потпуности сагледа све ризике.<sup>13</sup>

Мишљења смо да се стечајни управник не може ослободити ове одговорности тврдећи да није био у могућности да се упозна се евентуалним претензијама трећих лица на имовину стечајног дужника, односно да за такве претензије није знао, ако о таквим претензијама сведочи пословна документација стечајног дужника. Обавеза је стечајног управника да се у потпуности упозна са укупним стањем у ком се стечајни дужник налази, укључујући пословне књиге и пословну документацију стечајног дужника.<sup>14</sup>

У случају да је стечајни управник у потпуности био савестан, те није могао ни на који начин доћи до информација да стечајни дужник није стекао право својине на некој ствари која декларативно чини његову имовину, као и о својинским претензијама трећих лица, тада одредба о искључењу одговорности за правне недостатке може имати правно дејство.

Ипак, купац не остаје у потпуности лишен сваког права по основу евикције и у случају да је стечајни управник био савестан. Наш Закон о облигационим односима предвиђа право купца, чак иако је купац знао за могућност да му ствар буде одузета, да тражи снижење цене за купљену ствар (у овом случају правно лице), али нема право на накнаду штете. Такво схватање се може наћи и у нашој литератури.<sup>15</sup>

Целокупан износ купопродајне цене купац је платио за целину коју чини стечајни дужник као правно лице, па ако му нека од тих ствари буде одузета, има право на снижење цене, јер би у супротном део те цене остао у стечајној маси без правног основа.

Сматрамо да купац при куповини стечајног дужника као правног лица не закључује било какав алеаторан уговор, односно да купац не пристаје на правне недостатке који би се могли појавити у периоду после куповине. Изузетак би једино представљала ситуација у којој је купац несавестан, тј. из документације која му је пружена на увид и из јавних књига (нпр. катастар непокретности) купцу није могао остати непознат правни недостатак. Стога, изузев у поменутом случају, купац има право да потражује смањење износа купопродајне цене и повраћај дела те цене из стечајне масе.

13 W. He, *нав. дело*, стр. 73.

14 Bruno Kübler (Hrsg.), *Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz – Eigenverwaltung und Insolvenzplan*, Köln, 2012, стр. 330.

15 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 388.

#### IV Обавезе прикупљања и давања информација

По отварању стечајног поступка, стечајни управник преузима стечајну масу. Да би стечајни управник могао на ваљани начин да оцени стање у ком се стечајни дужник налази и да би могао да пружи истините и комплетне информације заинтересованим купцима код продаје стечајног дужника као правног лица, стечајни управник мора добити целокупну документацију која је у вези са стечајном масом, али и потпуне информације од органа управљања стечајног дужника у периоду пре отварања стечаја.<sup>16</sup> Стечајни управник има право да прикупља информације и од лица која су била запослена код стечајног дужника, чак иако та лица нису била на руководећим позицијама.<sup>17</sup>

Стечајни управник би поред пописа имовине стечајног дужника, требало да изврши увид у књиге и пословне папире стечајног дужника, укључујући уговоре, документа која се односе на лизинг, финансијске извештаје, пословну кореспонденцију, документа о залози, закупу, осигурању имовине, уговоре о зајму и целокупну документацију која се односи на имовину стечајног дужника.<sup>18</sup>

Сматрамо да у нашем закону стечајном управнику нису дата довољна овлашћења у погледу прикупљања информација од ранијих руководиоца стечајног дужника. Примера ради, у немачком праву у тексту закона је унета и одредба да су ранији руководиоци (директори, чланови управних одбора, надзорних одбора) у обавези да сарађују са стечајним управником, стечајним судом и органима поверилаца у погледу пружања свих информација које та лица захтевају.<sup>19</sup> Осим тога, добијање оваквих информација се може вршити и принудним путем – одређивањем притвора овим лицима док не испуне своје обавезе.<sup>20</sup>

У случају да та лица повреду своје обавезе сарадње и пружања информација о стечајном дужнику, могу одговорати за надокнаду штете, а њихово саслушање је могуће током стечајног поступка, према одредбама закона који регулише парнични поступак у Немачкој.<sup>21</sup>

Слична правила постоје и у аустријском праву.<sup>22</sup> Наиме, стечајни дужник је дужан да пружи све информације и да презентује целокуп-

16 Владимир Чоловић, Недељко Милијевић, *Стечајни поступак*, Бања Лука, 2004, стр. 73.

17 Charlesworth & Morse, *Company Law*, London, 1995, стр. 551.

18 В. Kübler (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 330.

19 Insolvenzordnung, §97.

20 Insolvenzordnung, §98.

21 Kathrin Brei, Britta Bultmann, *Insolvenzrecht*, Baden-Baden, 2008, стр. 113, 114.

22 Konkursordnung, §§ 99, 100.

ну документацију стечајном управнику. Те информације се односе и на податке који би омогућили побијање дужникових правних радњи.<sup>23</sup> Стечајни дужник нема обавезу да прибавља документе који се налазе код трећих лица.<sup>24</sup>

На стечајном управнику је да прикупи сву документацију и информације које се односе на стечајног дужника, а одговорност лица која прикривају такве податке (ранији руководиоци) или их лажно представљају, постоји према стечајном дужнику, али према нашем мишљењу и према купцу стечајног дужника као правног лица.

Ради атрактивности понуде према потенцијалним купцима, у перспективама који се презентују о стечајном дужнику, дешава се и да се намерно изоставе значајни подаци о стечајном дужнику, нпр. у поступку приватизације код нас. У таквим ситуацијама се не може уговором искључити одговорност Агенције за приватизацију.<sup>25</sup>

Поред обавеза стечајног управника и ранијих лица која су била на руководећим функцијама у органима стечајног дужника, потребно је напоменути да постоји и посебна обавеза на страни заинтересованог купца да изврши истраживања са своје стране, ради процене вредности циљног предузећа и правне сигурности у погледу имовине која улази у састав циљног правног лица. Наиме, купац је дужан да изврши увид у јавне књиге које се тичу имовине стечајног дужника, као што су нпр. Катастар непокретности, Регистар заложног права и слично, како би и сам стекао увид о евентуалним правним проблемима у вези са имовином стечајног дужника. На овај начин купац показује потребан ниво пажње какав се захтева у оваквим трансакцијама. У супротном, купац се не би могао сматрати савесним, односно не би имао права по основу евикције.<sup>26</sup>

У погледу одговорности за информације пружене од стране стечајног дужника стечајном управнику, сматрамо занимљивим један случај из аустријске судске праксе.<sup>27</sup> Случај се односи на стечај који је отворен над имовином физичког лица, који је у аустријском праву могућ за разлику од нашег права.<sup>28</sup> Међутим, истакнути аргументи се

23 Franz Mohr, *Die Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung*, Wien, 2006, стр. 599.

24 F. Mohr, *нав. дело*, стр. 599.

25 Драгиша Слијепчевић, „Предлог за доношење закључака о спорним правним питањима у погледу ревизијских одлука другог већа донетих у предметима Прев. 20/06, 70/06 и Прев. 348/06“, *Стечај и приватизација*, V традиционално саветовање правосуђа, Вршац, 2008, стр. 203, 204.

26 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 384.

27 OGH 9Ob63/01g, доступно на интернет сајту: [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) (Bundeskazleramt).

28 Вук Радовић, *Индивидуални стечај – стечај над имовином физичког лица*, Београд, 2006, стр. 67.



могу користити путем аналогije и у случају стечаја над правним лицем. Наиме, у овом случају се радило о давању погрешних информација стечајном управнику од стране лица над чијим имовином је стечај отворен. То лице је информисало стечајног управника да је некретнина (складиште) која је изграђена без грађевинске дозволе на једној парцели његово власништво и да се ради о случају грађења на туђем земљишту, где је то лице у целости финансирало градњу уз дозволу власника парцеле. Та информација је била погрешна, јер је лице над којим је стечај отворен било сувласник парцеле, а он је уз сагласност других сувласника изградио сопственим средствима предметно складиште, уз договор да има право доживотног коришћења тог складишта, а да својина над складиштем припадне осталим сувласницима.

Поуздајући се у информације које је добио од стечајног дужника, стечајни управник је сматрао да је предметно складиште својина тог лица и по отварању стечајног поступка, продао је складиште одређеном купцу. Када је купац покушао да уђе у посед складишта, онемогућен му је улазак и након мењања браве и врата у више наврата, јасно је било да купац неће моћи да остварује своја својинска права. Стога, купац је поднео тужбу за повраћај купопродајне цене (360.000 аустријских шилинга) и за накнаду штете због давања погрешних информација стечајном управнику, а посредно и купцу.

Врховни суд Аустрије је стао на становиште да је захтев за повраћај купопродајне цене основан, али да лице над чијом је имовином стечај отворен одговара само до висине користи које је примио из стечајне масе (било је потребно посебно утврдити колика је и да ли постоји вредност права на доживотно коришћење складишта које је изграђено без грађевинске дозволе и да ли могу бити испуњени услови за добијање такве дозволе).

У погледу права на накнаду штете од стечајног дужника који је дао погрешне информације стечајном управнику, суд је заузео став да овакав захтев није основан из следећих разлога. Стечајни дужник није уговорна страна купопродајног уговора по коме је купац требао да стекне својину над предметним складиштем. Нису постојали докази да је купац са стечајним дужником био у било каквим преговорима пре закључења уговора о купопродаји, нити да су били у било каквом контакту, нити је било икаквих изјава или гаранција стечајног дужника према купцу. Није било ни доказа да је стечајни управник знао или могао знати да је стечајни дужник дао погрешне информације о некретници која је предмет продаје. Обзиром да за превару (довођење у заблуду извршено од стране стечајног дужника) стечајни управник није знао, а имајући у виду да купац није био у преговорима, нити у контакту са

стечајним дужником, заузет је став да тужбени захтев за накнаду штете против стечајног дужника није основан.

Ова одлука је значајна за наше даље истраживање и за закључне одреднице овог рада. Наиме, посматрајући одговорност за давање информација код стечајног дужника који је правно лице, ако руководиоци стечајног дужника (из периода пре отварања стечаја) дају погрешне информација стечајном управнику, а стечајни управник прода такву имовину купцу, поставља се питање да ли би такви руководиоци одговарали купцу за накнаду штете и да ли купац има право на сразмерно смањење купопродајне цене. Сматрамо да купац у сваком случају има право на повраћај дела купопродајне цене и тај захтев остварује према оном субјекту који је примио новац за такву купопродају (стечајна маса). Међутим, може се десити да је стечајна маса у потпуности исцрпљена и да у њој нема више средстава, јер су повериоци стечајног дужника намирени. Због овакве опасности требало би издвојити део стечајне масе који би остао након завршне деобе, као гаранција за исплату потраживања купца стечајног дужника као правног лица или би требало увести правило да се део купопродајне цене задржава на депозитном рачуну одређено време (нпр. годину дана) због евентуалних потраживања које би имао купац.

У погледу одговорности за штету, мишљења смо да законски заступници стечајног дужника носе одговорност за давање погрешних информација, обзиром да су они дужни да својим потписом гарантују тачност и потпуност података које дају стечајном управнику. Такав је случај и код нас у поступку приватизације, јер када се стечајни дужник продаје као правно лице кроз приватизацију коју спроводи Агенција за приватизацију Републике Србије, законски заступник стечајног дужника потписује изјаву о тачности информација о субјекту приватизације које се представљају у проспекту.<sup>29</sup>

Поред одговорности лица које потписује такву изјаву, по ставовима израженим у литератури, одговорност за нетачне информације може сносити и Агенција за приватизацију.<sup>30</sup>

Мишљења смо да заступник стечајног дужника, који потписује изјаву о тачности информација датих у проспекту који се презентује потенцијалном купцу, одговара за штету услед датих погрешних информација, јер се управо на ове информације купац ослања приликом анализе правне и економске ситуације код стечајног дужника, као и када се опредељује за или против куповине. У случају да је погрешно информисан од стране трећих лица, а не свог директног уговорача

29 Д. Слијепчевић, *нав. чланак*, стр. 204.

30 *Ibid.*, стр. 208.

(стечајног управника), може се сматрати да превара потиче од стране трећег лица и постојала би вануговорна одговорност за штету тих лица према купцу. Сматрамо да оваква одговорност законског заступника стечајног дужника, који је руководио правним лицем у периоду пре отварања стечајног поступка постоји, обзиром да су та лица дужна да својим потписом гарантују за тачност информација које достављају. Та лица могу бити ослобођена одговорности једино у случају да могу доказати да ни они сами нису ни на који начин могли знати да су у питању погрешне информације.

## V Закључак

Током истраживања које је представљено у овом раду, дошли смо до закључака да је најпре могућа ситуација у којој би дошло до евикције, односно да на бази правних претензија трећих лица дође до одузимања имовине која је улазила у састав купљеног стечајног дужника као правног лица. Купац таквог правног лица није лишен својих права, јер он има одређене правне могућности.

Најпре, он има право на сразмерно смањење купопродајне цене (односно повраћај дела цене из стечајне масе), али он има право и на накнаду штете од лица која су свесно дала погрешне информације о стечајном дужнику, јер се на бази таквих информација купац опредељује за куповину.

Са друге стране, за основаност потраживања накнаде штете према тим лицима, предуслов је и да купац буде са своје стране савестан, односно да искористи расположиве могућности да сам стекне информације о правима трећих лица на стварима које чине имовину стечајног дужника као правног лица.

Централно питање код одговорности за правне недостатке код куповине стечајног дужника као правног лица је начин информисања о имовини стечајног дужника и питање који субјекти имају какве обавезе у погледу пружања и прикупљања података који се тичу те имовине. Кроз анализу ових одговорности и обавеза у конкретном случају долази се до одговора да ли неки субјект одговара купцу за накнаду штете услед датих погрешних информација о стечајном дужнику. Стога, честа одредба о искључењу одговорности за правне недостатке код продаје стечајног дужника као правног лица има ограничен домашај.

**Ivan TODOROVIĆ**  
Attorney at Law in Belgrade

## LIABILITY FOR LEGAL DEFICIENCIES WITH REGARD TO THE SALE OF THE BANKRUPTCY DEBTOR AS A LEGAL ENTITY

### Summary

*With regard to the sale of the bankruptcy debtor as a legal entity, certain risks appear in connection with ownership claims of third parties on the property which is declared as the ownership of the bankruptcy debtor. The question arises to which extent the buyer of such legal entity is legally protected and which rights the buyer has in the case of eviction. The author of this article firstly answers the question if the prerequisites for the eviction in the sale of the bankruptcy debtor as a legal entity can be fulfilled and further analysis the liability of the seller for legal deficiencies. In addition, the author deals with the obligations of gathering and distribution of information about the property of the bankruptcy debtor. Author concludes that the buyer has the right to proportional price reduction and compensation of damages in the case of eviction.*

**Key words:** *sale of the bankruptcy debtor as a legal entity, eviction, liability of the seller for legal deficiencies, insolvency.*

УДК 347.72.04

**Найаша ЦВЕТИЋАНИН**, мастер права  
адвокат и стечајни управник

## **ПРАВ(Н)И ЗНАЧАЈ И МЕСТО ДОБРОВОЉНЕ ЛИКВИДАЦИЈЕ У СИСТЕМУ ПРЕСТАНКА ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА**

### **Резиме**

*Овим радом се жели указати на чињеницу колико је значајно на законити и професионалан начин знати и умети сировести постојећак добровољне ликвидације привредних друштава, те како је и зашто овај постојећак неодровдано удровићен и лавцизиран од стирани нејових учесника.*

*Аутор у раду инсистира на значају добровољне ликвидације привредних друштава у систему престанка привредних друштава које му по закону припада, али је скептичан да се овом постојећу придаје истиа важност и у пракси, имајући у виду „неадекватан“ начин на који се, у највећем броју случајева, постојећа од стирани учесника постојећука и орјана који је надлежан за њеово сировођење.*

*Аутор закључује да би за „унапређење“ постојећука добровољне ликвидације привредних друштава било најбоље донети измене и дојуне закона и увести професионализацију функције ликвидационој уравника.*

**Кључне речи:** *добровољна ликвидација, престанак привредној друштва, ликвидациони уравник.*

## I Увод

У раду су представљени појам добровољне ликвидације привредних друштава и место које добровољна ликвидација заузима у систему престанка привредних друштава. Потом је институт добровољне ликвидације приказан кроз низ специфичности које одликују како покретање тако и спровођење и окончање поступка добровољне ликвидације привредних друштава. На крају је утврђено место добровољне ликвидације у законском систему Републике Србије.

Разлог због кога је аутор обрадио ову тему јесу неке посебности овог института, али и низ проблема које је аутор уочио у пракси.<sup>1</sup> Који су то практични проблеми? Наиме, од момента оснивања надлежног органа за регистрацију и брисање привредних субјеката битно је повећан број добровољних ликвидационих поступака. Ову чињеницу су својевремено често пратиле тврдње да је сам поступак „олакшан“ и „без претераног учешћа суда“, иако је дискутабилан начин на који је надлежни орган спроводио и окончавао поступке добровољне ликвидације.<sup>2</sup> Даље, овлашћени службеници овог органа нису били довољно стручни да цене испуњеност услова за покретање и окончање поступка добровољне ликвидације, те брисање привредног друштва из Регистра привредних субјеката, а власници привредних друштава су се понашали по принципу „упиши-обриши“, што је све заједно имало за последицу разне злоупотребе и паушалну примену овог институт (неиспуњење обавеза према државним органима и фондовима, отпуштање запослених и др.). Коначно, није постојала професионална оспособљеност ликвидационих управника, него је ту функцију најчешће обављало лице без посебних стручних и практичних знања и вештина, што законом није забрањено, али је доводило до проблема у пракси (од незнања до злоупотреба).

Када је реч о законском оквиру, Закон о привредним друштвима из 2011. године је уредио услове за покретање поступка добровољне ликвидације, начин спровођења поступка, као и права, обавезе и одго-

1 Аутор је, обављајући функцију стечајног и ликвидационог управника, био у прилици да практично примењује прописе који се односе на стечај и ликвидацију донете 1989, 2004. и 2009. године, као и прописе о предузећима и привредним друштвима донете 1996, 2004. и 2011. године. Будући да је у тренутку израде рада важећа регулатива „побољшала“ терминологију везану за стечај и ликвидацију, може се констатовати да је аутор у пракси руководио поступцима банкрота и добровољне ликвидације.

2 Према мишљењу кандидата, привредна друштва су често брисана из Регистра привредних друштава без било какве претходне контроле испуњености свих законских услова за ликвидацију солвентних привредних друштава, што је нарочито доводило до оштећења поверилаца (запослени, држава и др.).

ворности ликвидационог управника и власника привредног друштва.<sup>3</sup> Одредбе овог закона су битно појасниле и детаљније уредиле поступак добровољне ликвидације и положај ликвидационог управника у односу на претходно важећи Закон о привредним друштвима из 2004. године. Ипак, аутор сматра да конкретне законске одредбе нису довољне за квалитетно и законито спровођење поступка добровољне ликвидације, те да би услед постојања правних празнина било правно логично (због природе поступка) и неопходно (због произвољних решења и настанка злоупотреба) применити правила стечајног поступка.<sup>4</sup>

## II Начини престанка привредног друштва

Ликвидација привредног друштва, у ширем смислу, означава поступак престанка привредног друштва, чији начин и услови спровођења су прописани законом.

Ако је потребно, односно нужно да привредно друштво буде искључено из правног промета, односно брисано из одговарајућег регистра, претходно се мора покренути и спровести поступак његове ликвидације. Да ли ће поступак ликвидације кренути у смеру ликвидације у ужем смислу (која се може спровести као добровољна или принудна) или у смеру стечаја (који се може спровести банкротством или реорганизацијом), зависи од претходне испуњености одређених материјалних (законских) услова.

Поред ликвидације, привредно друштво може престати и статусном променом (припајање, спајање, подела), а која представља специфичну реорганизацију привредног друштва, где нпр. привредно друштво које се припаја или дели престаје да постоји, али без спровођења поступка ликвидације. Иако има елемената ликвидације привредног друштва у ширем смислу, статусне промене се не спроводе на основу прописа о стечају и ликвидацији (у ужем смислу), будући да представљају по-

3 Закон о привредним друштвима – ЗПД (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011) предвиђа и поступак принудне ликвидације који покреће и по службеној дужности води надлежни орган за привредне регистре (Агенција за привредне регистре Републике Србије). Према сазнањима аутора, у тренутку израде рада, пред Агенцијом за привредне регистре покрећу се и спроводе само поступци добровољне ликвидације, будући да поступак принудне ликвидације, органи за спровођење поступка и трошкови нису прописан законом, односно у том делу постоји правна празнина. Види: Љубиша Дабић, „Принудна ликвидација привредног друштва“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2012, стр. 118–131.

4 Види: Наташа Цветићанин, *Мојћностј сходне љримене стјечајних љройиса у љостјуйку добровољне ликвидације љривредних друштјава*, Правни факултет, Београд, 2014.

себан поступак престанка привредног друштва, чији начин и услови спровођења су такође прописани законом.

Ако се на овакав начин посматрају ликвидација, стечај и статусне промене, може се закључити да стечај представља врсту ликвидационог поступка, док су статусне промене начин престанка привредног друштва *per se*, без спровођења поступка ликвидације.<sup>5</sup>

Постоји неколико теоријски значајних подела ликвидације у ужем смислу, а према критеријумима који леже у њиховој основи: добровољна и принудна (критеријум представља воља субјекта у погледу престанка), вансудска и судска (критеријум представља улога суда), солвентна и инсолвентна (критеријум представља постојање, односно довољност средстава за намирење поверилаца), редовна и посебна (критеријум представља особеност ликвидационог субјекта).<sup>6</sup>

У енглеском праву, добровољна ликвидација може бити покренута и спроведена од стране власника привредног друштва, односно његових поверилаца (а који опет могу захтевати, ако имају довољно аргумената које цени суд, да уместо ликвидационог субјекта поступак настави да води надлежни суд, што поступак претвара у добровољну „судску“ ликвидацију).<sup>7</sup>

### III Специфичности добровољне ликвидације

#### 1. Сагласност воља и разлози за доношење одлуке о добровољној ликвидацији

Најчешће, добровољна ликвидација је у исто време и вансудска и редовна, али је увек (обавезно) солвентна. На основу пуноважне одлу-

5 Вук Радовић, *Добровољна ликвидација њредузећа*, Правни факултет, Београд, 2001, стр. 1.

6 Небојша Јовановић и др., *Приручник за стечајне управнике*, Intemex, Београд, 2006, стр. 417–418; Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право њривредних друштва*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 541–542 и 549.

7 Енгл. *Voluntary winding up (members voluntary solvent; creditors voluntary solvent)*, види: Andrew Keay, Peter Walton, *Insolvency Law-Corporate and Personal*, Essex, 2003, стр. 40–43; у Ирској постоји само members voluntary solvent, док повериоци иницирају добровољну ликвидацију ако је друштво инсолвентно, а на предлог власника друштва, види: Harry Rajak, Peter Horrocks, Joe Bannister, *European Corporate Insolvency, A Practical Guide*, West Sussex, 1995, стр. 334; Geoffrey Morse, Charlesworth and Morse: *Company Law*, London, 1991, стр. 790–805; М. Васиљевић, нав. дело, стр. 548; Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о њривредним друштвима*, Београд, 2006, стр. 684. О кретањима *voluntary/solvent liquidation (dissolution of solvent company)* у правима земаља ЕУ види: Н. Rajak, Р. Horrocks, Ј. Bannister, нав. дело, стр. 88, 90, 206–221.



ке покрећу је власници друштва (својом вољом), односно сви они који имају чланска права у ликвидационом субјекту, а тиме и право да донесу одговарајућу одлуку у друштву. Разлог да власници донесу такву одлуку може бити било који (нпр. повлачење са тржишта услед неповољне пореске политике, поштравања прописа релевантних за обављање делатности, лични конфликт власника, односно блокада рада скупштине друштва), тј. нема законом предвиђених разлога, а циљ је увек исти – да друштво престане.<sup>8</sup>

Наш ЗПД не регулише садржину одлуке о покретању поступка добровољне ликвидације. У пракси је уочено да ова одлука садржи нарочито: назив органа који је одлуку донео, пословне податке о друштву, датум доношења одлуке са евентуалном напоменом о одложеном ступању одлуке на снагу, изрека да се покреће поступак ликвидације са или без навођења разлога, разрешење постојећих законских заступника друштва, именовање ликвидационог управника (једног или више) са његовим личним подацима (име и презиме, лични број), налог ликвидационог управнику да поднесе регистрациону пријаву за регистрацију покретања поступка ликвидације, потпис и печат друштва. Одлука најчешће не садржи било какву потврду (изјаву) о солвентности друштва, пошто таква обавеза није прописана законом, али би било корисно унети је, пошто то уноси дозу озбиљности и извесности за повериоце о позитивном исходу спровођења поступка ликвидације.

## 2. Законска претпоставка солвентности ликвидационог субјекта

За покретање поступка ликвидације, незаобилазни предуслов је солвентност друштва, у свим случајевима ликвидације привредног друштва од стране власника.<sup>9</sup> Поред имовине која је довољна да се намире сви повериоци који имају потраживања настала пре покретања поступка и током спровођења поступка, друштво у принципу треба да поседује и „вишак“ имовине, тако да му на крају поступка преостане део ликвидационе масе који се дели, односно преноси власницима на име права на ликвидациони остатак.<sup>10</sup>

8 ЗПД из 2004. године је садржао „нарочите“ разлоге за покретање поступка ликвидације који су били „помешани“ у погледу основа за покретање добровољне и принудне ликвидације, чије јасно раздвајање тада није постојало. Кандидат је мишљења да закон не треба да дефинише списак разлога за покретање поступка добровољне ликвидације, посебно не да их ограничава или да их меша са разлозима принудне ликвидације; тренутно важећим ЗПД из 2011. године ова нелогичност је исправљена.

9 М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, стр. 683.

10 Михаило Велимировић, „Добровољна ликвидација предузећа“, *Право и привреда*, бр. 5–8/1998, стр. 39.

Разлог за доношење одлуке не сме бити финансијске природе, односно у тренутку доношења одлуке о ликвидацији друштва, исто мора бити солвентно, тако да има довољно средстава за намирење свих својих обавеза у периоду од покретања до окончања поступка добровољне ликвидације. Власници друштва не би смели да донесу одлуку ако знају или су морали знати да друштво нема довољно имовине да подмири све своје обавезе које су настале до тренутка доношења предметне одлуке, а у коју имовину је урачунато и намирење обавезе које ће настати у току спровођења поступка ликвидације (укључујући награду за рад и накнаду трошкова ликвидационог управника).

Даље, управа друштва, ако зна или је морала знати за *инсолвентнось друштва*, требало би да упозори власнике на незаконитост доношења такве одлуке.<sup>11</sup>

Последњи „стуб одбране“ евентуалној незаконитој одлуци власника друштва представља ликвидациони управник који мора да поднесе предлог за покретање стечајног поступка уколико утврди да је ликвидациони субјект презадужен, али он то може учинити тек пошто се састави почетни ликвидациони биланс, односно извештај. У том случају постоји протек одређеног времена и могућност наступања штете, која, питање је, да ли се може накнадити услед несавесног и незаконитог одлучивања власника друштва, што је, по мишљењу кандидата, чест случај у пракси.

Ово се може превазићи тако што ће за власнике, односно управу друштва закон прописати казнену одговорност и/или обавезу давања одговарајуће изјаве управе друштва о солвентности друштва која ће *важити за све време трајања ликвидације* (било као део одлуке о покретању поступка ликвидације, било као посебан документ), а на основу које ће потом власници доносити одлуку о ликвидацији друштва. Оваква изјава, јасно утврђена законом, би била основ за покретање одговарајућег поступка против управе, односно власника ликвидационог субјекта.<sup>12</sup>

11 Иако управа друштва не извршава одлуку о покретању поступка добровољне ликвидације, већ се она том одлуком разрешава, а именовани ликвидациони управник предузима следећи корак (предаја регистрационе пријаве надлежном регистру за регистрацију покретања поступка ликвидације), управа има законску обавезу (дужност пажње) да „опомене“ власнике друштва на последице незаконите одлуке, односно и сама треба да сноси материјалну одговорност за учешће у доношењу незаконите одлуке. Види: ЗПД, чл. 64.

12 Енглеско право познаје установу декларације солвентности друштва, коју даје управа друштва, што је основ за добровољну ликвидацију, где се даје мишљење да ли ће компанија бити способна да исплати све повериоце са каматом, види: М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, стр. 683. У енглеском праву, директор одговара кривично и изриче се казна затвора ако је дао изјаву без правног основа, види: G. Morse, *нав. дело*, стр. 791–792.

У пракси, солвентност треба да подразумева да је управа привредног друштва, након што је извршила потпуну проверу пословног и финансијског стања правног лица, односно његове имовине, заузела став да је могуће да друштво исплати сва своја дуговања у целокупном износу, укључујући и камату.<sup>13</sup>

Ово подразумева и да је управа пронашла решење како да наплати сва потраживања друштва у кратком року, како да разреши спорне имовинске односе у корист друштва, а да не наступе нови у поступку ликвидације, како да на најповољнији начин уновчи имовину друштва, ако за тим буде потребе, те да је израчунала колики ће бити трошкови спровођења ликвидације. Може се закључити да је потребно доста планирања и прецизна рачуница пре него што се донесе одлука о ликвидацији. Пракса је показивала супротно – најпре се донесе одлука, па се потом питања и проблеми решавају „у ходу“, што никада не може резултирати повољним исходом, пре свега за повериоце друштва.

### 3. Улога суда

Према ЗПД,<sup>14</sup> суд има улогу у решавању спора између ликвидационог управника и власника привредног друштва у погледу награде за рад и висине трошкова, када она није одређена уопште или када ликвидациони управник није задовољан износом утврђеним од стране друштва. Такође, суд ће интервенисати ако наступе радњи (у погледу имовине или друге које је било неопходно предузети у току спровођења поступка) после брисања друштва из надлежног регистра, тако што ће на захтев заинтересованог лица одредити ликвидационог управника (закон не прецизира ранијег или новог). У оба случаја суд ће одлучивати у ванпарничном поступку.

Суд је изгубио надлежност да именује ликвидационог управника, коју је имао према раније важећем ЗПД. Овакво овлашћење суда је било нелогично будући да су поступак регистрације покретања поступка ликвидације (тима и регистрације ликвидационог управника) и брисање друштва били у надлежности Агенције за привредне регистре, а власници друштва су у сваком тренутку могли да разреше ликвидационог управника уколико нису били задовољни његовим радом, односно из било ког разлога (мада би било добро да ипак постоји „оправдан разлог“, а како би власници друштва избегли евентуалну тужбу због неоправданог „отказа“ ликвидационом управнику). У прилог овоме иде

13 Дара Миленовић, „Напомене о неким питањима ликвидације привредних друштва – према Закону о привредним друштвима“, *Правни живоић*, бр. 12/2008, стр. 36.

14 ЗПД, чл. 542, 543.

и чињеница да у новијој судској пракси привредних судова није забележено ни именовање ликвидационог управника нити друго учешће суда у поступку добровољне ликвидације привредног друштва.<sup>15</sup>

#### 4. Однос других поступака према поступку добровољне ликвидације

Према ЗПД,<sup>16</sup> паралелно са поступком добровољне ликвидације могу се покренути, односно спроводити и други поступци против или у корист ликвидационог субјекта, а посебно поступак извршења и стечај. Такође, не прекида се ни парнични поступак, а ликвидациони управник је дужан да изда нова пуномоћја.<sup>17</sup>

Иако у претходно важећем ЗПД није било овакве изричите одредбе, те спровођење других поступака се могло правдати „довољношћу“ средстава за намирење свих поверилаца, односно није било бојазни да би неко остао ненамирен, у пракси су се појавиле злоупотребе. Управо је поступак добровољне ликвидације покретан да би се избегло плаћање дуговања, односно наплата потраживања, те да би покретањем тог поступка били „стопирани“ други поступци који омогућавају повериоцима да се намире (извршење, стечај). У овом случају аналогија са покретањем стечајног поступка (где се прекидају сви судски, управни и порески поступци у односу на стечајног дужника, односно његову имовину) је незаконита будући да је ликвидациони субјекат солвентан! Дакле, новим ЗПД је искључена могућност утицаја на друге поступке.<sup>18</sup>

#### 5. Обустава добровољне ликвидације

Према ЗПД,<sup>19</sup> власници друштва могу одлучити да обуставе поступак добровољне ликвидације и да наставе са пословањем. Ипак, овакву одлуку власници друштва су овлашћени да донесу само ако је ликвидациони субјект у спровођењу поступка ликвидације већ намирио све повериоце у целости (било да су њихова потраживања призната или оспорена) и ако није отпочео расподелу имовине власницима друштва на име ликвидационог остатка. О овим околностима ликвидациони

15 Ненад Аврамовић, Владан С. Перишић, „Привредна друштва у ликвидацији“, Зборник радова *Актуелне и промене у правном систему држава у региону*, Нови Сад, 2011, стр. 295.

16 ЗПД, чл. 527.

17 Види: Велисав Марковић, „Добровољна ликвидација привредних друштава“, *Право – теорија и пракса*, бр. 1–3/2013, стр. 80.

18 Драгослав Словић, Гордана Мрдак, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2012, стр. 565.

19 ЗПД, чл. 538.

управник даје изјаву која је саставни део одлуке о обустави ликвидације. Ништа од овога није спорно и потпуно је у складу са легитимном одлуком власника да даље наставе своје пословање (из истих разлога због којих су прекинули пословање, а који никако нису финансијске природе, ако су ти разлози отклоњени и више нису сметња даљем пословању друштва).

У пракси, могућност обуставе поступка добровољне ликвидације је постојала и док је ЗПД изричито није прописао, пошто је ЗПД из 2004. године није забрањивао, а Агенција за привредне регистре је дозвољавала регистрацију даљег наставка пословања, будући да је све било „на добровољној бази“ – и покретање и обустава поступка. Међутим, поступак добровољне ликвидације је често био покретан, а потом обустављан из разлога да би запосленима био отказан уговор о раду услед доношења одлуке о покретању ликвидације, што сада ЗПД изричито забрањује. Наиме, поред горе поменутих услова за доношење одлуке о обустави поступка добровољне ликвидације, додатни услов је да ликвидациони субјект није отказао уговор о раду било ком запосленом по основу ликвидације. Ипак, ликвидациони управник није дужан да да изјаву у погледу отказа уговора запосленима, нити ЗПД утврђује неки други механизам провере оваквог законског услова, што поново може довести до низа злоупотреба у пракси.<sup>20</sup>

## 6. Конверзија добровољне ликвидације у стечај

Према ЗПД,<sup>21</sup> постоји још један разлог за покретање стечајног поступка, поред стечајних разлога које наводи Закон о стечају.<sup>22</sup> Наиме, ако ликвидациони управник у првих 30 дана у којима је обавезан да

20 Према мишљењу кандидата, законодавац је увођењем института обуставе поступка добровољне ликвидације, односно услова који морају бити испуњени да би се таква одлука спровела у надлежном регистру остао недоречен у погледу заштите права запослених, будући да услов у погледу отказа уговора о раду остаје на папиру, пошто нема законског механизма како ће бити „проверен“ у пракси (нпр. ликвидациони управник је дужан да достави важећи списак запослених у тренутку покретања и у тренутку обуставе поступка добровољне ликвидације, са доказима о пријави запослених код надлежних служби и фондова и њиховим потврдама да није било одјава, који би требало да се поклапају, осим уговора који су отказани из других законских разлога, а не из разлога покретања поступка добровољне ликвидације). И ова правна празнина би требала бити коригована судском праксом, каква постоји у погледу односа правноснажног решења о отказу уговора о раду и обуставе ликвидационог поступка када ЗПД из 2004. године није изричито прописао обуставу поступка ликвидације. Више о овој судској пракси види: В. Марковић, *нав. дело*, стр. 76, фн. 25.

21 ЗПД, чл. 539

22 Закон о стечају – ЗС (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС и 83/2014), чл. 11.

састави финансијски извештај (почетни ликвидациони биланс) утврди да је ликвидациони субјект презадужен, дужан је да у року од 15 дана од дана састављања биланса поднесе предлог за покретање стечајног поступка. Према наведеним роковима, може се закључити да ликвидациони управник већ у раној фази поступка може утврдити да ли је „отпао“ законски предуслов за спровођење поступка добровољне ликвидације, те у оквиру својих дужности према друштву (начело савесности и дужне пажње) је потребно да што пре састави почетни ликвидациони биланс, те не одуговлачи са евентуалним покретањем стечајног поступка, ако је исти неминован.

У још једној, каснијој фази, у тренутку израде почетног ликвидационог извештаја, најраније 90, а најкасније 120 дана од дана почетка ликвидације, ликвидациони управник поново може утврдити да је ликвидациони субјект инсолвентан, те обавезно у року од 15 дана од дана састављања извештаја поднети предлог за покретање стечајног поступка.

У енглеском праву, ликвидациони управник за процену инсолвентности има 12 месеци, колико траје важност декларације о солвентности издате од управе друштва. Када је савестан у погледу чињенице да је наступио разлог инсолвентности, ликвидациони управник је обавезан да сазове скупштину друштва и обавести повериоце. Поступак власничке ликвидације ће се конвертовати у поверилачку ликвидацију, а сматраће се да изјава о солвентности никада није ни дата. У овој ситуацији, а на захтев поверилаца, ликвидационог управника може именовати суд.<sup>23</sup>

## 7. Орган(и) ликвидационог субјекта

Поред именованог ликвидационог управника (или више њих) који преузима улогу законског заступника ликвидационог субјекта (а које функције се разрешавају члан(ови) претходне управе) и који је одговоран за његово законито пословање, не треба заборавити да власници привредног друштва (ортаци, комплементари, скупштина д.о.о., скупштина а.д.), настављају да доносе одлуке у поступку добровољне ликвидације, односно и даље обављају своју функцију кроз: усвајање почетног ликвидационог биланса и извештаја ликвидационог управника, усвајање годишњег ликвидационог извештаја и завршног ликвидационог биланса, доношење одлуке о обустави ликвидације и одлуке о окончању поступка ликвидације.<sup>24</sup>

Према мишљењу кандидата, власници привредног друштва (односно скупштина чланова или акционара, ортаци или комплементари)

23 G. Morse, *нав. дело*, стр. 795–796.

24 ЗПД, чл. 536, 537, 538, 540.

могу се такође посматрати као орган ликвидационог субјекта. ЗПД нема посебну одредбу која власницима друштва даје статус органа ликвидационог поступка, али је из текста закона логично закључити да се неке активности ликвидационог управника не могу спровести без претходне одлуке власника друштва.<sup>25</sup>

Такође, ЗПД у делу о ликвидацији привредног друштва не говори ништа о давању претходног одобрења, односно сагласности на поједине радње ликвидационог управника, што не значи да он не треба да их захтева у пракси, а према општим правилима ЗПД.<sup>26</sup>

Према мишљењу кандидата, потребно је да ликвидациони управник обавезно прибави претходно одобрење, односно сагласност власника друштва за предузимање следећих радњи: пријава послова и радњи у којима постоји лични интерес и прекорачење граница овлашћења.<sup>27</sup>

У белгијском праву, скупштина друштва има најшира овлашћења и функције које су некада припадале разрешеном одбору директора, тако да она одлучује о обиму овлашћења и пословима које предузима ликвидациони управник (осим ако то већ није прописано оснивачким актом).<sup>28</sup>

25 „Управљање ликвидационим субјектом за време ликвидације остаје у рукама његових власника“, Н. Јовановић и др., *нав. дело*, стр. 425.

26 Тако ликвидациони управник (као лице које има посебне дужности из ЗПД, чл. 61) је дужан да пријави посао и радњу у којима постоји лични интерес одговарајућем органу друштва. Према ЗПД, чл. 65 то су управа друштва или надзорни одбор, а изузетно скупштина друштва ако друштво има само директора. Према мишљењу кандидата, иако је то законски изузетак, одлуку о постојању личног интереса код ликвидационог управника могу донети само власници друштва.

27 Овлашћења ликвидационог управника прописује ЗПД, чл. 532 који набраја она најважнија, али оставља простора да се листа послова и радњи прошири само ако је то неопходно ради спровођења поступка ликвидације. Да ли су неки послови неопходни за спровођење поступка, некада одлуку може донети сам ликвидациони управник, а некада је препоручљиво да одлуку донесу власници друштва, а на образложен предлог ликвидационог управника. Ово посебно ако се ради о пословима који могу довести до губитка права ликвидационог субјекта или проузроковања штете, а што би могло довести до одговорности ликвидационог управника. Ликвидациони управник је одговоран за штету ако поступак није спроводио законито, али ако је у неким пословима поступао у складу са одлуком „надлежног органа“, онда се његова одговорност искључује (ЗПД, чл. 41, 544). Са становишта праксе и претпостављених одговорности (деликтне, кривичне), за ликвидационог управника је много „паметније“ да тражи претходно или накнадно одобрење од власника друштва, те се у том контексту они посматрају као равноправни орган ликвидационог субјекта.

28 Н. Rajak, P. Horrocks, J. Bannister, *нав. дело*, стр. 58.

## 8. Одсуство посебних правила о дејству добровољне ликвидације

ЗПД не прописује посебна правила о дејству добровољне ликвидације, односно наступању одређених правних последица услед покретања поступка добровољне ликвидације. Из тог разлога се мора размишљати у правцу сходне примене стечајних прописа на поступак добровољне ликвидације. У случају покретања стечајног поступка, последице наступају по стечајног дужника у вези са правним пословима које је предузео пре покретања стечајног поступка и поступцима који се воде против или у корист стечајног дужника или његове имовине.<sup>29</sup>

У енглеском праву постоје следећа посебна правила о дејствима добровољне ликвидације: ликвидација солвентног друштва не значи аутоматски и престанак радног односа запослених; престанак овлашћења борда директора, осим ако скупштина или ликвидациони управник не одобре настављање обављања дужности; расподела имовине врши се тако што се прво намирују трошкови, па привилеговани и обезбеђени повериоци, након тога необезбеђени повериоци; остатак имовине припада власницима у виду ликвидационог вишка у сразмери са њиховим учешћем у капиталу.<sup>30</sup>

## IV Законски оквир

### 1. Развој института

Добровољна ликвидације је уведена Законом о предузећима из 1996. године. Званичан законски термин је био „ликвидација“, а сам институт је представљао новину у нашем правном систему у односу на поступак ликвидације који је већ био прописан Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији из 1989. године (у теорији и пракси означавао као судска ликвидација).<sup>31</sup>

### 2. Позитивно право

Добровољна ликвидација привредних друштава је уређена одредбама ЗПД, а поједина питања су регулисана и Законом о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре и Законом о Агенцији за привредне регистре.<sup>32</sup>

29 ЗС, чл. 73–100.

30 М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, стр. 684.

31 О разлозима и циљевима увођења института вид. М. Велимировић, *нав. чланак*, стр. 34.

32 *Службени гласник РС*, бр. 99/2011 и *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 111/2009 и 99/2011.



Привредна друштва која су субјекти добровољне ликвидације у смислу ЗПД представљају друштва лица (ортакчко и командитно) и друштва капитала (акционарско и друштво са ограниченом одговорношћу). Са друге стране, ликвидација посебних привредних субјеката (банке, друштва за осигурање, инвестициона друштва и др.) је додатно уређена и другим законским прописима.<sup>33</sup>

Ако би се размишљало у правцу да је законски могућа и дозвољена сходна примена стечајних прописа у поступку добровољне ликвидације привредних друштава, што је и став аутора, прописи чија би примена у том случају преовладала јесу ЗС, Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом и Кодекс етике стечајних управника.<sup>34</sup> Такође, може се размишљати у правцу да и обичаји и судска пракса имају утицаја на попуњавање правних празнина које постоје код института добровољне ликвидације привредних друштава.<sup>35</sup>

### 3. Могућ законски оквир

У српском праву добровољна ликвидација, односно ликвидација солвентног друштва је већ представљала део стечајног законодавства (Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији из 1989. године), што у упоредним правима није правило (регулисана је компанијским законима), мада има размишљања да добровољну (солвентну, вансудску) ликвидацију треба регулисати заједно са стечајем.<sup>36</sup>

Будући да поступак добровољне ликвидације може да „склизне“ у поступак стечаја,<sup>37</sup> односно да свака добровољна ликвидација може

33 Банке и друштва за осигурање – Закон о стечају и ликвидацији банака, Закон о Агенцији за осигурање депозита, Закон о осигурању, Закон о банкама; организатор тржишта, инвестициона друштва, друштва за управљање инвестиционим фондovima, затворени инвестициони фонд – Закон о тржишту капитала; пензијски фонд, друштва за управљање пензијским фондovima – Закон о добровољним пензијским фондovima и пензијским планovima.

34 Кодекс етике за стечајне управнике (*Службени гласник РС*, бр. 11/2010); Правилник о утврђивању националних стандарда (*Службени гласник РС*, бр. 13/2010); за детаљан списак стечајних прописа погледати <http://alsu.gov.rs/bap/code/navigate.jsp?id=304>. Постоје и други правни извори релевантни за спровођење стечајног поступка, као на пример Закон о парничном поступку, Закон о облигационим односима, Закон о основама својинско-правних односа, Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар и др.

35 Судска пракса је већ „одлучивала“ у корист сходне примене стечајних прописа; вид. сентенце из судских пресуда код: М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, стр. 683 и Мирко Васиљевић, *Водич за примену Закона о привредним друштвима*, Београд 2011, стр. 593.

36 Љ. Дабић, *нав. чланак*, стр. 120; М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, стр. 682; М. Васиљевић, *Водич за примену Закона о привредним друштвима*, стр. 593; В. Радовић, *нав. дело*, стр. 3.

37 ЗПД, чл. 527, 539.

представљати „потенцијални“ стечај, било би целисходније да се иста регулише стечајним прописима. У том случају, било би значајно уредити и питање дејства процесних радњи које су предузете у поступку добровољне ликвидације на поступак стечаја, а како би се заштитили повериоци од могућих злоупотреба у наставку стечајног поступка.<sup>38</sup> У упоредној пракси постоје случајеви да су материјалне норме у вези са добровољном ликвидацијом предвиђене компанијским законом, а одредбе процесног карактера су регулисане у посебном закону који дефинише сам поступак ликвидације привредног друштва.<sup>39</sup>

## V Закључак

Аутор сматра да тренутно важећи ЗПД на веома сумаран начин уређује покретање, спровођење и окончање поступка добровољне ликвидације привредних друштава, иако је нормирање знатно побољшано у односу на раније важећи ЗПД.

Да би се поступак спровео на законит и професионалан начин, аутор је мишљења да је неопходно да сви органи који учествују у поступку добровољне ликвидације поседују шира знања од законских норми које уређују добровољну ликвидацију, пре свега да познају стечајне прописе и прописе који се односе на одговорност и последице услед незаконитог поступања органа поступка. Управо услед „несвесности“ о ширини знања, у пракси је устаљено мишљење да је добровољна ликвидација „лак посао“, те да истим свако може „да се бави“, односно да свако лице може да се нађе у улози ликвидационог управника и да то није неопходно да буде професионалац, тј. неко ко разуме законске прописе и ко зна како да их примењује (адвокат, стечајни управник, дипломирани правник).

Да би се тренутно стање променило, односно да би се добровољној ликвидацији придао већи значај у пракси, једно од могућих решења би било и да се поступак добровољне ликвидације привредних друштава (уз предлог да се уведу и услови за обављање функције ликвидационог управника) „врати“ у оквире закона којим се уређује стечај, а како је било предвиђено у једном од раније важећих стечајних прописа. Аутор сматра да би на тај начин поступак ликвидације у ширем смислу био заокружен у једну целину и био на месту које му по правној природи припада.

38 Н. Јовановић и др., *нав. дело*, стр. 414.

39 Тако раније у законодавству Републике Српске, види: Витомир Поповић, „Добровољна ликвидација као начин престанка предузећа према новом Закону о привредним друштвима Републике Српске“, Зборник радова *Актуелности и трајанској и иривачкој законодавства и правне праксе*, бр. 8/2010, стр. 96 и 100.

**Nataša CVETIĆANIN, M.A.**

**Attorney at Law and Bankruptcy Administrator**

## **LEGAL SIGNIFICANCE AND POSITION OF VOLUNTARY LIQUIDATION WITHIN COMPANIES' CESSATION SYSTEM**

### **Summary**

*This paper aims to point out the fact how important it is to know and be able to carry out the procedure of voluntary liquidation of companies in a lawful and professional manner, and how and why this procedure has been unduly simplified and done in layman's terms by its actors.*

*The author insists on importance of voluntary liquidation of companies within the system of cessation of companies, where it belongs by law, but is skeptical that voluntary liquidation has this importance manner in practice, taking into account the "inadequate" proceeding by the majority of actors in the process and of the authority which is responsible for its implementation.*

*The author concludes that in order to "improve" the process of voluntary liquidation of companies the best would be to pass amendments to the law and introduce the professionalization of the function of the liquidator.*

**Key words:** *voluntary liquidation, cessation of the company, liquidator.*

УДК 347.72.036(497.11)

**Јована ВЕЛИЧКОВИЋ, мастер  
а.о.д. Јанковић, Поповић, Митић**

## **ОСТАВКА ДИРЕКТОРА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА (ПРАВНА ПРИРОДА И УСЛОВИ ЗА ПРЕСТАНАК ФУНКЦИЈЕ)**

### **Резиме**

*Чланак се бави анализом инстинктивних оставке директора привредног друштва. У оквиру правне анализе предметног инстинктивног моју се разматрају три групе питања: правна природа оставке директора привредног друштва, услови потребни за престанак чланства у ујави друштва оставком и правне последице оставке директора. У овом раду анализираће се прве две групе питања. У оквиру питања о правној природи оставке анализира се правна природа изјаве воље директора којом саопштава оставку друштву. У погледу услова који су неопходни да се остваре како би чланство у ујави друштва престало оставком разматра се који су то услови, као и додатна питања која у конкретном случају моју бити сјорна (на пример мојућности ојозива оставке).*

**Кључне речи:** *оставка директора, правна природа оставке, изјава воље, услови за престанак чланства у ујави друштва оставком, ојозив оставке.*

## I Увод

Оставка представља један од законом уређених начина престанка функције директора привредног друштва.<sup>1</sup>

Према нашем праву, функција директора, поред оставке, може престати и на један од следећих законом предвиђених начина:

- 1) истеком периода на који је директор именован,<sup>2</sup>
- 2) престанком испуњавања услова који се захтевају за обављање функције, а које је наступило у току трајања мандата,<sup>3</sup>
- 3) неусвајањем финансијских извештаја од стране скупштине друштва у року који је предвиђен за одржавање редовне седнице скупштине,<sup>4</sup>
- 4) разрешењем,<sup>5</sup>
- 5) статусном променом друштва (у случају да друштво престаје статусном променом),<sup>6</sup>
- 6) именовањем ликвидационог управника,<sup>7</sup> и

1 Оставка директора привредног друштва у нашем праву регулисана је Законом о привредним друштвима, члановима 220, 231, 396, 426 и 440. Види: Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011 и 83/2014 (даље у фуснотама: ЗПД). О институту оставке директора привредног друштва у нашој литератури видети: Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштва*, 6. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 381–382 и 392; М. Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2013, стр. 189–190.

2 ЗПД, чл. 394 ст. 1.

3 ЗПД, чл. 394 ст. 2. Услови потребни за обављање дужности директора привредног друштва прописани су у члану 382 ЗПД (пословна способност, услови одређени статутом друштва и одсуство постојања одређених околности – већ постојеће чланство у управи више од пет друштва, правноснажна осуђујућа пресуда кривичног суда због учињеног кривичног дела против привреде или постојање изречене мере безбедности забране обављања делатности, уколико иста представља претежну делатност друштва).

4 ЗПД, чл. 394 ст. 3.

5 ЗПД, чл. 395, 425 и 439.

6 ЗПД, чл. 505 ст. 3 тач. 5.

7 ЗПД, чл. 529 ст. 2. У поступку ликвидације могуће је да не дође до престанка функције дотадашњих заступника друштва. Наведено постојаће у ситуацији када одлуком о покретању ликвидације не буде именован ликвидациони управник, јер у том случају по самом закону сви законски заступници друштва постају ликвидациони управници. Како закон каже тада не престају овлашћења само законских заступника друштва (извршни директори), док би овлашћења осталих директора престала даном доношења одлуке о покретању поступка ликвидације. Такође, могуће је да лица која су била директори (заступници) одлуком друштва буду именовани за ликвидационог управника. Види: ЗПД, чл. 529 ст. 1, 3.

7) именованем стечајног управника.<sup>8</sup>

Међу наведеним начинима престанка функције директора засебну групу чине оставка и разрешење. Оно што оставку и разрешење чини особеним јесте да правно дејство које се огледа у престанку функције директора не наступа по самом закону, односно када настану законом предвиђене чињенице, већ је неопходно постојање одлуке надлежног органа друштва (разрешење), односно изјава воље овлашћеног лица – директора (оставка), а које у смислу престанка функције имају конститутивно дејство.<sup>9</sup>

Додатно у погледу оставке директора особеност постоји и код технике уређења овог института која се огледа у детаљнијој законској регулативи, нарочито правних последица које наступају у случају оставке директора, међу којима је свакако најзначајнија могућност покретања поступка принудне ликвидације друштва<sup>10</sup> (опет све посматрано у од-

8 За разлику од претходно наведених основа престанка функције директора привредног друштва, који су регулисани Законом о привредним друштвима, последње наведени је регулисан Законом о стечају. У члану 74 закона стоји да даном отварања стечајног поступка престају управљачка и заступничка права директора друштва. Такође и код овог основа постоји један изузетак, а то је да функције директора друштва могу престати и пре доношења решења којим се отвара стечајни поступак. Наведено се односи на претходни стечајни поступак када се испитује постојање стечајних разлога, а када може бити предузета једна од мера обезбеђења прописана законом – именовање привременог стечајног управника (члан 62). Тада такође престају овлашћења дотадашњих заступника друштва. Види: Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 – одлука УС и 83/2014).

9 На пример, када истекне период трајања мандата није потребно донети посебну одлуку којом ће се установити чињеница престанка функције директора, јер је функција престала по самом закону. Таква евентуална одлука би имала само деклараторно дејство. Код разрешења и оставке није довољно да су испуњени услови предвиђени законом за примену ових института, већ је неопходна и одлука/изјава надлежног органа (лица) која ће имати конститутивно дејство, а које се огледа у престанку функције директора. Дакле, чак када постоји оправдан разлог уколико се исти захтева по закону, за разрешење директора, његова функција не може престати све док се о томе не донесе одлука. Исте околности постоје и код оставке директора.

Оставка и разрешење као начини престанка функције директора повезани су и на један специфичан начин. Оставка представља својеврсно право директора, чија се садржина огледа у могућности престанка обављања функције пре истека периода на који је директор именован. Паралелно право на страни привредног друштва јесте могућност разрешења или како се дугачије може назвати, опозив именовања директора друштва.

10 Принудна ликвидација регулисана је у чл. 546 до 548 ЗПД. У погледу примене одредби закона о принудној ликвидацији, Министарство економије и регионалног развоја, као надлежно ресорно министарство, дана 8.6.2012. године донело је мишљење бр. 011-00-163/2012-06 у коме стоји да је потребно одложити примену одредби закона о принудној ликвидацији до доношења измена и допуна закона

носу на друге основе престанка функције), као и околност да постоје само одредбе закона којима се уређује оставка директора акционарског друштва, а које се сходно примењују и на оставку директора друштва са ограниченом одговорношћу.<sup>11</sup>

При анализи оставке директора привредног друштва, као начина престанка функције, могу се разматрати три групе питања: 1) правна природа оставке, 2) услови који су неопходни да се остваре како би функција директора престала оставком у складу са законом и 3) питање правних последица које оставка директора производи по друштво. У овом раду биће речи о прве две групе питања.

## II Правна природа оставке директора привредног друштва

Две околности дефинишу правну природу оставке директора друштва: а) чињенични основ или разлог због кога се може дати оставка и б) питање да ли је за правно дејство оставке довољна изјава воље директора упућена друштву или је неопходна и одлука одређеног органа друштва којом се таква одлука директора усваја.

У погледу чињеничног основа или разлога давања оставке, питање које се поставља јесте да ли је од важности природа разлога због којег

којима би се овај институт детаљније регулисао. У мишљењу је наведено да „Закон о привредним друштвима не садржи упућујуће норме којима се прописује сходна примена одредаба којима се уређује добровољне ликвидације или неких других законских одредаба, иако да за спровођење принудне ликвидације не постоји довољан правни оквир који би у целости регулисао ову материју. Имајући у виду да су у целости ван правне регулативе остала питања правних последица принудне ликвидације и питања спровођења прописа, односно правној и фактичкој ситуацији привредног друштва над којим је покренути принудне ликвидације, ие сврху одредаба о принудној ликвидацији које имају за циљ и заштити поверилаца, мишљења смо да постоји реална опасност да се овако недовољно регулисан институти злоупотреби при чему би интереси поверилаца могли бити изирани“. Након што је ресорно министарство саопштило наведено мишљење Агенција за привредне регистре не спроводи поступак принудне ликвидације. Није спорно да недовољно регулисање предметног института може довести до злоупотреба у пракси, али исто тако и непримена овог института може произвести значајније злоупотребе и проблеме, један од њих је постојање привредних друштава чије је функционисање супротно принудним прописима (друштва без законског заступника, недовољан број чланова, основни капитал мањи од законом прописаног, изречена мера забране обављања делатности...). Мишљење министарства доступно на адреси: [http://www.apr.gov.rs/portals/0/mediji/Misljenje\\_Min.ekonomije\\_i\\_reg.razvoja-prinudna\\_likvidacija.pdf](http://www.apr.gov.rs/portals/0/mediji/Misljenje_Min.ekonomije_i_reg.razvoja-prinudna_likvidacija.pdf).

11 Види: ЗПД, чл. 220 и 231. Наравно потребно је водити рачуна да је сам законодавац употребио термин сходна примена, а на основу чега је приликом примене института оставке директора на друштво са ограниченом одговорношћу потребно посебно водити рачуна о правним обележјима те форме привредног друштва.

директор даје оставку, односно да ли је оставка могућа само у случају постојања оправданог разлога или слобода воље директора у смислу обављања функције у друштву није ограничена, па је оставку могуће дати и без постојања таквог разлога.

Битно је указати због чега је важно питање да ли закон или интерни акти друштва прописују постојање оправданог разлога за давање оставке или не. Уколико је прописано да је за оставку директора потребно постојање оправданог разлога, било тако што се таксативно наводи када се сматра да постоји оправдан разлог, или постоји генерална одредба која захтева постојање таквог разлога, онда је неопходно и утврдити постојање таквог разлога како би функција директора престала на правно дозвољени начин, односно потребно је да оставка директора буде прихваћена од стране надлежног органа друштва, најчешће у форми одлуке. То првенствено подразумева да директор мора у самој оставци навести из ког разлога даје оставку, а затим мора постојати консензус око тога да ли је наведени разлог оправдан и да ли постоји. У случају спора између директора и привредног друштва поменуто питање препустило би се на решавање суду или алтернативним методама решавања спорова (арбитража, медијација). Дакле, све док се не утврди постојање оправданог разлога за давање оставке (одлуком надлежног органа друштва или одлуком суда која би заменила постојање одлуке друштва), директор не би могао да престане са обављањем функције. У том случају чињеница да све док се не утврди постојање оправданог разлога за давање оставке директор мора да обавља функцију у друштву, а против своје воље, није од утицаја на одговорност друштва према директору, јер таква обавеза постоји по самом закону.<sup>12</sup> Уколико у таквим околностима директор ипак одбије даље обављање функције за евентуалну штету која може бити проузрокована привредном друштву, одговараће по основу уговора (или у складу са околностима конкретног случаја због кршења дужности пажње или евентуално дужности лојалности).

У случају да закон не захтева постојање оправданог разлога за давање оставке директора, онда су околности једноставније. Само саопштење оставке друштву на законом уређен начин представља правно ваљан основ за престанак функције. Да ли је у последњем случају постојао оправдани разлог за давање оставке може бити од значаја само за (имовинску) одговорност директора према друштву.<sup>13</sup> Дакле у првом

12 Уколико би се у конкретном случају ипак утврдило постојање оправданог разлога за давање оставке, директор коме није било омогућено да због насталог спора напусти функцију, у складу са околностима, могао би истаћи одштетни захтев према друштву, нарочито због изгубљене добити (на пример, није могао да се ангажује у другом друштву и по том основу оствари одређену накнаду).

13 Одговорност директора према друштву могла би постојати по основу повреде уговора, али не и на основу закона. Одговорност по основу закона не може постојати



случају када се захтева постојање оправданог разлога, оставка директора производи правно дејство тек од момента када се утврди постојање таквог разлога, док у другом случају када се не захтева постојање таквог разлога, оставка директора производи правно дејство од тренутка када је упућена друштву. Уколико је оставком био предвиђен отказни рок, онда претходно наведено се примењује тако што у првом случају отказни рок почиње да тече од тренутка утврђења постојања оправданог разлога, док у другом случају од тренутка саопштења оставке друштву.

Наш закон у погледу права на оставку директора садржи одредбу која каже да директор може у свако доба преосталим директорима дати оставку писаним путем.<sup>14</sup> Наведена одредба закона не говори изричито да ли је за оставку директора потребно постојање оправданог разлога или не, међутим како не постоји изричит захтев за постојање оправданог разлога за давање оставке, може се рећи да у нашем праву слобода члана управе на давање оставке није ограничена.

У односу на претходно наведено може се поставити питање да ли је у нашем праву дозвољено да друштво аутономним актима пропише постојање (оправданог) разлога за давање оставке директора.

Имајући у виду да закон приликом дефинисања услова за давање оставке не садржи клаузулу „уколико оснивачким актом није другачије предвиђено“, може се сматрати да слобода директора да друштву саопшти оставку не може бити ограничена.

Друга околност која опредељује правну природу оставке директора привредног друштва јесте питање да ли је оставка уређена као једностранни или двострани правни акт. У овом случају питање јесте да ли је за оставку директора као начина престанка функције у друштву довољна само изјава воље директора упућена привредном друштву, или је неопходно и да се таква изјава воље усвоји од стране одређеног органа друштва.

У нашем праву оставка директора уређена је као једностранни акт, а такво уређење постоји и у већини осталих права.<sup>15</sup>

Претходни закон садржао је одредбу у којој је изричито стајало да за дејство оставке директора друштва није потребна одлука другог

из разлога јер у случају када закон даје потпуну слободу директору у погледу разлога за давање оставке, сам разлог, па чак иако се не може сматрати оправданим за напуштање функције, не може довести до повреде закона.

14 ЗПД, чл. 396 ст. 1.

15 Види: М. Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, стр. 189; Јакша Барбић, *Право друштва – друштва калкулација*, 4. издање, Организатор, Загреб, 2001, стр. 489; Alan Dignam, John Lowry, Nicola Padfield (series editor), *Company Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2008, стр. 272.

органа друштва.<sup>16</sup> Садашњи закон такву одредбу више не садржи, али како не постоји захтев да одлука директора о оставци буде усвојена од стране било ког органа друштва, јасно је да и према садашњем уређењу оставка директора представља једностранни правни акт.

Када се каже да је оставка директора друштва једностранни акт, то подразумева да само њено саопштење има конститутивно дејство према друштву (одвојено је питање дејства оставке према трећим лицима, о чему ће касније бити речи). Уколико би орган друштва донео одлуку којом се прихвата оставка директора, а што у пракси није редак случај, таква одлука би имала само деклараторно дејство. Такође када је оставка директора уређена као једностранни акт, не постоји могућност да се таква одлука директора не прихвати од стране друштва, односно уколико би друштво донело одлуку да не прихвата оставку директора она не би имала правно дејство.

Другачије су околности уколико би оставка директора била уређена као двострани акт. Тада би поред изјаве директора којом саопштава своју оставку друштву, за правно дејство оставке било неопходно и постојање прихвата такве изјаве воље директора од стране одређеног органа друштва. Наведено би могло довести до ситуације да се оставка директора не прихвати од стране друштва. Обзиром на то да би тада дошло до својеврсног принудног обављања функције прикладније решење јесте уређење оставке као једностраног акта.

Уређење оставке као двостраног акта може бити применљиво када се за давање оставке тражи постојање оправданог разлога. У случају да се такав разлог не захтева, што је случај у нашем праву, потреба да оставка буде прихваћена од стране друштва тешко би могла бити применљива, јер се поставља питање по ком основу би друштво могло одбити прихват оставке (а који није везан за потребе друштва).

Правна природа оставке директора, односно питање да ли се ради о једностраном или двостраном акту може производити даље правне последице нарочито у погледу одговорности директора према друштву. Када директор саопшти друштву своју изјаву воље којом даје оставку, таква изјава воље може имати одређену садржину нарочито у погледу отказног рока или регулисања других питања између директора и друштва. Уколико друштво такву изјаву воље прихвати, онда ће постојати сужена могућност за евентуалну одговорност директора према друштву. Наведено је нарочито од важности јер друштво има могућност да реагује на одређене околности оставке са којим се не слаже, јер како је у

16 ЗПД (2004), чл. 326 ст. 3. „Оставком престаје чланство у управном одбору. За престанак чланства по овом основу није потребна посебна одлука органа друштва.“ Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр 125/2004).

питању двострани акт он има карактер споразума, односно по правној природи је близак уговору.

Оставка директора као једностранни правни акт, а нарочито у околностима када се за правно дејство оставке не захтева постојање оправданог разлога, на страни директора оставља веће могућности за постојање евентуалне одговорности према друштву.

Такође када се каже да је по правној природи оставка једностранни акт, може се поставити питање дубље анализе правне природе изјаве о оставци директора друштва. Оставка директора се не би могла окарактерисати као једностранни правни посао, нити као једностранна изјава воље у смислу извора облигације, већ пре као правна радња слична правним пословима.<sup>17</sup> Изјавом воље којом се саопштва оставка не настаје промена у субјективним грађанским правима, већ представља саопштење воље овлашћеног лица које по самом закону производи одговарајуће правно дејство.

На основу свега наведеног оставка директора привредног друштва се може дефинисати као *изјава воље (правна радња) даша у йрописаној форми, којом члан уйраве саоипштва йривредном друштву (законом одређеном орјану друштва) да йрестјаје са обављањем функције йре иштека йериода на који је именован.*

У овом делу потребно је указати и на чињеницу да се оставка директора, поред разрешења често означава као вид статусне одговорности (у претходном закону је као таква била изричито означена заједно са разрешењем).<sup>18</sup> За институт разрешења директора у том погледу нема већих дилема, док се у погледу оставке не може у потпуности остати при таквом ставу. Могуће су околности у којима члан управе сматра да не обавља своју функцију на начин који се од њега основано очекује (било континуирано или је у питању конкретан повод), а због чега осећа грижу савести и сматра да је потребно да престане са обављањем функције. Такође члан управе друштва својом оставком може имати намеру да предупреди предстојеће разрешење. У таквим околностима може се рећи да је у питању одређени вид статусне одговорности. Међутим могу постојати и сасвим другачији разлози за оставку члана управе друштва, на пример болест, пресељење, промена професије. У

17 Види: Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско йраво*, стр. 312–315. Правне радње сличне правним пословима су чиновни воље, саопштења воље, саопштења замисли и реални акти. Оставка директора у овом смислу представља саопштење воље.

18 Види: М. Васиљевић, *Корпоративно уйрављање – йравни асйекти*, Правни факултет Универзитет у Београду, стр. 217. ЗПД (2004), у одсеку 8 који носи назив одговорност чланова управног одбора и чланова извршног одбора, садржи пододсек под називом статусна одговорност у оквиру кога се регулишу оставка и разрешење.

претходним случајевима не можемо рећи да оставка представља вид статусне одговорности члана управе. Из наведеног разлога јасно је да и у овом сегменту одређења оставка члана управе има специфичну природу.

### **III Услови потребни за престанак чланства у управи привредног друштва оставком**

Постоји неколико питања које је потребно размотрити у погледу услова који су неопходни да се остваре како би функција директора привредног друштва престала оставком, а то су: а) правна форма у којој се саопштава оставка друштву, б) коме се оставка саопштава у унутрашњој структури друштва, в) од ког тренутка оставка производи правно дејство према друштву и трећим лицима и г) питање могућности опозива оставке.

#### **1. Правна форма**

Као што је већ указано наше право оставку директора привредног друштва уређује као једностранни акт, односно као изјаву воље упућену привредном друштву. Следеће питање које се поставља јесте да ли је прописана одређена форма која је услов пуноважности изјаве воље којом се саопштава оставка. Наше право у погледу наведеног нема већих дилема, јер у чл. 396 закона јасно стоји да се оставка саопштава писменим путем, а на основу чега се основано може закључити да је за оставку директора привредног друштва прописана писмена форма. У случају да закон није изричито одредио форму у којој се оставка саопштава друштву постојала би могућност избора на страни лица које саопштава оставку. То даље подразумева да би оставка директора могла произвести правно дејство било да је дата у писменом облику или је директор који даје оставку своју одлуку усмено саопштио одређеном органу друштва.

На основу наведеног јасно је да у случају када директор друштва усмено саопшти своју одлуку о оставци (чак и када је учињена на седници одбора) таква изјава не може имати правно дејство у смислу престанка функције. Као што је случај са другим правним пословима или правним радњама за које је законом прописана одређена форма, иста је услов пуноважности за такве правне послове или радње. Наведено правило примењује се и на оставку директора привредног друштва. Изнето схватање није прихваћено у свим правима, на пример у британској судској пракси сматра се да усмено дата изјава воље којом се саопштава

оставка може имати правно дејство уколико је прихваћена од стране друштва (становиште је заузето у случају *Latchford Premier Cinema Ltd v Ennimon (1931)*).<sup>19</sup>

## 2. Орган друштва коме се саопштава оставка

Општа правила налажу да се оставка директора саопштава органу именована, међутим у нашем праву наведено није основно правило. Закон каже да се у случају једнодомне управе оставка саопштава преосталим директорима, док у случају дводомне управе извршни директор оставку саопштава надзорном одбору, а члан надзорног одбора преосталим члановима истог органа управе.<sup>20</sup> На основу наведеног може се закључити да у нашем праву само у једном случају оставка се саопштава органу именована, а то је случај оставке извршног директора друштва са дводомном управом.

Ком органу се саопштава оставка од значаја је у том погледу што ако се она саопштава органу именована исти орган би могао да предузме активности у циљу ангажовања новог директора,<sup>21</sup> а након чега би могло да уследи именоване новог члана. У околностима када се оставка саопштава оним органима друштва који истовремено нису органи именована за односну врсту директора, настали недостатак у чланству управе могао би да се реши само привременим мерама, као што је институт кооптације директора.<sup>22</sup>

Као што је већ указано према важећем закону оставка директора саопштава се органу именована само у случају извршних директора код дводомног модела управе, док у случају директора једнодомног модела и чланова надзорног одбора код дводомног модела управе, оставка се саопштава преосталим директорима, а не скупштини друштва као органу именована. Овакво решење заједно са осталим одредбама закона може изгледати као оправдано, јер се институт кооптације по самом закону не примењује на извршне директоре дводомног модела управе. Наведено се закључује на основу чињенице да у оквиру уређења извршних директора друштва дводомне унутрашње структуре нема одредбе о кооптацији, док иста одредба постоји код уређења директора друштва једнодомне унутрашње структуре, као и код уређења надзорног

19 Stephen W. Mayson, Derek French, Christopher L. Ryan, *Company Law*, Oxford University Press, 2004–2005 Edition, стр. 447.

20 Види: ЗПД, чл. 396 ст. 1, 426 ст. 1, 440 ст. 1.

21 Уколико такво ангажовање изостане од стране органа друштва у чијој је надлежности покретање иницијативе избора новог директора (сазивање седнице, стављање на дневни ред доношења одлуке о избору новог члана управе).

22 Институт кооптације у нашем праву уређен је ЗПД, чл. 386.

одбора.<sup>23</sup> У случају да друштво са дводомном структуром управе нема предвиђени број извршних директора свакако да је једноставније сазвати седницу надзорног одбора у циљу именовања недостајућег директора, него што је случај са седницом скупштине друштва у случају недостатка члана надзорног одбора или одбора директора код једнодомне управе. Институт кооптације своју сврху остварује у виду спречавања недостатка предвиђеног броја директора у друштву, како би оно могло функционисати, а нарочито у околностима када би било отежано сазвати ванредну седницу скупштине на којој би чланови друштва именовали недостајућег директора.

На основу претходно наведеног може се сматрати оправданим решење да се у случају оставке директора на које се примењује институт кооптације, иста саопштава преосталим директорима, а не органу именовања. У таквим околностима преостали директори могу именovati новог члана управе који ће своју функцију обављати до наредне седнице скупштине друштва када би требало да буде именован нови члан управе.

Такође, у околностима када је могуће именovati привременог члана и тиме решити евентуалне проблеме у функционисању друштва, свакако постоји обавеза да се скупштина друштва обавести о оставци члана управе и да се међу тачке дневног реда наредне скупштине друштва уврсти именовање новог члана.<sup>24</sup>

Све претходно наведено примењује се у околностима када постоји више директора унутар друштва. У случају да оставку даје једини директор друштва, изјаву воље такве садржине увек саопштава органу именовања. Код једнодомне управе то је скупштина друштва (тачније председнику скупштине или акционару који поседује највећи број акција са правом гласа), а у случају извршног директора дводомне управе, то је надзорни одбор. Надзорни одбор по самом закону увек је колективно тело (сачињено од најмање три члана), те не може доћи до околности да оставку даје једини члан тог одбора, на основу чега у оквиру уређења оставке члана надзорног одбора нема одредбе овакве садржине.

23 Види: ЗПД, чл. 386 и 436. Одредбе о кооптацији директора једнодомне управе сходно се примењују и на кооптацију чланова надзорног одбора.

24 Директору који је именован кооптацијом мандат престаје на првој наредној седници скупштине. Наведено подразумева да недостајући директор треба да буде именован на истој седници скупштине. Како је сазивање седнице скупштине друштва, као и дефинисање тачака дневног реда у надлежности директора друштва, јасно је да постоји обавеза постојећих директора око ангажовања новог члана у складу наведеним законским обавезама. Међутим, уколико ангажовање директора по овом питању изостане, иницијативу за избор новог члана управе могу преузети акционари друштва (сазивање ванредне седнице и права акционара која се односе на дневни ред скупштине). Види: ЗПД, чл. 337, 338, 371, 398 ст 1 тач 8, 441 ст. 1 тач 7.

На крају се може указати, да без обзира на схватања о томе да ли је боље решење да се оставка директора увек саопштава органу именована или не, решење нашег закона је примерено барем у том погледу што је јасно ком органу је потребно саопштити оставку. У случају да закон није био изричит постојала би дилема управо око овог питања да ли се оставка саопштава само органу именована или то могуће учинити и изјавом воље упућене другом органу друштва.

### 3. Тренутак од ког оставка директора производи правно дејство

Оставка директора производи унутрашње и спољашње правно дејство. Унутрашње правно дејство усмерено је ка привредном друштву испољава се у престанку функције, док је спољашње дејство усмерено ка трећим лицима и испољава се у чињеници да односно лице више не може представљати одређено привредно друштво у складу са овлашћењима које је имало на основу закона, унутрашњих аката и одлука органа друштва. Питање које се сада поставља јесте од ког тренутка наступа правно дејство оставке директора.

Оставка директора према привредном друштву производи правно дејство даном подношења, осим уколико у самој оставци није наведен неки каснији датум.<sup>25</sup> У том смислу дато је дискреционо право директору да одреди неки каснији датум као тренутак од кога оставка производи правно дејство, а што може бити од значаја нарочито за евентуалну одговорност директора која по том основу може да настане. Директор друштва је свакако упознат са тренутним стањем друштва, те у том погледу уколико би одредио неки каснији датум као дан почетка дејства дате оставке, исто би представљало понашање са дужном пажњом. У супротном уколико би директор знао да његово одсуство у наредном периоду може проузроковати штетне последице по друштво и без обзира на такво сазнање ипак саопшти своју оставку, могло би се говорити о постојању елемената који воде одговорности директора за проузроковану штету друштву. У британском праву сматра се да је за извршне директоре примерен отказни рок износи три месеца, такође уобичајено је да се у самим уговорима који се закључују са извршним директорима одреди трајање примереног отказног рока у случају оставке (правило установљено у случају *CMS Dolphin Ltd v Simonet (2001)*).<sup>26</sup>

У погледу правног дејства оставке према трећим лицима од значаја је други временски тренутак. Оставка директора као једна од

25 ЗПД, чл. 396 ст. 3.

26 S. W. Mayson, D. French, C. L. Ryan, *нав. дело*, стр. 477.

промена која настаје унутар друштва региструје се у складу са законом о регистрацији, те на основу тога може се рећи да оставка директора према трећим лицима производи правно дејство од једног каснијег тренутка, а то је моменат регистрације настале промене.

Закон о привредним друштвима каже да се оставка директора региструје у складу са законом о регистрацији, а то је Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре.<sup>27</sup> Поменути закон предвиђен је општи рок од 15 дана за упис података и њихових промена које се региструју у Агенцији за привредне регистре,<sup>28</sup> а међу које спада и чињеница оставке директора као настала промена у унутрашњој структури друштва.<sup>29</sup> Рок од 15 дана у коме је потребно уписати у регистар насталу промену почиње да тече од тренутка када промена заиста настане. Наведено се истиче због већ поменуте могућности да у оставци директора може бити наведен неки каснији датум од кога она производи правно дејство, а који није сам дан саопштења оставке друштву. То даље подразумева да уколико у оставци није наведен неки каснији датум као дан од кога она производи правно дејство према друштву, рок од 15 дана за регистрацију оставке почиње да тече од дана њеног подношења. У случају да је у оставци наведен неки каснији датум, као дан од кога оставка производи правно дејство према привредном друштву, онда рок од 15 дана за регистрацију оставке почиње да тече од дана када су настале правне последице оставке, а не од дана када је она саопштена друштву. У складу са претходно изнетим прецизно дефинисање тренутка од кога почиње да тече рок за регистрацију оставке јесте да је то тренутак када наступају правне последице оставке према привредном друштву, а не тренутак саопштавања оставке друштву (као што је указано ова два тренутка не морају да се подударају). Наведено проистиче из тумачења одредбе којом се прописује рок за упис података, јер се каже да исти почиње да тече од настале промене података који се региструје. Како у ситуацији када је у оставци наведен неки каснији тренутак од кога она производи правно дејство, а не сам дан подношења, онда заправо промена не настаје до самог тренутка (датума) који је наведен у оставци. На овом месту је потребно напоменути да рок од 15 дана који закон предвиђа за упис података у регистар није преклузивне природе, те и по његовом протеку постојаће могућност регистрације оставке, у

27 Види: Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени листник*, бр. 99/2011 (у даљем тексту: Закон о регистрацији).

28 Закон о регистрацији, чл. 10 ст. 1 „Подносилац пријаве је дужан да Агенцији поднесе пријаву у року од 15 дана од дана настанка података или документа који су предмет регистрације, односно промене регистрованог података или документа, ако законом није одређен други рок.“

29 ЗПД, чл. 396 ст. 4.



том случају закон предвиђа само плаћање одређене накнаде.<sup>30</sup> Такође, важно је нагласити да упис оставке у регистар има само деклараторно дејство, док конститутивно дејство у смислу престанка функције има сама изјава воље директора упућена друштву којом саопштава оставку (у складу са отказним роком уколико је исти предвиђен).

Постоје мишљења да када је у питању регистрација оставке директора друштва, а нарочито директора који су законски заступници друштва, рок за упис настале промене у регистар треба да буде краћи.<sup>31</sup> У складу са изнетим ставом ЗПД је могао да садржи одредбу да се оставка директора региструје у складу са законом, без одлагања. Друга могућност може бити прописивање краћег рока за регистрацију у случају оставке директора који су законски заступници друштва.

Тек када се оставка директора региструје у складу са законом може се говорити о њеном дејству према трећим лицима. ЗПД и Закон о регистрацији у том погледу садрже исто решење, а то је да је у питању наредни дан од дана објаве.<sup>32</sup>

Код овог питања потребно је указати и на члан ЗПД који дозвољава да се одступи од општег правила, односно постоји могућност да трећа лица доказују чињеницу да им регистровани податак није могао бити познат у одређеном временском периоду по регистрацији, као и могућност да привредно друштво доказује да је треће лице било упознато са одређеним податком и пре његове регистрације.<sup>33</sup>

Проблеми могу настати управо око утврђивања тренутка објаве регистрованог податка. Решење Агенције за привредне регистре којом се усваја захтев за промену података садржи датум када је само решење донето. Такође у регистру у рубрици „Одлуке регистратора“ у којој су доступне све донете одлуке у поступку пред Агенцијом за привредне регистре за конкретно привредно друштво, стоји означен датум објаве

30 Закон о регистрацији, чл. 10 ст. 2.

31 Ј. Барбић, *нав. дело*, стр. 477. Краћи рок за упис промене у саставу чланства управе друштва у хрватском праву примењује се код свих основа престанка функције, а не само код оставке.

32 Види: ЗПД, чл. 6 ст. 2; Закон о регистрацији, чл. 22 ст. 3.

33 Види: ЗПД, чл. 6 ст. 3 и 4. Закон даје могућност трећим лицима да доказују да је за њих било немогуће да се током периода од 15 дана од дана објављивања регистрованих података упознају са њиховом садржином. Такође друштво може доказивати да су трећа лица била упозната или су морала бити упозната са подацима друштва и пре њихове регистрације у складу са законом о регистрацији. Прва директива ЕУ предвиђа још једну могућност за случај када чињенице које су настале још нису регистроване. У наведеном случају директива даје могућност трећем лицу да се позове на такве чињенице. Види: Вук Радовић у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 106.

документа (који се увек поклапа са даном доношења одлуке).<sup>34</sup> Међутим чак иако се одлука регистратора не објави истог дана када је донета, а касније као датум објаве одлуке означи исти, неспорно је да се као дан објаве сматра онај који стоји као такав у регистру иако то у конкретном случају не одговара чињеничном стању. Због претходно наведеног од значаја је горе поменута одредба ЗПД.

У конкретном случају чињенице познавања, односно непознавања податка који је предмет регистрације утврђивале би се у парничном поступку. По својој природи тужбени захтев такве садржине је деклараторне природе. Може се рећи и да овакава ситуација представља изузетак од општег правила да се тужбом не може утврђивати постојање, односно непостојање чињенице.<sup>35</sup> Закон о парничном поступку дозвољава изузетак када је таква деклараторна тужба дозвољена законом или другим прописом.<sup>36</sup> У конкретном случају ЗПД представља правни основ за дозвољеност деклараторне тужбе којом се захтева утврђење постојања (непостојања) чињенице оставке директора привредног друштва. Међутим, пре је за очекивати да утврђивање постојања чињенице познавања, односно непознавања података који је предмет регистрације, не буде предмет самосталног тужбеног захтева, већ предмет утврђивања целокупног чињеничног стања релевантног за доношење одлуке у спору између друштва и трећег лица.

#### 4. Могућност опозива оставке

За разлику од претходног закона, садашњи закон не садржи одредбу којом се уређује опозив оставке директора. Сходно претходном закону опозив оставке директора био је могућ само уколико се са опозивом сагласи управни одбор,<sup>37</sup> на основу чега је неспорно да за разлику од саме оставке, њен опозив је био уређен као двострани акт. Како је сам закон указивао да се управни одбор може сагласити са опозивом оставке, могуће су биле и ситуације да такве сагласности нема. Закон није захтевао образложење одлуке одбора којом се прихвата или не опозив оставке, те је иста била у домену дискреционог права чланова одбора.

34 Наведено проистиче и из члана 22 Закона о регистрацији, у коме у ставу 2 стоји да регистровани подаци и документи се истовремено објављују са доношењем решења којим се регистрациона пријава усваја.

35 О појму деклараторне тужбе видети: Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 258–264.

36 Види: Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014), чл. 194 ст. 3.

37 ЗПД (2004), чл. 326 ст. 4: „Оставка се може опозвати само уз сагласност управног одбора акционарског друштва.“

Како садашњи закон нема одредби о могућности опозива оставке директора, може се поставити питање да ли је опозив оставке дозвољен у нашем праву? У овом случају могло би се приступити тумачењу по супротности, те сходно томе закључити да све што није изричито забрањено законом подразумева се да је дозвољено. Овакво тумачење је чини се исправније у односу на тумачење да због чињенице што закон не уређује могућност опозива оставке исти није дозвољен. Међутим уколико се прихвати став да је опозив оставке директора дозвољен отварају се друга спорна правна питања.

Пре покушаја одговора на иста потребно је указати на разлику између опозива оставке директора и повлачења оставке. Опозив представља одузимање правног дејства изјављене воље, док повлачење представља акт којим се спречава да одређена изјава воље произведе правно дејство.<sup>38</sup> У том погледу о повлачењу оставке директора би се говорило у околностима када још увек нису наступиле правне последице оставке (престанак чланства у управи друштва). Такве околности могу настати када је у оставци наведен неки каснији тренутак од кога она производи правно дејство (различит од тренутка подношења оставке друштву) или евентуално уколико је писмена изјава којом се опозива оставка стигла пре или истовремено са самом писменом изјавом о оставци. У случају да је оставка већ произвела правно дејство онда говоримо о њеном опозиву.

Прво питање које се поставља код опозива јесте који орган унутар друштва може прихватити опозив оставке. Јасно је да опозив не може бити једностран изјава воље с обзиром да је функција директора већ престала, а нико не може сам себе поставити за члана органа привредног друштва. И у овом случају логика налаже да би за прихват оставке могао бити надлежан само орган именовања, али такво решење није било предвиђено претходним законом (изузев за чланове извршног одбора).<sup>39</sup>

Друго питање које се код опозива оставке поставља јесте како правно третирати опозив и прихват опозива оставке. Опозив остав-

38 У теорији облигационог права постоји разликовање између повлачења и опозива понуде као једностране изјаве воље која представља извор облигација. У том погледу се истиче да ове две радње не треба поистовећивати, јер су разлике између њих битне. Опозивањем се окончава правно дејство понуде које је већ наступило, док се повлачењем спречава да правно дејство понуде наступи. Види: Јаков Радишић, *Облигационо право – описни део*, 7. издање, Номос, Београд, 2004, стр. 97. Примена аналогije заснована је на чињеници да и оставка директора представља изјаву воље која производи одређено правно дејство, иако истовремено не представља и извор облигација.

39 Види: ЗПД (2004) чл. 322 ст. 3.

ке се може посматрати као понуда за склапање споразума о наставку мандата.<sup>40</sup>

Веће дилеме се јављају код правне природе прихвата опозива оставке, односно да ли је у питању ново именовање, да ли мандат почиње да тече испочетка или се наставља претходно започети мандат? Када се каже ново именовање првенствено се мисли на именовање са пуним мандатним периодом (одређен статутом, у складу са законом). Уколико би се прихват опозива правно третирао као ново именовање наведено би ишло у прилог схватању да је само орган именовања надлежан за прихват опозива. У суштини с обзиром да се говори о околности када је функција директора већ престала, онда је исправно прихватити став да је у питању ново именовање. Међутим како је већ истакнуто наш закон за прихватање опозива оставке предвиђао је надлежност чланова управног одбора, те у складу са тиме не би се могло сматрати да прихват опозива представља ново именовање (осим за чланове извршног одбора), јер није потекло од стране законом овлашћеног органа. Такође треба имати у виду одредбу ЗПД која каже да лице које је већ именовано за директора друштва, може бити поново именовано на исту функцију тек по истеку претходног мандата.<sup>41</sup> Како у случају оставке директора мандат није остварен у целости, већ је прекинут, уколико се прихвати опозив оставке директора исти не може бити сматран новим именовањем, јер је ново именовање правно могуће тек по целокупном истеку претходног мандата.<sup>42</sup> Дакле, прихват опозива оставке не би требало схватати као ново именовање.

Друго питање јесте да ли у случају прихвата опозива оставке временски период којим је одређен мандат директора наставља да тече или се обнавља. Одговор на ово питање делимично је дат у претходно наведеном, те како је указано да када мандат директора није у потпуности истекао, не може доћи ни до околности да мандат поново почиње да тече. Дакле, у случају прихвата опозива оставке могуће је да се мандат директора настави на временски период који је протекао пре оставке, а до истека периода на који гласи мандат.

40 Ј. Барбић, *нав. дело*, стр. 491.

41 Види: ЗПД, чл. 385. Наведени члан закона уређује мандат директора. Директори могу бити именовани на период одређен статутом, али који не може бити дужи од четири године. Тек по истеку мандата директор може бити поново именован.

42 У хрватском праву постоји такође ограничење у погледу новог именовања лица које се већ налази на функцији директора. Ново именовање у хрватском праву се може догодити тек у последњој години мандата, али не и раније. Сматра се да је разлог прописивања такве одредбе спречавање утицаја тренутног стања на одлуку о именовању јер је потребно да протекне дуже време како би се оценио рад директора у друштву. Види: Ј. Барбић, *нав. дело*, стр. 492.

Имајући у виду напред наведено евентуално би се прихват опозива оставке могао сматрати новим именовањем само уколико потиче од стране органа именовања и уколико гласи на период мандата који је преостао (под условом да је статутом друштва предвиђено да директор друштва може бити именован и на краћи временски период).

На крају ради поједностављења схватања природе прихвата опозива оставке директора, може се закључити да како је у питању одузимање правног дејства изјаве воље којом су узроковане одређене промене (престанак чланства у управи друштва), прихват опозива оставке наједноставније се може схватити као *йравно средсйво за йовраћај у йрейходно сйање и као йравни основ да се мандатй дирекйтора насйави йамо йде је йрекинуйй осйавком за йреосйало време йрајања мандатйа дефинисаној законом или актйима друштйва*.

#### IV Закључак

Институт оставке директора привредног друштва у нашој литератури није био предмет детаљније правне анализе. Такво стање ствари вероватно је било узроковано оскудним законским решењима, али и чињеницом да се на први поглед чини да о предметном институту нема се баш много тога рећи. Након измена закона који знатно детаљније регулише оставку директора, у односу на ранија решења, као и након анализе тих одредби уочава се да и у овом случају постоје бројна правна питања на која је било потребно одговорити.

У овом раду оставка директора анализирана је у оквиру два питања: 1) правна природа оставке и 2) услови потребни за престанак чланства у управи друштва оставком.

Оставка директора привредног друштва је дефинисана као изјава воље (правна радња) којом члан управе саопштава привредном друштву (законом одређеном органу друштва) да престаје са обављањем функције пре истека периода на који је именован.

У оквиру услова неопходних за престанак обављања функције оставком, поставља се питање у којој форми, коме органу унутар друштва је потребно саопштити оставку, када изјава воље којом се саопштава оставка производи правно дејство и да ли постоји могућност опозива оставке.

Оставка директора је формална изјава воље, обзиром на то да закон захтева да буде саопштена друштву у писменој форми.

Опште правило у нашем праву јесте да се оставка саопштава преосталим директорима, а не органу именовања. Само у једном случају

се оставка саопштава органу именована – код оставке извршних директора друштва дводомне унутрашње структуре (оставку саопштавају надзорном одбору).

Постојеће решење може се сматрати оправданим из разлога јер се на извршне директоре друштва дводомне унутрашње структуре не примењује институт кооптације. У случају оставке директора друштва једнодомне унутрашње структуре или оставке члана надзорног одбора, преостали директори применом института кооптације могу решити проблем недостајућег директора, који ће вршити функцију до наредне седнице скупштине.

Оставка директора привредног друштва производи унутрашње и спољашње правно дејство.

Интерно правно дејство оставке директора настаје у тренутку саопштавања оставке друштву (или у неком каснијем тренутку уколико је наведен у самој оставци), а испољава се у престанку функције.

Екстерно правно дејство оставке директора настаје даном који следи иза регистрације оставке у регистру привредних субјеката, а испољава се у чињеници да односно лице више није овлашћено да заступа друштво у правним односима са трећим лицима. Код овог правила закон предвиђа два изузетка.

У случају да оставка директора није регистрована закон даје могућност друштву да доказује да је треће лице упознато или морало бити упознато са оставком директора друштва. Такође, за случај да је оставка директора регистрована, закон даје могућност трећем лицу да доказује да је за њега било немогуће да се у одређеном временском периоду након регистрације упозна са постојањем оставке директора односног друштва.

Веома важно питање за престанак функције директора оставком јесте да ли постоји могућност опозива оставке. Као што је већ речено, за разлику од претходног уређења, наш закон више не садржи одредбу о могућности опозива оставке директора. У складу са наведеним, јасно је да како нема изричите регулативе овог питања не постоји основ да се сматра да исти није дозвољен. Међутим, у случају одсуства изричите регулативе, најважније питање код опозива оставке на које је потребно дати одговор јесте који орган друштва би могао бити надлежан за прихватање опозива оставке. С обзиром да опозив оставке суштински представља одузимање правног дејства изјаве воље која је већ довела до престанка функције, најприкладније решење би било да је за прихват опозива оставке надлежан орган именована. Орган именована као законом одређен орган за одлучивање о именовану и разрешењу директора друштва, чини се као једини компетентан да одлучује о поновном

ангажовању директора у околностима када је функција већ престала изјавом воље којом је директор саопштио оставку друштву. Међутим опозив оставке не треба схватати као поновно именовање већ као правни основ да се мандат директора настави тамо где је прекинут оставком за преостало време трајања мандата дефинисаног законом или актима друштва.

**Jovana VELIČKOVIĆ, M.A.**  
**a.o.d. Janković, Popović, Mitić**

## **RESIGNATION OF COMPANY DIRECTOR (LEGAL NATURE AND TERMS FOR TERMINATION OF FUNCTION)**

### **Summary**

*The article analyzes the legal institute of resignation of company director. The legal analysis of this institute should cover three groups of issues: the legal nature of resignation of company director, the requirements for membership in the company's management to cease by resignation and the legal consequences of director's resignation. Analysis of the legal nature of director's resignation covers the legal nature of the director's statement of intent by which he notifies the company of his resignation. Regarding the requirements that must be met for membership in company's management to cease by resignation, the article discusses what those requirements are, as well as additional matters that could be contentious in a specific case; for instance, the possibility of revoking the resignation.*

**Key words:** *director's resignation, legal nature of resignation, statement of intent, legal requirements for membership in the company's management to cease by resignation, revoking the resignation.*

*Маша МИШКОВИЋ*, мастер права

## ВРЕМЕНСКИ ОКВИР ЗА СПРОВОЂЕЊЕ ПОСТУПКА У ЗАКОНУ О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 2011.

### Резиме

*Да би се постигла ефикасност правне заштите, често долази до промена парничне регулативе. У циљу убрзања парничног поступка и остваривања права на суђење у разумном року у Закону о парничном поступку из 2011. године уведен је временски оквир за спровођење поступка. Поред навођења законских решења, аутор у раду даје критички осврт на временски оквир, узимајући у обзир могуће позитивне и негативне последице његовог увођења. Аутор скреће пажњу и на проблеме, који могу бити сметња за делотворност одредбе о временском оквиру. Само ако се створе предуслови за успешно функционисање судске власти, тј. обављање судске функције, доћи ће до повећања ефикасности правне заштите и остваривања права на суђење у разумном року.*

**Кључне речи:** *ефикасност правне заштите, право на суђење у разумном року, временски оквир за спровођење поступка, дисциплинска одговорност судије.*

### I Временски оквир и право на суђење у разумном року

Пракса Европског суда за људска права у Стразбуру (у даљем тексту: ЕСЉП) показала је да право на суђење у разумном року представља



највише кршено људско право. Право на суђење у разумном року гарантовано је чл. 6 ст. 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода<sup>1</sup> (у даљем тексту: ЕКЉП) и чл. 32 ст. 1 Устава Републике Србије.<sup>2</sup> Члан 1 ЕКЉП садржи обавезу поштовања људских права, па је свака држава, која је потписала и ратификовала Конвенцију, у обавези да успостави систем, у коме ће се обезбедити поштовање права и слобода из Конвенције.

Да би се обезбедило право на суђење у разумном року, 2004. године је донет Закон о парничном поступку,<sup>3</sup> који је изричито регулисао то право: „Странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року. Суд је дужан да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова.“<sup>4</sup> Међутим, пракса није показала значајније повећање ефикасности судских поступака. ЕСЉП је донео готово двадесет пресуда против Србије због повреде права на суђење у разумном року.<sup>5</sup> Са циљем да се повећа ефикасност парничног поступка, спречи одуговлачење поступка и побољша остваривање права на суђење у разумном року приступило се промени законске регулативе. Тако је 2011. године донет нови Закон о парничном поступку (у даљем тексту: ЗПП).<sup>6</sup> Доношењем овог закона доследно је имплементирана Препорука Р(84) 5 Комитета министара земљама чланицама Савета Европе о начелима грађанског поступка за унапређење остваривања правде.<sup>7</sup>

У новом ЗПП право на суђење у разумном року постављено је у ранг посебног процесног начела. Странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року.<sup>8</sup> Сам појам „разуман рок“ у Закону није одређен, већ је то правни стандард, који у свакој конкретной парници може имати различит садржај.<sup>9</sup> Дужина трајања поступка<sup>10</sup> се цени у односу на четири чињенице: обим и сложеност

1 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003 и 5/2005.

2 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

3 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 124/2004 и 111/2009.

4 ЗПП из 2004, чл. 10.

5 Никола Бодирога, *Нови Закон о парничном поступку*, Београд, 2012, стр. 32.

6 *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013-одлука УС, 74/2013-одлука УС и 55/2014.

7 Мирјана Андријашевић, „Припремно рочиште и одређивање временског оквира“, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду*, бр. 5/2013, стр. 202.

8 ЗПП, чл. 10 ст. 1.

9 Ранко Кеча, „О орожавању радњи суда у парничном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2012, стр. 109.

10 У Нацрту Закона о заштити права на суђење у разумном року наводе се мерила за оцену трајања суђења у разумном року: „При одлучивању о правним средствима уважавају се све околности предмета суђења, пре свега сложеност чињеничних и

случаја, однос суда према брзини решавања случаја, понашање странака и значај брзине окончања поступка за странке.<sup>11</sup> Повреда права на суђење у разумном року постоји, ако се може јасно уочити значајнији период неактивности суда.<sup>12</sup>

Поводом разумног рока изјашњавао се Уставни суд Републике Србије: „При утврђивању *разумној временској трајања судској процесуалности* [ирид. ауи.], Суд је пошао од чињенице да поступак зависи од низа чинилаца и мора се проценити у сваком појединачном случају, према његовим специфичним околностима. Сложеност чињеничних и правних питања у конкретном предмету, понашање подносиоца уставне жалбе као странке у поступку, поступање надлежних органа власти, конкретно судова, који воде поступак, као и природа постављеног захтева, односно значај предметног права за подносиоца уставне жалбе су основни чиниоци, који утичу и на оцену дужине парничног судског поступка и одређују да ли је поступак окончан у оквиру разумног рока или не.“<sup>13</sup>

## II Одређивање временског оквира – проблеми и недоумице

Ефикасност, тј. идеја о бржем, ефикаснијем и јефтинијем пружању правне заштите је једна од „вечитих“ тема парничног процесног права.<sup>14</sup> Ради обезбеђења ефикасног поступка и поштовања захтева да се поступак заврши у разумном року, у Закону о парничном поступку из 2011. уведен је временски оквир за спровођење поступка, који представља највећу и најзначајнију новину<sup>15</sup> у новом Закону.<sup>16</sup> Суд је дужан да поступак спроведе без одуговлачења, у складу са претходно одређеним временским оквиром за предузимање парничних радњи и са што мање

---

правних питања, понашање странака током поступка, посебно поштовање процесних права и обавеза, поштовање правила о редоследу решавања предмета, законски рокови за заказивање рочишта и главног претреса и израду одлука, целокупно трајање поступка и поступање суда, јавног тужилаштва или другог државног органа, природа и врста предмета суђења или истраге и значај предмета суђења или истраге по странку“, вид. чл. 4 радне верзије Нацрта.

11 Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, стр. 87.

12 *Јевремовић ирошив Србије* (2010), нав. према: Н. Бодирога, *нав. дело*, стр. 38.

13 Одлука Уставног суда РС Уж. бр. 1008/2009 од 20. октобра 2011, вид. Билтен Апелационог суда у Београду, бр. 4/2012, стр. 221.

14 Р. Кеча, *нав. дело*, стр. 108.

15 У чл. 10 ст. 2 ЗПП из 2004. је било прописано да се поступак треба спровести без одуговлачења и са што мање трошкова, али без навођења времена, у коме би поступак требало да се заврши.

16 М. Андријашевић, *нав. чланак*, стр. 202.

трошкова.<sup>17</sup> Временски рок одређује суд по предлогу парничних странака. Странка је дужна да најкасније на припремном рочишту (или на првом рочишту за главну расправу, ако припремно рочиште није обавезно)<sup>18</sup> изнесе све чињенице потребне за образложење својих предлога, да предложи доказе којима се потврђују изнете чињенице, да се изјасни о наводима и понуђеним доказима противне странке, као и да *предложи временски оквир за спровођење њеног поступка*.<sup>19</sup> У питању је преклузија – странке након тога не могу да износе нове чињенице и предлажу нове доказе. Изузетно, оне то могу све до закључења главне расправе, само ако учине вероватним да без своје кривице нису могле да их изнесу/предложе на припремном рочишту (на првом рочишту за главну расправу, ако припремно рочиште није одржано).<sup>20</sup> Ако странке изнесу чињенице и предложе доказе супротно наведеном захтеву, суд такве чињенице и доказе неће узети у обзир.<sup>21</sup>

Странке се у позиву за припремно рочиште упозоравају (између осталих дужности) на дужност предлагања временског оквира,<sup>22</sup> који треба да предложи у првој фази припремног рочишта заједно са изношењем чињеница, предлагањем доказа и изјашњавањем о наводима и доказима противне странке.<sup>23</sup> На основу предлога, који дају странке, али и без њега, суд има обавезу да одреди временски оквир. Суд одређује временски оквир решењем.<sup>24</sup> Решење о одређивању временског оквира треба нарочито да садржи број рочишта, време њиховог одржавања, распоред извођења доказа на рочиштима и предузимања других процесних радњи, судске рокове и укупно време трајања главне расправе.<sup>25</sup> Дакле, из решења о одређивању временског оквира се види план суда за окончање поступка. Против овог решења није дозвољена жалба.

Одређивање временског оквира није везано само за првостепени поступак. Ако другостепени суд отвори расправу, одредиће временски оквир за спровођење поступка.<sup>26</sup> Ако другостепени суд укине пресуду, првостепени суд је дужан да у року од 30 дана од дана пријема решења

17 ЗПП, чл. 10 ст. 2.

18 Припремно рочиште није обавезно, кад суд по пријему одговора на тужбу утврди да међу странкама нема спорних чињеница, односно ако је спор једноставан, хитан или ако је то законом прописано, вид. чл. 302 ЗПП.

19 ЗПП, чл. 308 ст. 1.

20 ЗПП, чл. 314 ст. 1.

21 ЗПП, чл. 314 ст. 2.

22 ЗПП, чл. 303 ст. 1.

23 ЗПП, чл. 308 ст. 1.

24 ЗПП, чл. 308 ст. 3.

25 ЗПП, чл. 308 ст. 4.

26 ЗПП, чл. 383 ст. 5.

другостепеног суда одржи рочиште, на којем ће да одреди временски оквир за нову главну расправу пред првостепеним судом.<sup>27</sup> Временски оквир се одређује и у поступку поводом предлога за понављање поступка, и то у две фазе. Прво, када се пред првостепеним судом одржава рочиште за расправљање о предлогу за понављање поступка. Ако постоји потреба да се одржи више од једног рочишта, суд ће одредити временски оквир.<sup>28</sup> Друго, ако је правоснажним решењем дозвољено понављање поступка, на новој главној расправи странке могу износити нове чињенице и предлагати нове доказе у складу са временским оквиром, који одреди суд.<sup>29</sup>

Решење о одређивању временског оквира представља радњу формалног управљања поступком. Правило је да овај тип радњи не везује суд.<sup>30</sup> Међутим, временски оквир представља изузетак од наведеног правила, јер је суд везан одређеним временским оквиром,<sup>31</sup> те је непоступање судије у временском оквиру основ за покретање дисциплинског поступка у складу са одредбама Закона о судијама.<sup>32</sup> Иако би се можда очекивало да ће непоступање по временском оквиру имати неку процесну санкцију, ипак остаје процесно несанкционисано,<sup>33</sup> тј. не представља ни апсолутно ни релативно битну повреду одредаба парничног поступка. Странка би могла да изјави правни лек, тврдећи да непоштовање временског оквира представља релативно битну повреду одредаба парничног поступка, али би било нелогично, и стога је тешко замисливо, да због тога суд донесе одлуку, којом се због непоштовања временског оквира укида пресуда и предмет *враћа на њоновни њосџу-џак*, како би се та повреда отклонила.<sup>34</sup>

Временски оквир није апсолутан, јер постоји могућност одређивања новог.<sup>35</sup> Значајна измена у новом ЗПП је члан 108, у коме се наводи да суд може *изузетно* да одложи рочиште,<sup>36</sup> ако је то потребно

27 ЗПП, чл. 398 ст. 1.

28 ЗПП, чл. 431 ст. 2.

29 ЗПП, чл. 432 ст. 3.

30 Р. Кеча, *нав. дело*, стр. 114.

31 Везаност суда временским оквиром, као и права, обавезе и одговорности суда у вези са поштовањем временског оквира прописани су следећим члановима ЗПП: чл. 10, 102, 105, 108, 199 ст. 7, 233 ст. 1, 303 ст. 1, 308 ст. 1, 308 ст. 3, 308 ст. 4, 309, 315 ст. 1, 383 ст. 5, 398 ст. 1, 431 ст. 2 и 432 ст. 3.

32 ЗПП, чл. 10 ст. 3.

33 Р. Кеча, *нав. дело*, стр. 114.

34 *Ibid*, стр. 118.

35 *Ibid*, стр. 113.

36 Претходни ЗПП из 2004. је предвиђао да се рочиште може одложити када је то потребно ради извођења доказа или када за то постоје оправдани разлози, али „оправдане разлоге“ није прецизно дефинисао, вид. чл. 110 ст. 1 ЗПП из 2004.

ради извођења доказа или због спречености судије.<sup>37</sup> Против решења о одлагању рочишта није дозвољена жалба.<sup>38</sup> Приликом одлагања рочишта, суд ће увек да одреди нов временски оквир, који не може бити дужи од једне трећине првобитно одређеног временског оквира.<sup>39</sup> У циљу поштовања начела ефикасности предвиђено је да у случају одлагања рочишта суд мора одмах да одреди место и време одржавања одложеног рочишта у оквиру новоодређеног временског оквира.<sup>40</sup> Када суд дозволи преиначење тужбе,<sup>41</sup> решењем ће одредити нови временски оквир за спровођење поступка.<sup>42</sup>

Временско ограничење трајања поступка је идеја, која се појавила и пре новог Закона о парничном поступку – у Закону о судијама.<sup>43</sup> Када је у питању првостепени поступак, председник суда је дужан да обавести председника непосредно вишег суда о сваком поступку, који није окончан у року од две године и о разлозима за то.<sup>44</sup> У поступку по правном леку, који није окончан у року од једне године, председник суда је дужан да обавести председника Врховног касационог суда.<sup>45</sup> На овај начин се индиректно одређују крајњи рокови, у којима се очекује окончање парничног поступка: првостепени у року од две године, а поступак по правним лековима у року од годину дана.<sup>46</sup> У пракси се судије приликом одређивања временског оквира руководе управо овим роковима, које садржи Закон о судијама, па се трајање првостепеног поступка најчешће одређује у оквирима рока од две године.<sup>47</sup>

Да би суд могао успешно да одреди временски оквир, странке су у обавези да најкасније на припремном рочишту (или на првом рочишту за главну расправу, ако припремно рочиште није обавезно) изнесу све чињенице потребне за образложење својих предлога, да предложе доказе, којима се потврђују изнете чињенице, да се изјасне о наводима и понуђеним доказима противне странке, као и да *предложе времен-*

37 ЗПП, чл. 108 ст. 1.

38 ЗПП, чл. 108 ст. 4.

39 ЗПП, чл. 108 ст. 2.

40 ЗПП, чл. 108 ст. 3.

41 Преиначење тужбе је промена истоветности захтева, повећање постојећег или истицање другог захтева уз постојећи, вид. ЗПП, чл. 200 ст. 1.

42 ЗПП, чл. 199 ст. 7.

43 *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС и 101/2013.

44 Закон о судијама, чл. 28 ст. 3.

45 Закон о судијама, чл. 28 ст. 4.

46 Р. Кеча, *нав. дело*, стр. 118.

47 *Ibid.*

ски оквир за сировођење *йосйуйка*.<sup>48</sup> Овде се поставља питање како ће судија одредити временски оквир на основу онога што су *йредложи-ле сйранке*. Ако је у питању странка, која није правне струке, а нема пуномоћника-адвоката, готово је немогуће да може проценити трајање поступка и предложити адекватан временски оквир. Иста сумња постоји и ако је у питању странка, која јесте правне струке, или странка, која има пуномоћника-адвоката. С једне стране, квалитет правне струке не мора бити висок, а с друге стране, није искључено ни да адвокат у циљу остварења својих интереса предложи дужи временски оквир од онога, који је неопходан. Дакле, постоји могућност настанка агенцијског проблема.<sup>49</sup> Треба напоменути да је „сметња“ одређивању адекватног временског оквира и постојање различитих/супротстављених интереса странака у парници. Тужиоцу је у интересу да се поступак што пре оконча, док тужени жели да поступак траје што дуже, ако је сигуран да неће успети у спору. Због тога ће тужилац, по правилу, предлагати што краћи временски оквир, а тужени што дужи, који могу бити субјективни, тј. непримерени. Због тога остаје на суду да оцени колико ће поступак трајати и да одреди временски оквир.

Закон не даје упутства судијама како да одреде временски оквир. Стога је за његово одређивање потребно суштинско схватање предмета спора, добро познавање материјалног и процесног права, као и добра процена времена, неопходног за све процесне активности. „Приликом одређивања потребног времена, суд мора знати колико му је потребно времена за извођење доказа, распоред извођења доказа по логици материјалног и процесног права, мора проценити време потребно за доставу, водећи рачуна о времену у случају неуспеле доставе, као и о другим примарним и евентуалним процесним радњама.“<sup>50</sup>

Може се закључити да се одговорност за трајање поступка дели између странака и суда. С обзиром на то да странке на себе преузимају део одговорности за креирање временског оквира, смањује се могућност да странке истичу да постоји повреда права на суђење у разумном року, тј. смањује се могућност за подношење уставне жалбе у случају повреде права на суђење у разумном року,<sup>51</sup> као и представке ЕСЉП са

48 ЗПП, чл. 308 ст. 1.

49 Агенцијски проблем настаје при поверавању посла, односно при делегирању овлашћења од стране принципала агенту, ако се њихови интереси не подударају и ако постоји асиметрија информација, вид. Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за йравнике*, Београд, 2008, стр. 386–389.

50 М. Андријашевић, *нав. чланак*, стр. 205.

51 О уставној жалби у случају повреде права на суђење у разумном року вид. Стеван Лилић, „Да ли је уставна жалба ефикасни правни лек за суђење у разумном року“, *Анали Правној факултета у Београду*, бр. 2/2007, стр. 67–85.

навођењем повреде права на суђење у разумном року. Смањење уставних жалби и представки против Србије јесте позитивно (и то је био један од циљева увођења временског оквира), али само ако не дође до повреде права на суђење у разумном року. Ако би до повреде дошло, странка то не би могла истицати, јер је учествовала у креирању временског оквира, и тиме преузела део одговорности.

### III Временски оквир и одлагање рочишта

Према чл. 108 ст. 1 ЗПП рочиште се само *изузетно* може одложити: због спречености судије или ако је то потребно ради извођења доказа. Ово решење предвиђено је ради обезбеђења делотворности.<sup>52</sup> Заиста, ретке су ситуације у којима је судија спречен да одржи рочиште, тако да треба закључити да по том основу неће често долазити до одлагања рочишта. Међутим, потреба извођења доказа се може појавити на сваком рочишту, што би значило да ће готово увек постојати могућност одлагања рочишта, иако је према ЗПП то изузетак.

Поред тога, ако се рочиште одложи, суд ће *увек* одредити нови временски оквир, који не може бити дужи од једне трећине првобитно одређеног временског оквира.<sup>53</sup> Иако постоји временско ограничење у погледу дужине новог временског оквира, овакво решење је у супротности са начелом ефикасности, јер се одређивањем новог временског оквира продужава поступак. Ако је временски оквир већ једном био утврђен, обавезним утврђивањем новог временског оквира („суд ће *увек* одредити нови временски оквир“) обесмишљава се сам институт и одустаје од циља због кога је уведен. Законском одредбом се уводи опасност да изузетак постане правило, па да се трајање поступка продужи унедоглед, будући да ЗПП не садржи одредбу, којом би била постављена квантитативна граница одлагању рочишта, тј. не уређује колико се пута рочиште може одложити.

Оно што је нејасно на основу законских одредаба је да ли ће странке имати право да учествују у формирању новог временског оквира.<sup>54</sup> Језичким тумачењем одредбе „суд ће увек да одреди нов временски оквир...“ се изводи закључак да нов временски оквир одређује суд без учешћа странака. Међутим, ако се има у виду да странке учествују у формирању првобитног временског оквира, не постоји разлог да им то право буде ускраћено приликом одређивања новог временског оквира.

52 Вида Петровић Шкоро, „Остваривање разумног рока – временски оквир“, *Правни информатор*, бр. 4/2012, стр. 5.

53 ЗПП, чл. 108 ст. 2.

54 В. Петровић Шкоро, *нав. чланак*, стр. 5.

#### IV Дисциплинска одговорност судије за непоступање у временском оквиру

Непоступање судије у временском оквиру је основ за покретање дисциплинског поступка у складу са одредбама Закона о судијама.<sup>55</sup> Предвиђање дисциплинске одговорности судије има и превентивну и казнену функцију. Превентивна функција се састоји у томе што ће предвиђање дисциплинске одговорности утицати на судије да спроведу поступак без одуговлачења, у одређеном временском оквиру. Казнена функција ће доћи до изражаја, ако судија не поступи у одређеном временском оквиру.

Имајући у виду наведено, рекло би се да је ова одредба позитивна и да ће довести до убрзања парничног поступка. Међутим, треба имати у виду и њену негативну страну. Наиме, одуговлачење поступка могу проузроковати и саме странке. То би значило да злоупотреба процесних овлашћења од стране странака у виду одуговлачења поступка може водити дисциплинској одговорности судије. Наравно, судија може спречити такву злоупотребу процесних овлашћења кажњавањем странке новчаном казном.<sup>56</sup> Суд је чак *дужан* да спречи сваки покушај неоснованог одлагања рочишта и санкционише сваку повреду или злоупотребу процесних права и нарушавање процесне дисциплине.<sup>57</sup> Међутим, одуговлачење може настати и услед објективних околности, а дисциплинска одговорност судије би ипак могла постојати самим тим што временски оквир није испоштован. С друге стране, Законом о судијама је већ предвиђено да ће судија бити санкционисан у случају нестручног или неодговорног поступања, тј. нестручно вршење функције се предвиђа као разлог за разрешење судије.<sup>58</sup>

Предвиђањем да је непоступање у временском оквиру *основ* за покретање дисциплинског поступка се, поред позитивних ефеката, ствара и подлога за селективно поступање. С обзиром на то да се ради о *основу* за покретање дисциплинског поступка, то не значи да ће он бити покренут против сваког судије, који није поступио према временском оквиру. „Ако се [...] све судије доводе у ситуацију да буду неуспешне, тада се селективним позивањем на околност да у одређеном поступку није поштован временски оквир за спровођење поступка или да нису

55 ЗПП, чл. 10 ст. 3.

56 Новчаном казном од 10.000 до 150.000 динара казниће се физичко лице, односно казном од 30.000 до 1.000.000 динара правно лице, које своја процесна овлашћења користи противно циљу, због којих су прописана, вид. чл. 186 ЗПП.

57 ЗПП, чл. 309 ст. 4.

58 Закон о судијама, чл. 62.



поштовани законом одређени рокови, ствара могућност даљег притиска на судије, користећи то као основ за њихову дисциплинску одговорност и евентуално разрешење.<sup>59</sup>

## V Временски оквир vs. право на правично суђење

Временски оквир је уведен у циљу убрзања поступка, повећања ефикасности и остваривања права странке на суђење у разумном року. Међутим, брзина не треба да превлада над квалитетом одлучивања. Суд не би требало да занемари квалитет правне заштите да би по сваку цену испоштовао одређени временски оквир. Имајући у виду дисциплинску одговорност за непоштовање временског оквира, може се очекивати да ће судије предност дати стриктном поштовању временског оквира, а не начелу утврђивања истине.<sup>60</sup>

Иако суђење у разумном року треба да буде циљ, не треба занемарити право на правично суђење, тј. право свакога да суд правично одлучи о његовим правима.<sup>61</sup> У контексту ЕКЉП то значи да „члан 6. захтева да се судски поступци спроводе експедитивно; он такође наглашава опште начело правилног спровођења правде“.<sup>62</sup> Дакле, потребно је да суд нађе равнотежу између ефикасности, тј. начела економичности и начела материјалне истине, како би се тиме остварило и право на правично суђење и право на суђење у разумном року, које представља део права на правично суђење.

## VI Уместо закључка

У циљу убрзања парничног поступка, вршене су бројне измене парничне регулативе, које су сада садржане у ЗПП из 2011. Цео поступак измена је вршен преношењем института грађанског процесног права англосаксонских земаља (иако наше парнично процесно право

59 Р. Кеча, *нав. дело*, стр. 119.

60 Иако ЗПП из 2011. изричито не спомиње обавезу суда да истинито утврди спорне чињенице од којих зависи основаност захтева, начело утврђивања истине је и даље присутно. Законитост пресуде и даље зависи од тога да ли је суд правилно и потпуно утврдио чињенично стање, на којем заснива своју одлуку. Суд је дужан да свестрано расправи спор, укључујући постављање питања, која треба да допринесу правилном утврђивању чињеница, од којих зависи одлука о тужбеном захтеву, вид. Р. Кеча, *Грађанско процесно право (приручник за полагање правосудној испити)*, Београд, 2013, стр. 149–151.

61 ЕКЉП, чл. 6 ст. 1; Устав РС, чл. 32 ст. 1.

62 *Sühmannb vs. Germany* (1996), *нав. према*: В. Петровић Шкоро, *нав. чланак*, стр. 3.

почива на немачком моделу), па је и институт временског оквира преузет из англосаксонског права.<sup>63</sup> Проблем је у томе што су институти преузети некритички и недоследно,<sup>64</sup> занемарујући њихово системско место у изворном правном систему и другачије дејство у правном систему Србије.<sup>65</sup> Одређени институт може бити ефикасан у једном правном систему, а неефикасан у другом. Приликом доношења закона треба утврдити да ли он одговара одређеном правном систему. Посебно треба имати у виду фактичко стање у српском правосуђу, јер се постављени циљеви неће постићи искључиво променом закона.

Питање је да ли временски оквир може да добије пуни смисао, с обзиром на могућности нашег правосудног система: судски капацитети (број судија, преоптерећеност предметима, као и неједнака оптерећеност судија), квалитет судства и адвокатуре, извршена реорганизација судског система. Самим тим што су Законом о судијама индиректно одређени рокови за окончање првостепеног и поступка по правним лековима, обезбеђен је основни предуслов за ефикасно суђење. Потребно је доследно спроводити закон, али истовремено треба обезбедити потребне механизме да би његове одредбе биле делотворне.

**Maša MIŠKOVIĆ, M.A.**

## LITIGATION TIMEFRAME ACCORDING TO THE LAW ON CIVIL PROCEDURE 2011

### Summary

*To achieve the efficiency of the legal protection in litigation, there are quite frequent legislature changes of the civil procedure. In order to accelerate litigation and exercise the right on a trial within reasonable time, litigation timeframe was introduced in the Law on Civil Procedure 2011. Apart from the rules of that law, in this paper the author provides critical preview concerning the litigation timeframe, including pros and cons of its introduction. Furthermore, the author analyzes the problems, which could present an obstacle for the efficiency of the provision about litigation timeframe. Only with*

63 Бранка Бабовић, „Право на суђење у разумном року и парнични поступак“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, стр. 460–461.

64 А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 175.

65 Б. Бабовић, *нав. чланак*, стр. 458.

*creating prerequisites for the successful functioning of the courts, the efficiency of the legal protection and the right on a trial within reasonable time could be achieved.*

**Key words:** *efficiency of the litigation, right on a trial within reasonable time, litigation timeframe, disciplinary responsibility of the judges.*

---

# СТРУЧНА МИШЉЕЊА

---

УДК

**Дамир ШИТЕ**

извршитељ за подручја Вишег и Привредног суда у Суботици

## КОЛЕГЕ ГЛЕМБАЈЕВИ

*Nihil sub sole novum.*<sup>1</sup>

### Резиме

Када је у раним прејодневним часовима 31. маја 2012. године у Палаћи правде у Београду, тридесетдевети дипломираних правника са положеним испитом за извршитеља пред тадашњим министром правде изговорило заклетву из члана 317 Закона о извршењу и обезбеђењу, једно од омишних уверења у друштву је било да се ради о првом случају именована „приватних“ извршитеља у нашој правној историји.

Међу њим, мало је позната чињеница да су у градовима попут Новој Сади, Панчева, Зрењанина, Сомбора, Кикинде, Алибунара, Вршица, и омишних у региону који је у првој заједничкој држави Јужних Словена био познат као „војвођанско правно подручје“, у периоду од неколико деценија (тачније све до завршетка Другој светској рату) извршне радње у постојећима извршења пред тадашњим првостепеним судовима (судбени столови – касније окружни судови – и њима припадајући средњи судови) сироводили нарочити појединци познати као „краљевски судски извршитељи“.

Ово је крајак запис о њима.

**Кључне речи:** краљевски судски извршитељи, *Gerichtsvollzieher*, *Huissier de justice*, Краљевина СХС.

---

1 Нема ништа ново под сунцем, Свето писмо Старога завета, Књига Проповједникова, I, 9.

## I Јединствена држава „нејединствених“ Јужних Словена

Читањем унапред припремљеног одговора краља Петра I на, такође, ишчитану *Агресу* Народног вијећа Словенаца, Хрвата и Срба, дана 1. децембра 1918. године у Београду створено је Краљевство Срба Хрвата и Словенаца, држава која је током већег дела XX века била позната под именом Југославија.

Без потребе да одговоримо на питање да ли се радило о версајској тамници народа од којих је била састављена или, пак, о њиховом цивилизацијском максимуму, овом приликом довољно је констатовати да је југословенска држава у својим почетним облицима, за разлику од њеног брионског периода, представљала полетни<sup>2</sup> покушај да се, ако се послужимо тадашњим терминима, тај троимени, троплемени, троједини „српскохрватскословеначки“ народ, упркос значајним међусобним разликама (које ће просечном читаоцу штива овога типа бити и више него познате) уоквири у јединствени државно-правни простор.

Већ на самом почетку младе државе било је очигледно да се такав подухват не може спровести у кратком року, па је територијално, истинна, јединствена Краљевина иницијално била подељена на шест прилично ушанчених правних подручја, разврстаних у складу са прописима који би се на датом подручју примењивали пре завршетка Првог светског рата.<sup>3</sup>

На овом месту мора се поменути да је један од смисленијих корака у правцу уједначавања тог прилично шареног правног мозаика, свакако, представљао и Видовданским уставом предвиђен јединствени Касациони суд за подручје целе државе, чије је седиште требало бити у Загребу, а коме се, очигледно, хтело дати у задатак да, колико је то могуће, својим одлукама премости правне разлике младе Краљевине.

Да и најбољем *сћаву* 1 неког члана ништа не може наудити више од *сћава* 2 који му следи, је тврдња коју у нашим правним круговима,

2 Неко би можда казао: наивни покушај.

3 Правна подручја Краљевине СХС су била: 1) србијанско правно подручје, на коме се примењивало право раније Краљевине Србије; 2) црногорско правно подручје, на коме се примењивало право раније Краљевине Црне Горе; 3) војвођанско правно подручје, на коме су се примењивали прописи Краљевине Мађарске (Угарске), донети до 1. новембра 1918. године; 4) хрватско-славонско правно подручје, на коме се примењивало нововелирано аустријско право и одлуке Хрватског Сабора – у оквиру Краљевине Мађарске (Угарске) је деловала законодавно релативно аутономна Краљевина Хрватска и Славонија, настала на основу хрватско-угарске нагодбе из 1868. године; 5) далматинско-словеначко правно подручје, на коме се примењивало новелирано аустријско право; и 6) босанско-херцеговачко правно подручје на коме је важило делом аустријско право, а у сфери породичног и наследног права, за Муслимане се примењивало шеријатско право.

попут аксиома међу математичарима, не треба посебно доказивати. Тако је том нашом нарочитом нормативном техником (коју ћемо за потребе овог штива назвати: актом предвиђена смицалица за обесмишљавање истог тог акта), свега неколико чланова након што је установио поменути јединствени Касациони суд, исти Устав предвидео како „Касациони Суд у Београду, Сто Седморице у Загребу, Врховни Суд у Сарајеву, Велики Суд у Подгорици и Одељење Касационог Суда у Новом Саду, радиће до новог уређења једног Касационог Суда за целу земљу по досадашњем и сматраће се као одељења Касационог Суда“.

Није потребно посебно наглашавати да до почетка рада јединственог Касационог суда за подручје целе Краљевине никада није дошло.

Како је већ поменуто, на правним подручјима прве Југославије су се примењивали затечени прописи, те није био редак случај да се истоветни правни институти не само другачије регулишу, већ и сасвим другачије дефинишу на растојању од свега неколико десетина километара. Овакво стање се свакако односило и на грађанско процесно право, а сасвим тим и на поступак извршења као његов неодвојиви део.

Осим што је до доношења јединственог *Закона о извршењу и обезбеђењу* из 1930. године, чија је примена, мање-више, отпочела 1938. године, поступак извршења у сваком од правних подручја био уређен различитим законима, и сами органи којима је било поверено спровођење конкретних извршних радњи су били сасвим другачији. Тако су на подручју ранијих Краљевина Србије и Црне Горе извршне радње спроводиле „полицијске власти“, на подручјима под јаким утицајем Беча је то био нарочити намештеник суда, познат као судски извршитељ, односно *Gerichtsvollzieher*, док су, како је то већ поменуто, на тзв. војвођанском правном подручју, извршење спроводили посебни „краљевски судски извршитељи“, уведени у угарски део Двојне монархије 1871. године, Законским чланком број LI.

## II Законски чланак LI из 1871. године

Оно што овог нарочитог „угарског извршитеља“ издваја од свих осталих набројаних извршних органа је чињеница да он није био ни намештеник суда, нити неки посебан државни службеник. Наиме, угарски законодавац је крајем децембра те 1871. године, свега четири године након мађарске нагодбе са Хабзбурзима, одлучио да на ове просторе уведе до тада сасвим непознатог извршитеља, скројеног по узору на француског *huissier de justice*.

14. јуна 1813. године, непуних годину дана пре него што је био приморан да абдицира, Наполеон доноси свој царски декрет којим је поставио темеље модерне службе самосталних извршитеља.<sup>4</sup> Наведеним декретом овај „император од Корзике“ је прописао услове именована првих самосталних извршитеља, одредио каталог њихових овлашћења, утврдио правила која се тичу њиховог места пребивалишта и рада, али и саставио списак моралних захтева којих су се наше прве колеге морале придржавати. Истим декретом су успостављене и посебне дисциплинске комисије које су имале за задатак да врше надзор над њиховим радом.

Није лако одговорити на питање који је био мотив угарског законодавца да се отргне од дотадашње праксе поверавања спровођења конкретних извршних радњи самим судовима увођењем у свој правни простор француског *huissier*-а, међутим, пада у очи чињеница да је у првим годинама након мађарског „правног осамостаљења“ од Беча 1867. године, парламанет у Будимпешти и неке друге, много значајније државне службе обликовао у складу са тадашњем француским решењима. Тако је исте те 1871. године, Законским чланком број XXXIII, ново мађарско тужилаштво устројено у складу са француским *ministère public*, чија је основна карактеристика постојање тзв. „тужиоца круне“ који није био самостални правосудни орган већ део извршне власти, директно подређен министру правде.

На самом почетку Законског чланка LI из 1871. године, већ у његовом §1 је прописано да се „Уз сваки првостепени судбени сто и средски суд могу ангажовати судски извршитељи у потребном броју, које именује министар правде“.

Наведеним законским чланком су као услови за именовање извршитеља прописани: држављанство, напуњене 24 године живота и положен посебан испит за извршитеља. Испит за извршитеља се састојао из усменог и писменог дела, а полагао се пред комисијом која се састојала од троје (адекватније би било: тројице) судија првостепеног суда код ког је кандидат хтео бити ангажован. По успешно положеном испиту, извршитеља је именовао министар правде, који је у року од 30 дана морао да положи заклетву пред старешином свог суда, на који начин је ступао на дужност.

Извршитељ је сваку спроведену извршну радњу бележио у свој посебно оверени уписник, а своја је писмена оверавао својим потписом и печатом. Печат краљевског судског извршитеља је био округли, са грбом Краљевине у средини, а на ободу кружнице је био исписан текст:

4 *Décret impérial* № 9,346. *Pourtant Règlement sur l'Organisation et le service des Huissiers, du 14 juin 1813* – преузето из Jacques Isnard, et. al, *Hostiarii*, Paris, 2002, стр. 18.

„судски извршитељ“, затим име и презиме извршитеља, као и означење суда за који је именован.

Закон је извршитељима одредио два основна задатка: уручење писмена и спровођење извршних радњи. Нарочито је интересантно да закон из 1871. године врло прецизно утврђује и износе припадности које за поједине извршне радње припадају извршитељима уводећи, такође, и посебну обавезу уплате предујма у тренутку њиховог ангажовања.

Надзор над радом краљевских судских извршитеља је био поверен старешини суда код кога је извршитељ био ангажован, док се одговорност за њихов рад утврђивала сходном применом закона којим се уређује одговорност судија.

Са звањем извршитеља било је неспојиво обављање послова који би га спречавали да своја задужења извршава савесно и правилно. Такође, извршитељ није могао поступати у предмету у коме би страна у поступку били он, његова супруга, вереница, штићеник (штићеница), старатељ или ма која особа која му је сродник у правој линији, у побочној линији до другог степена, односно сродник по тазбини до првог степена.

У случајевима да судски извршитељ поднесе оставку, умре, или буде разрешен дужности, односно пресели се или буде премештен, старешина суда код кога је био ангажован је био дужан да извршитељев печат, уписник и сва званична писмена без одлагања преузме, као и да податак о самом преузимању и времену у коме је оно извршено, забележи под последњим деловодним бројем у извршитељевом уписнику, те да тај свој упис потпише.

На самом крају Закона било је прописано да се свако спречавање судског извршитеља у спровођењу службених радњи „речима или делима“, у случају да дати поступци нису представљали довољан основ за покретање редовног кривичног поступка, сматрају прекршајем, за који се могла изрећи казна затвора до три месеца или новчана казна до 300 форинти.<sup>5</sup>

За прве измене и допуне наведеног закона о судским извршитељима је требало чекати свега четири године, те је тако Законским чланком IX из 1875. године одређено значајно поштрење одредби које се тичу могућег броја извршитеља који се код појединог суда могу ангажовати, надзора над радом извршитеља, као и одредби које се тичу начина обрачуна припадности за њихов рад.

---

5 Не сме се сметнути с ума да се ради о пропису донетом 1871. године, па сходно томе износ од 300 форинти никако не треба сматрати за оно време безначајним.



### III Краљевски судски извршитељи Прве Југославије

Као и целокупно судско-административно устројство војвођанског правног подручја, које је, са изузетком неколицине козметичких измена, у потпуности пресликано из правног поретка Краљевине Мађарске од пре 1. новембра 1918. године, тако су и краљевски судски извршитељи, као самостални органи задужени за спровођење појединих извршних радњи, према мађарским законима донетим за време Аустро-угарске, наставили своје деловање у првој заједничкој држави Јужних Словена.

Организација рада краљевских судских извршитеља је, како је то и за очекивати, у потпуности пратила ситуацију у којој се сваки од затечених судова тзв. војвођанског правног подручја нашао, захваљујући пре свега држању судија тих судова. Тако, председник Апелационог суда у Новом Саду, дана 11.9.1920. године доставља Министарству правде, одељењу за Банат, Бачку и Барању, уз допис бр. Предс. I. A. 43. 1920, списак судских извршитеља ангажованих код среских судова са свог подручја. Свега десетак дана доцније, већ 22. септембра исте године, као одговор на наведено писмено, начелник Министарства правде доставља председнику Апелационог суда допис бр. 34782 у коме тражи од њега да наложи старешини среског суда у Тителу „Да разреши дужности извршиоца Ивана Нешића официјала истог суда, те да повери вршење дужности извршиоца таквом чиновнику, који има испит за извршиоца или пак за грунтовничара, који би ову дужност, ван званичних часова вршио“.<sup>6</sup>

Из наведеног се може закључити да је и поред очигледних покушаја старешина неких среских судова да послове извршења повере појединцима који нису испуњавали законске предуслове за именовање, радом надлежних органа Министарства правде такви покушаји били онемогућени, те да се Министарство правде, очигледно, бар када су краљевски судски извршитељи у питању, колико је то могуће придржавали преузетих мађарских закона.<sup>7</sup>

Један од сталних пратилаца извршитеља је и „природни“ друштвени отклон према њима, највероватније заснован на непријатностима

6 Архив Југославије – Фонд 63 – М Правде КЈ – опште одељење – Фасцикла 79/1920 (ознака на документу: 79–97–20).

7 Као интересантан пример о придржавању власти нове државе прописима донетим пре 1. новембра 1918. године, може послужити и податак да је 3. маја 1924. године Никола Пашић, у покушају да спречи њено даље приближавање Демократској странци, забранио рад Мађарске странке, на основу *Уредбе* угарског Министарства унутрашњих послова из 1875. године и једне тајне уредбе из 1894. године. Давидовићева влада је септембра исте године, уз велики публицитет, укинула наведену одлуку о забрани.

која њихова задужења носе са собом. Краљевски судски извршитељи војвођанског правног подручја, у време Прве Југославије, су поред ове „подразумеване нетрпељивости“ становништва према њима, нажалост, морали да рачунају и на неке додатне непријатности, карактеристичне за тај период.

Стигма број један се, свакако, огледа у чињеници да је институт краљевских судских извршитеља (обртника), доживљаван као рецидив старе мађарске *ненародне* власти, те се као такав никако није могао усагласити са друштвеним стремљењима тек ослобођених народа који су (иронично, попут Мађара након 1867. године), тежили друштвеном уређењу које би се што је могуће више разликовало од оног претходног. Тако се, рецимо, у допису Трговачко-индустријске и занатске коморе у Новом Саду, бр. 3027/1928, од дана 3. новембра 1928. године, насловљеном Министарству правде Краљевине СХС, између осталог, наводи како „Треба наине, због горког искуства, кидати са установом из мађарских закона, односно са праксом посебних судских извршилаца у нашој земљи“.<sup>8</sup>

Међутим, није само већи део становништва имао негативан однос према краљевским судским извршитељима, већ су се и саме судије, не ретко, користиле могућностима да, макар симболично, учине својеврсни отклон према њима. Тако, на пример, према писању суботичког дневног часописа *Vásctegyei napló* (Дневник Бачке Жупаније), од 1. маја 1928. године, краљевском судском извршитељу средског суда у Великом Бечкерку (данашњи Зрењанин), Браниславу Стојковићу је на два узастопна рочишта судија Милош Миковић одредио две новчане казне од по пет стотина динара, због наводних клевета које је Стојковић изнео против судије тога истог суда Карла Кленовшека и директора Дунавске Банке у Великом Бечкерку, Бранка Стојића.

Један од вероватних разлога који се могу навести као објашњење због чега тадашње судије краљевске судске извршитеље не доживљавају као институт који је саставни део правног поретка државе у чије име делују се, сасвим сигурно, огледа и у чињеници да је велики број судија војвођанског правног подручја, с обзиром да је био досељен у војвођанске крајеве, морао судити према законима које нити зна, а у грађанским стварима, с обзиром на прецедентни карактер мађарског грађанског права, нити разуме механизам на основу кога тај правни поредак функционише.

Овај изражени унутрашњи осећај неприхватљивости мађарских правних института је, с обзиром на тежак егзистенцијални положај и

8 Архив Југославије – Фонд 63 – М Правде КЈ – опште одељење – Фасцикла 29/1930 (ознака на документу: 29–88–30).

друштвени презир према природи послова који обављају, сасвим сигурно, у себи подразумевао и јак отпор ефикасном и скупом апарату краљевских судских извршитеља, којима је, једини циљ био да што делотворније и што брже спроведу поједине извршне радње, не би ли на тај начин остварили право на наплату принадлежности које су им за те радње припадале.

#### IV Удружење судских извршитеља на подручју новосадског Апелационог суда

Краљевски судски извршитељи са подручја Апелационог суда у Новом Саду до доношења јединственог Закона о извршењу и обезбеђењу из 1930. године, у коме је дошло до очигледне намере законодавца да уместо француског *huissier*-а, за подручје целокупне Краљевине Југославије, уведе јединствени институт судских извршитеља, по узору на аустријског *Gerichtsvollzieher*-а, нису осећали неку нарочиту потребу да се, попут других *занатила*, организују у својеврсне цехове или еснафе, већ је сваки од њих деловао, мање-више, одвојено од својих колега.

Промене уведене поменутиим Законом из 1930. године, а које су се тичале „извршитеља-обртника“, протеком времена познатом као *vacatio legis*, су довеле до тога да их је очигледни заједнички проблем све извеснијег укидања као професије, навео да се организују и покушају заједничку борбу за опстанак.

Дана 21. августа 1932. године је у Сомбору одржана оснивачка скупштина *Удружења судских извршитеља са подручја Новосадског Апелационог суда*, што је први познати облик формалног организовања самосталних извршитеља у нашој држави. Својеврсни протагониста идеје удруживања извршитеља око горућег заједничког циља је био краљевски судски извршитељ са подручја среског суда у Сомбору, колега Станко Савић, који је био уједно и први, а врло вероватно и једини председник овог Удружења.

На основу података који се могу пронаћи у Историјском архиву Војводине,<sup>9</sup> ново Удружење је првобитно покушало да добије одобрење за свој рад код тадашњег Министарства правде, у складу са одредбама Закона о чиновницима од 31. марта 1931. године. Решењем Министра правде бр. 113.576 од дана 28. децембра 1932. године, је наведена молба колеге Савића одбијена са следећим образложењем: „Како судски извршитељи нису државни службеници у смислу Закона о чиновницима од 31. марта 1931. године, то се на њих не може применити § 76 Закона, нити им се тражено одобрење може дати, већ се према § 2

9 Историјски архив Војводине, Ф 126 II 2143/1933.

Закона о удружењима, зборовима и договорима од 18. септембра 1931. године имају обратити надлежној првостепеној управној власти за такво одобрење.“

Очигледна је била намера оснивача Удружења да се, у случају прибављеног одобрења за рад од стране Министарства правде, његови чланови легитимишу као државни чиновници, што се, с обзиром да се радило о занимању које је захваљујући законским променама требало бити укинато, никако није могло дозволити.

Образложење министра правде, у коме ново формирано „клуб“ судских извршитеља, без обзира што се ради о појединцима снабдевеним јавним овлашћењима, поучава да се организују у складу са Законом којим се регулише рад пчеларских удружења или певачких друштава, очигледно се желело ставити до знања да се ради о професији која у новој држави није добродошла и која одбројава своје последње дане.

## V Закон о извршењу и обезбеђењу из 1930. године

У жељи да се поступак извршења у целокупној Краљевини Југославији уреди на јединствени начин, 9. јула 1930. године, у јеку Шестојануарске диктатуре, донет је *Закон о извршењу и обезбеђењу*.<sup>10</sup> Рад на припреми законског текста је трајао неколико година, уз активно учешће нарочите Комисије састављене од истакнутих правника тога времена, међу којима су били: Ђорђе Несторовић, државни саветник у пензији, др Драгољуб Аранђеловић, професор Универзитета у Београду, Славољуб Сова, председник Банског стола у Загребу, др Антон Скумовић, професор Универзитета у Љубљани и др Бертолд Ајзнер, председник сената Врховног суда у Сарајеву.

Јавна расправа о Нацрту Комисије је била прилично активна, покренувши велики број судова, адвокатских, трговачких и обртничких комора, задружних савеза, банака, и других заинтересованих субјеката, да доставе Министарству правде своје примедбе, након чега је састављена посебна Комисија са задатком да на основу поднетих мишљења утврди коначни текст закона.

Полазишна основа *Закона о извршењу и обезбеђењу* из 1930. године (који је био познатији по својој скраћеници Ип – извршни поступник), је био аустријски Извршни (овршни) ред од 27. маја 1896. године, са новелама, који се у то време примењивао на тзв. далматинско-словеначком

10 *Закон о извршењу и обезбеђењу* из 1930. године се готово у целости, на основу *Закона о неважностии йройиса донесених йре 6. айрила 1941. године и за време окујације* („Сл. лист СФРЈ“, бр. 101/46), примењивао и у судовима социјалистичке Југославије све до почетка примене Закона о извршном поступку из 1978. године.

правном подручју, односно на подручјима Виших земаљских судова у Љубљани и у Сплиту.

§ 26 Ип-а је одређено да суд спроводи извршење или непосредно или помоћу посебних извршних органа, који при том поступају по налогу и под надзором суда. Као извршни органи поступају или нарочити извршни чиновници или судски извршитељи, постављени код појединих судова, или чиновници судске писарнице или судски служитељи.

Овакво уређење питања извршних органа је било у потпуности подређено немачко-аустријском концепту по коме се спровођење конкретних извршних радњи поверава посебном намештенику суда познатијем као *Gerichtsvollzieher*, или судског извршитеља каквог ми знамо све до доношења *Закона о извршењу и обезбеђењу* из 2011. године.

Краљевски судски извршитељи који су у то време поступали на војвођанском правном подручју су се релативно касно укључили у озбиљнију друштвену активност у циљу очувања свог положаја и професије коју су обављали. Наиме, у време када су се војвођански извршитељи организовали у оквиру свог струковног Удружења 1932. године, *Закон о извршењу и обезбеђењу* је већ био донет. Иако тада још увек није отпочела његова примена (Ип. се примењивао од јануара, односно априла 1938. године), с обзиром на јак утицај словеначких и хрватских заговорника новог Закона, као и чињенице да је Министарство унутрашњих послова у великој мери подржавало промене Ип-а које је нови Закон уводио по питању органа којима се поверава спровођење извршења, пошто су их до тада на подручју ранијих Краљевина Србије и Црне Горе још увек спроводиле „полицијске власти“, чини се да мала и релативно слабо организована група без неког нарочитог утицаја, какви су били краљевски судски извршитељи, није могла у значајној мери да утиче на одлуку о њиховом укидању.

Иако без могућности да утиче на доношење *Закона о извршењу и обезбеђењу* из 1930. године, Удружење судских извршитеља није пропустило прилику да својим дописом бр. 61045, од дана 12.6.1935. године, достави Министарству правде своје мишљење одређеним одредбама *Уводног закона о Закону о извршењу и обезбеђењу* (који је 4. јуна 1937. године обнародован као *Уредба о увођењу Закона о извршењу и обезбеђењу*).<sup>11</sup> Да се радило о значајном тексту, чак и са аспекта правне струке,<sup>12</sup> може се закључити из чињенице да је поменути допис Удружења уврштен у елаборат примедба израђеног од стране Министарства правде.

Из наведеног дописа, можда би било најинтересантније цитирати следеће аргументе наших предратних колега:

11 Архив Југославије – Фонд 63 – М Правде КЈ – опште одељење – Фасцикла 63/1930.

12 Ваљало би на овом месту приметити да краљевски судски извршитељи нису били по образовању правници.

„Тамо, где закон о извршењу и обезбеђењу или судски Пословник помињу извршне органе, имају се на подручју Апелационог суда у Новом Саду подразумевати судски извршитељи. Разлози за већи делокруг судских извршитеља су у главном у томе, што судски извршитељи делују у сопственој режији, немају ни плате, ни пензије, трошкове по тарифи им плаћа странка, извршни поступак познају добро, а стоје увек под надзором суда. Поред постојања институције судских извршитеља суд неће бити оптерећен детаљима извршења, неће бити потребан ни већи број чиновника ни службеника, неће бити оптерећена благајна.“

Међутим, њихов глас се није сматрао нарочито значајним. Ипак, изгледа да су им историјске прилике донекле ишле на руку. Наиме, југословенско друштво крајем тридесетих година прошлог века, пред сам почетак Другог светског рата, налазило се пред раскршћима које му нису дозвољавале да се у значајној мери позабави питањима од периферног значаја, као што је уређење органа који спроводе поступак извршења. Тако је у члану 18 став 1 раније поменуте *Уредбе о увођењу Закона о извршењу и обезбеђењу* из 1937. године предвиђено следеће: „Док се на подручјима Апелационог суда у Новом Саду као и среских судова у Чаковцу и Прелогу не установе посебни судски органи за провођење извршења, проводиће се на тим подручјима извршења помоћу оних органа који су их до сада проводили. Ближа наређења о томе прописаше Министар правде уредбом.“ Другим речима, упркос јасној одредби *Закона о извршењу и обезбеђењу* која се тиче извршних органа, с обзиром на неспремност државе да спроведе у живот законом предвиђене промене, извршења су на „војвођанском правном подручју“ и даље спроводили *извршители – обрћници*.

Уредбу о ближим наређењима Министар правде никада није донео, у међувремену је дошло до избијања Другог светског рата, и тако су краљевски судски извршитељи деловали на наведеном подручју све до ослобођења тих крајева у касну јесен 1944. године када су, бар они који су преживели ратна догађања, већим делом били распоређени по тамошњим Народним среским судовима, али сада већ као судски извршитељи у оном смислу у коме ми данас тај термин разумемо.

## VI Два суботичка „краљевска судска извршитеља“

*Филиј Бузаш* (око 1871–1940) – краљевски судски извршитељ Филип Бузаш се послом судског извршитеља почео бавити још за време Аустро-угарске монархије. Као један од чланова мађарског Земаљског удружења судских извршитеља (*Biróságí Végrehajtók Országos Egyesülete*), колега Бузаш се у гласнику Удружења, чији се примерци и данас могу

пронаћи у Библиотеци „Сечењи“ у Будимпешти (*Szécsényi Könyvtár Budapest*), помиње као извршитељ за подручје Жимболија (данашња Румунија), да би вероватно током 1908. године постао судски извршитељ за подручје Бачалмаша (данашња јужна Мађарска), а од 1910. године је краљевски судски извршитељ за подручје Суботице (са кратким периодом деловања у Сенти).

Филип Бузаш је за судског извршитеља Среског суда у Суботици именован одлуком министра правде Краљевине СХС, бр. 27215, од дана 30. децембра 1919. године. Већ дана 16. јануара 1920. године, колега Бузаш је пред предстојником Среског суда у Суботици, судијом Виктором Беркеом, и официјалом Јосипом Прокешом, као перовођом (записничарем), положио заклетву, на основу које је ступио на дужност судског извршитеља Среског суда у Суботици – сада као суда Краљевине СХС.

На основу Записника о заклетви, који се може пронаћи у Историјском архиву у Суботици, може се утврдити текст заклетве коју је колега Бузаш изговорио. Заклетва је гласила:

„Ја, Филип Бузаш, кунем се да ћу Његовом Величанству Краљу Петру I и владајућој кући Карађорђевића, Краљевству С.Х.С. и његовом Уставу у свим приликама веран бити и у мојој извршитељској служби по закону, и по законом издатим наредбама редован и марљив бити.

Тако ми бог помогао!“

С обзиром да је колега Бузаш већ од раније био именовани краљевски судски извршитељ среског суда у Суботици, остаје недоумица да ли је он горе наведену заклетву положио у смислу одредбе §4 Законског чланка LI из 1871. године, као обавезу судског извршитеља да се у року од 30 дана од дана именовања јави председнику судбеног стола за чије је подручје именован (с обзиром да је десетак дана пре тога био именован за судског извршитеља од стране министра правде „нове“ државе), дакле под претњом законских последица пропуштања, или је исту полагао у смислу захтева одређених Одлуком Народне управе за Банат, Бачку и Барању чији је одсек за правосуђе још крајем 1918. године упутио позив свим судовима и државним одветништвима да ступе у службу Народне управе и положе заклетву новим властима.

Неки од првих дражбених и пленидбених записника које је по свом „репризно“ именовану саставио колега Бузаш, а који се могу пронаћи у Историјском архиву у Суботици, снабдени су његовим печатом који је израђен на мађарском језику, а у чијем се средишту налази грб Краљевине Мађарске. На самом печату је име колеге Бузаша исписано у мађарском „преводу“: *Buzás Fülöp*.

На овом месту се мора приметити да су многи државни органи, а међу њима и судови, у периоду од краја 1918. године, па највероватније

до времена потписивања Тријанонског мировног споразума (што наравно не значи да су то радили сви државни органи), на својим документима користили своје „старе“ печате из времена Краљевине Мађарске, и то на начин да би текст на ободу печата, који је био на мађарском језику, оставили нетакнут, а сам грб Краљевине Мађарске који се налазио у средишту печата простим знаком „X“ прекрижили.<sup>13</sup>

Колега Филип Бузаш је преминуо у Суботици у уторак, 2. јануара 1940. године, у 69. години живота, оставивши из себе супругу Еугенију Бузаш, рођ. Вајценфелд и сина Ласла.

*Владимир Романов* (1889–1968) – када се говори о животу Суботице по окончању Првог светског рата, никако се не сме испустити из вида значајни утицај који је на овај, одједном погранични град, имала његова руска колонија, која се у Суботици негде већ током 1921. године може сматрати поприлично консолидованом.

Свакако, најистакнутији утицај руске емиграције се осетио на суботичком Правном факултету,<sup>14</sup> где су поред домаћих професора поприлично заступљени и професори из некадашње царске Русије. Интересантно је приметити да је већ међу првим именованим професорима Правног факултета, од њих шесторо, двоје било из редова руске емиграције (Григорије Васиљевич Демченко, за предмете Кривично право и Енциклопедија права, и Сергије Викторович Троицки, за предмет Црквено право).<sup>15</sup>

Владимир Романов је рођен у месту Богородск, Царска Русија, 28.8.1889. године, од оца Василија и мајке Олге, рођене Брехова.

Колега Романов је био један од двадесетак судских извршитеља, који су 21. августа 1932. године у Сомбору основали раније поменуто

13 Тако се у Историјском архиву Југославије у Београду, могу пронаћи документи, међу којима је, рецимо, допис председника Окружног суда у Новом Саду, бр. 1919. През. XX I 4/41, од дана 12. маја 1919. године, упућен Министарству правде, а који је снабдевен печатом на чијем ободу стоји: „*Királyi törvénytészék Ujvideken*“ (Краљевски судбени сто у Новом Саду), у чијем се седишти налази грб Краљевине Мађарске на коме је знаком „X“ прецртана круна на грбу, а који је потписао председника суда – Историјски архив Југославије, Фонд Министарства правде Краљевине Југославије – опште одељење, бр. фасцикле 21 из 1919. године (ознака на документу: 21–134–19).

14 У склопу Београдског Универзитета, недуго након окончања Првог светског рата, формирана су два факултета „на северу и југу државе“ и то – Правни факултет у Суботици (уз велико противљење града Новог Сада) и Филозофски факултет у Скопљу.

15 Поред именованих „...од 1920/21. придружили су им се др Михаило Павлович Чубински, проф. др Пјотр (Петар) Берногодович Струве и М.А. Коршунов. Осим наведених, од 1920–1941. године на овом факултету су радили и Константин Михајлович Смирнов и Фјодор (Теодор) Васиљевич Тарановски.“ Преузето из: Миодраг Симић, *Историја суботичког Правног факултета 1920–1941*, Београд, 2012, 2. издање, стр. 153.



*Удружење судских извршитеља са подручја Новосадској Апелационој суда.* Осим што је био један од чланова-оснивача овог Удружења, Владимир Романов је био и један од чланова његовог првог управног одбора (на записнику „конституирајуће“ скупштине колега Романов се на списку чланова управног одбора наводи као први).

По речима његовог унука, г. Владана Деснице из Суботице, колега Романов је у царској Русији службовао као капетан беле флоте. По избијању Октобарске револуције, преко Одесе и пристанишних лука у новој Краљевини СХС, са руском емиграцијом, Владимир Романов стиже у Београд, и ту се неко време задржава, где чак отвара и своју кафану. Након одређеног времена из Русије му пристижу супруга и прва ћерка. По пресељењу у Суботицу, колега Романов је првобитно радио као књиговођа суботичког расадника, да би се касније одлучио на службу судског извршитеља. У Суботици му се родила и друга ћерка, Ксенија, мајка господина Деснице.

Према подацима до којих сам успео доћи у суботичком Историјском архиву,<sup>16</sup> знамо да је Владимир Романов непосредно по завршетку Другог светског рата био запослен као чиновник Среског народног суда, а да је на основу сопственог захтева 7. новембра 1945. године (дакле, нешто више од годину дана по окончању ратних дејстава у Војводини), одлуком Окружног народног одбора у Суботици постављен за хонорарног наставника руског језика Стручне продужне школе у Суботици.

Колега Владимир Романов је преминуо у Суботици у петак, 6. децембра 1968. године, у 79. години живота.

## VII Закључак

Од појаве јозефинског либералног законодавства у сфери приватног права (настао као логични политички покушај да се народу, као неку врсту откупа од револуције која је задесила суседну Француску, уместо јавних политичких права подаре одређене слободе у његовом приватном животу), европска пракса принудног остварења доспелих потраживања се заснива на два основна концепта: извршење поверено суду (аустријско-немачки модел) и извршење поверено самосталној правосудној професији (француски модел).

Сваки од наведених модела има како своје предности, тако и своје недостатке.

Предност извршење које се поверава посебном намештенику суда се свакако огледа у његовој ниској цени коштања, док му се, како то

16 Захваљујући Тајјани Сегединчев, архивском сараднику Историјског архива Суботица.

обично и бива код већине послова које обавља држава, замера претерана бирократизованост и неефикасност. Као својеврсна инверзија, извршењу повереном „приватном“ извршитељу се, по редовном току ствари, мора признати његова ефикасност, док му се као најчешћа замера наводи „припадајући“ трошак.

Уколико се са настале историјске дистанце покуша одговорити на питање који је од наведених модела извршења подручју Војводине донео више „друштвене користи“ – онај до 1944. године, или онај из периода Друге Југославије, морао би се узети у обзир велики број чинилаца које писац овог скромног штива није у могућности ни да сагледа, а камоли апстрахује на иоле смислен начин.

Наиме, указати на чињеницу постојања очигледно изражајнијег морала плаћања обавеза о њиховој доспелости у периоду који је претходио АВНОЈ-евским променама и приписати их у искључиву заслугу краљевских судских извршитеља би представљао гротескни покушај „терања воду на своју воденицу“ и доказ елементарног непознавања суштинских разлика у друштвеним реалностима предратног *ірађанскої* и послератног *социјалистичкої* периода.

Међутим, искуства наших колега између два светска рата свакако могу послужити као добра основа разумевања односа државе према овој професији која ни тако, као уосталом ни данас, не ужива неки нарочити углед не само у широј јавности, већ и у оквиру правосуђа коме неодвојиво припада.

Пре свих, пада у очи чињеница да су краљевски судски извршитељи у друштву у коме су деловали представљали својеврсни *corpus separatum*. Иако преноси на њих део својих надлежности, тадашња држава не пропушта ниједну прилику да се према њима односи као према неком свом неугледном рођаку.

Такође, очигледно је да су краљевски судски извршитељи у време у коме су деловали сматрани много више нужношћу него пожељним члановима заједнице.

Конечно, иако су били именовани од стране Министарства правде, чини се оно никако није хтело прихватити улоге да буде нека врста њихове „сигурне куће“. Стиче се утисак да су поред свих својих напора да од оних у чије име делују добију неку врсту потврде и подршке, краљевски судски извршитељи били препуштени сами себи, својим интерним капацитетима и вртлогу историје.

**Damir ŠITE**  
**Enforcement Officer of Subotica High and Commercial Courts**  
**Judicial Areas**

## MY LEARNED GLEMBAYS

### Summary

*In the early morning of May 31, 2012, while the first thirty-nine law school graduates who passed the enforcement officers' exam were solemnly declaring the oath stipulated in Article 317 of the Serbian 2011 Civil Enforcement and Security Interests Act to the minister of justice, the overall impression of the general population was that we were experiencing the first ever nomination of private enforcement officers within our so-far legal history.*

*However, in the North-Serbian towns and cities like Novi Sad, Pančevo, Zrenjanin, Sombor, Kikinda, Alibunar, Vršac, and the overall region of the first united state of South Slaves known as the Vojvodina Legal Area, in its first few decades (more precisely until the end of World War II) the enforcement procedures in civil and commercial matters were executed by specific private persons known as "royal court enforcement officers".*

*This is a humble record about them.*

**Key words:** *royal court enforcement officers, Gerichtsvollzieher, Huissier de justice, The Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.*

**Драјан БОСАНКИЋ**  
Нуро Alpe-Adria-Leasing, Београд

## **АНТИ-АБУЗИВНА ПРАВИЛА ЗА СПРЕЧАВАЊЕ ПОРЕСКЕ ЕВАЗИЈЕ КОРИШЋЕЊЕМ ТЕХНИКА МЕЂУНАРОДНОГ ПОРЕСКОГ ПЛАНИРАЊА**

### **Резиме**

У условима либерализације и глобализације светске привреде водећу улогу у међународном пословању имају мултинационалне компаније, које у изрази за што вишим профитним циљевима, активно користе технике међународног пореског планирања, као саставни део своје пословне политике. Како би са једне стране привукла стране директне инвестиције свака држава тежи да обликује свој порески систем на начин да буде што атрактивнији са аспекта улагања, док са друге стране, истовремено, мора да обрати пажњу и на то да пореска правила спрече, односно што више умање пореску евазију, за шта се, између осталог, користе општа и посебна анти-абузивна правила. У раду се анализирају најважнија анти-абузивна правила са аспекта међународног пореског планирања и врше поређења са српским пореским системом. Закључак извршене анализе је да, иако у Србији постоји значајан број анти-абузивних правила за спречавање пореске евазије, постоји простор за побољшање пореског система бољом практичном применом важних правила, дојуним постојећих, као и усвајањем недостижних правила.

**Кључне речи:** међународно пореско планирање, анти-абузивна правила, пореска евазија, мултинационалне компаније.

## I Појам и врсте техника међународног пореског планирања

Као последица актуелних процеса либерализације и глобализације светске привреде мултинационалне компаније (у даљем тексту: МНК) постале су главни субјекти на међународној економској сцени. Организујући своје пословање, усмерено на остваривање што већег профита, МНК спроводе пословну политику коју у значајној мери чини и пореска политика. Због претежно међународног карактера пословања, пореска политика МНК такође значајним делом има међународни карактер. Оперативно, међународна пореска политика МНК спроводи се путем различитих техника међународног пореског планирања. Међународно пореско планирање може да се дефинише као организовање комерцијалних, односно личних послова неког лица на начин којим се минимизује његова глобална пореска обавеза.<sup>1</sup> Може се, дакле, рећи да појам техника међународног пореског планирања обухвата послове, процесе, начине организовања, структурирања трансакција и све друге активности МНК са примарним фокусом усмереним на остваривање што ниже ефективне пореске стопе.

У међународном пословању постоје три нивоа опорезивања за које је могуће спроводити технике међународног пореског планирања:

- пореско планирање у земљи улагања (дестинације) – на овом нивоу задатак међународног пореског планирања јесте да пружи адекватан одговор у вези избора између различитих пословних алтернатива, као што су избор јединице пословања, избор облика улагања капитала, избор између куповине средстава или куповине акција и друго;
- пореско планирање на путу од земље дестинације до земље резиденства инвеститора, за шта се најчешће користе одредбе уговора о избегавању двоструког опорезивања закљученог између две земље;
- пореско планирање у земљи резидентства инвеститора, за које међународно пореско планирање треба да пружи одговор у вези избора пореске јурисдикције у којој ће МНК бити резидент.<sup>2</sup>

За све горе наведене нивое опорезивања могуће је спроводити одређене технике међународног пореског планирања, чији је крајњи циљ, као што је већ напоменуто, што нижа ефективна пореска стопа, односно што нижи трошкови по основу пореза.

1 Гордана Илић-Попов (ур.), *Правне основе њореској савејтовања*, Београд, 2007, стр. 353.

2 Г. Илић-Попов (ур.), *нав. дело*, стр. 353–359.

## II Линија разграничења између међународног пореског планирања, законите и незаконите пореске евазије

Како међународно пореско планирање за циљ има што ниже трошкове по основу пореза, односно што нижу ефективну пореску стопу, поставља се питање које трансакције спадају у домен међународног пореског планирања, а које могу да се окараактеришу као пореска евазија.

Пореска евазија може бити незаконита и законита. Незаконита пореска евазија (енгл. *tax evasion*) обухвата оне поступке пореског обвезника усмерене на избегавање плаћања пореза којима се крши порески закон. Таква евазија санкционисана је на терену казненог права. Законита пореска евазија (енгл. *tax avoidance*) постоји када порески обвезник умањује пореску обавезу, не кршећи при том пореске прописе. Она се јавља у два вида и то као:

- легитимно минимизовање пореске обавезе (нпр. у виду уздржавања од потрошње опорезованих производа, супституције оштрије опорезованог артикла блаже опорезовним, искоришћавање законом пружене пореске олакшице у виду убрзане амортизације појединих основних средстава и сл.); и
- нелегитимно минимизовање пореске обавезе – неприхватљиво у смислу да, иако закон није прекршен, долази до онемогућавања остваривања циљева ради којих је донет.

Легитимно минимизовање пореске обавезе није предмет анти-абузивног деловања, нелегитимно, међутим, јесте.<sup>3</sup>

Међународно пореско планирање спада у легитимну закониту пореску евазију, означавајући се другачије и као прихватљива пореска евазија (енгл. *acceptable tax avoidance*). Суштинска разлика, дакле, између законите и незаконите пореске евазије састоји се у томе што је законита пореска евазија законом дозвољена, док незаконита пореска евазија законом није дозвољена. Мање јасна разлика је, међутим, између легитимне и нелегитимне законите пореске евазије из разлога што већина земаља признаје право пореским обвезницима да организују своје пословање на начин који им омогућава плаћање што мањег пореза.<sup>4</sup> Како би било испитано да ли одређена трансакција представља нелегитимну закониту пореску евазију, конкретна трансакција би морала да буде подвргнута следећим тестовима:

3 Дејан Поповић, *Пореско право*, 10. издање, Београд, 2013, стр. 48–49.

4 Raffaele Russo (ed.), *Fundamentals of International Tax Planning*, Amsterdam, 2007, стр. 49.

- тест намере;
- тест постојања елемената артифицијелности („вештачкој“);
- тест пореске уштеде; и
- тест постојања решења надлежног пореског органа.<sup>5</sup>

### III Анти-абузивна правила – упоредна анализа

Порески органи једне земље, опште говорећи, могу да се супроставе нелегитимној законитој пореској евазији на два начина:

- тумачењем према економској суштини (енгл. *substance over form doctrine*); и
- анти-абузивним законодавством.<sup>6</sup>

Анти-абузивна правила (енгл. *anti-avoidance rules*) за спречавање пореске евазије коришћењем техника међународног пореског планирања деле се на:

- домаћа анти-абузивна правила;
- анти-абузивна правила садржана у уговорима о избегавању двоструког опорезивања; и
- остале мере за спречавање ерозије пореске основице.<sup>7</sup>

#### 1. Домаћа анти-абузивна правила

##### а) Општа анти-абузивна правила

Општа анти-абузивна правила представљају домаћа правила која омогућавају пореским властима да на другачији начин третирају трансакцију чији је једини или главни циљ прибављање неоправданих пореских користи. Велики број домаћих пореских система садрже таква правила, било у виду директних одредби инкорпорисаних у оквиру пореских прописа, било у форми општих принципа злоупотребе права, генерално развијених од стране локалних судова у домаћој судској пракси. Обим ових правила варира од једне до друге јурисдикције и у неким случајевима такође зависи од тога каква је пореска корист прибављена, у тој или некој другој јурисдикцији, односно да ли губитак пореских прихода погађа приходе домаће или стране земље.<sup>8</sup>

5 Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 50–51.

6 Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 51–56.

7 R. Russo, *нав. дело*, стр. 207–240.

8 R. Russo, *нав. дело*, стр. 207–208.

У оквиру српског пореског права општа анти-абузитивана правила садржана су у чл. 9 Закона о пореском поступку и пореској администрацији (у даљем тексту: ЗППА). Овим чланом дефинише се начело фактицитета на следећи начин:

- пореске чињенице утврђују се према њиховој економској суштини (тумачење према економској суштини);
- ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао;
- када су на прописима супротан начин остварени приходи, односно стечена имовина, Пореска управа ће утврдити пореску обавезу у складу са законом којим се уређује одговарајућа врста пореза.<sup>9</sup>

#### б) Правила у вези са страним контролисаним компанијама

Правила у вези са страним контролисаним компанијама (енгл. *controlled foreign company rules, CFC rules*, у даљем тексту: ЦФЦ правила), у општем смислу, представљају правила која дају право земљи да опорезује своје резидентне пореске обвезнике за приход остварен од стране иностраног ентитета контролисаног од стране резидентног пореског обвезника. Заправо, могућност вршења контроле над иностраним ентитетом омогућава резидентном пореском обвезнику да каналише приходе ка иностраном ентитету и да одложи дистрибуцију профита оствареног од стране нерезидентног ентитета и на тај начин оствари одлагање пореза које у појединачним случајевима може да буде неодређено. Образложење за постојање ових правила полази од претпоставке да резидентни порески обвезник може, коришћењем различитих структура, да преусмери профите на стране контролисане компаније које су субјекти повољнијег пореског третмана на остварени приход. Ово омогућава пореском обвезнику да одложи своју пореску обавезу до момента репатријације профита. Како би спречили ово одлагање, домаћи порески системи садрже правила која омогућавају пореским властима да опорезују приходе остварене од страних контролисаних компанија на крају године, чиме се елимишу користи проистекле од одлагања.

Сам појам „контрола“ може да буде тумачен на различите начине од стране различитих земаља, а у неким случајевима се ЦФЦ правила

9 Закон о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02 – исправка, 23/03 – исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 – др. закон, 62/06 – др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 – др. закон, 53/10, 101/11, 2/12 – исправка, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14), чл. 9.



такође примењују и на повезане компаније. Ипак, крајњи ефекти било којих ЦФЦ правила у основи су исти, а то је опорезивање на текућој основи прихода нерезидентних ентитета у чијој власничкој структури учествују резидентни порески обвезници.<sup>10</sup>

ЦФЦ правила се користе, дакле, од стране многих земаља као средство за спречавање ерозије домаће пореске основице и како би се резиденти обесхрабрили да пребацују своје приходе у јурисдикције које не намећу порезе, односно намећу порезе по ниским стопама.<sup>11</sup>

И поред изузетног значаја које ЦФЦ правила имају као средство за спречавање ерозије домаће пореске основице, српско пореско законодавство не садржи ова правила, што за последицу може да има коришћење ове чињенице приликом структурирања трансакција, на начин на који би крајњи ефекат могао да буде умањење пореске основице и последично томе нижи ниво јавних прихода.

Као супститут ЦФЦ правилима у Србији могло би да буде коришћено начело фактицитета садржано у чл. 9 ЗПППА, али је у вези овога такође потребно да се напомене да су и управна и судска пракса у домену примене начела фактицитета у Србији прилично оскудне.<sup>12</sup>

#### *в) Правила у вези са ушањеном капитализацијом*

Приликом структурања извора финансирања за своју зависну компанију, МНК као матична компанија доноси одлуку о врсти капитала који ће да буде пласиран у зависну компанију. Другим речима, МНК доноси одлуку о висини сопственог и позајмљеног капитала којим ће се финансирати зависна компанија. У случајевима када се матична и зависна компанија налазе у оквиру две различите пореске јурисдикције, износ сопственог капитала који матична компанија пласира зависној утицаће на поделу опорезивих профита између те две јурисдикције.

Са пореског аспекта, третман накнаде плаћене за коришћење позајмљеног или сопственог капитала, суштински се разликује. Опште говорећи, плаћене камате, као цена за позајмљени капитал, представљају одбитну ставку приликом утврђивања обвезникове пореске основице, док са друге стране, дивиденде, као накнада за сопствени капитал, такође опште говорећи, не представљају одбитну ставку приликом утврђивања обвезникове пореске основице. На основу овога очигледно

10 R. Russo, *нав. дело*, стр. 212–213.

11 Deloitte, *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 2014, доступно на адреси: <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-guide-to-cfc-regimes-210214.pdf>, 7.9.2014, стр. 1.

12 Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 56.

је да различит порески третман дивиденди и камата ствара могућности за активно вођење међународног пореског планирања.

Правила о утањеној капитализацији (енгл. *thin capitalization rules*) имају за циљ да онемогуће одбијање одређеног износа трошкова камата приликом утврђивања обвезникове пореске основице, када однос између позајмљеног и сопственог капитала пређе одређени ниво.

У оквиру српског пореског законодавства правила о утањеној капитализацији садржана су у чл. 62 Закона о порезу на добит правних лица (у даљем тексту: ЗПДПЛ) којим је прописано да:

- код дуга према повериоцу са статусом повезаног лица, пореском обвезнику, изузев банци и привредном друштву које обавља делатност финансијског лизинга, се признаје као расход у пореском билансу износ камате и припадајућих трошкова на зајам, односно кредит до висине четвороструке вредности обвезниковог сопственог капитала;
- за банке и даваоце финансијског лизинга лимит представља десетоструки износ обвезниковог сопственог капитала;
- сопствени капитал се дефинише као разлика између активе на коју обвезник остварује приход и дугова са њом повезаних, с тим што су актива и дугови упросечени за стање на дан 1. јануара и 31. децембра текуће године.<sup>13</sup>

### *и) Анти-абузивна правила за пореске рајеве*

Поједини домаћи порески системи садрже норме чији је циљ спречавање коришћења јурисдикција означених као порески рајеви. Анти-абузивна правила за пореске рајеве (енгл. *anti-tax haven rules*) садрже одредбе које, између осталог, не признају као одбитак трошкова настале у трансакцијама са ентитетима лоцираним у оквиру пореских рајева. Такође, неке земље намећу више стопе пореза по одбитку за плаћања учињена у корист ентитета који се налазе на листи јурисдикција означених као порески рајеви.<sup>14</sup>

Што се тиче српског пореског права, анти абузивна правила за пореске рајеве садржана су у ЗПДПЛ, који прописује која јурисдикција се сматра јурисдикцијом са преференцијалним пореским системом (пореским рејем), као и које лице се сматра нерезидентним правним лицем

13 Закон о порезу на добит правних лица (*Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02 – др. закон, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13; даље у фуснотама: ЗПДПЛ), чл. 62.

14 R. Russo, *нав. дело*, стр. 228.

из јурисдикције са преференцијалним пореским системом.<sup>15</sup> Даље, истим законом прописано је да се на приходе које оствари нерезидентно правно лице из јурисдикције са преференцијалним пореским системом обрачунава и плаћа порез по одбитку по стопи од 25%,<sup>16</sup> док је за остале нерезидентне пореске обвезнике стопа пореза по одбитку 20%, уколико међународним уговором о избегавању двоструког опорезивања није другачије уређено.<sup>17</sup>

Посебним правилником српско пореско законодавство дефинише листу од 51 пореске јурисдикције означене као јурисдикције са преференцијалним пореским системом.<sup>18</sup>

Могло би се дакле рећи да српско пореско законодавство прописује анти-абузивна правила за пореске рајеве која значајно отежавају и чине неефикасним коришћење техника међународног пореског планирања у којима су укључени и ентитети лоцирани у оквиру пореских рајева. Практично међутим, ипак постоји простор за коришћење ентитета лоцираних у пореским рајевима за спровођење одређених техника међународног пореског планирања, посебно имајући у виду одсуство ЦФЦ правила, као и практичан изостанак примене начела фактицитета.

#### *д) Сиречавање двоструког коришћења губитка за пореско консолидовање*

Одређеним техникама међународног пореског планирања могуће је да се остварени губитак у једној компанији два пута искористи у оквиру пореског консолидовања у два различитим пореским јурисдикцијама, на који начин се двоструко остварују пореске уштеде по једном истом основу. За спровођење ове технике (која се означава и као агресивно пореско планирање)<sup>19</sup> неопходни су следећи предуслови:

- матична компанија мора да буде лоцирана у земљи у којој су дозвољена пореска ослобађања за губитке остварене у иностраним ораницима;
- огранак мора да буде у земљи у којој постоји могућност пореског консолидовања и у којој је дозвољено да огранак буде врховни ентитет у оквиру групе за пореско консолидовање.<sup>20</sup>

15 ЗПДПЛ, чл. 3а.

16 ЗПДПЛ, чл. 40, ст. 3.

17 ЗПДПЛ, чл. 40, ст. 1.

18 Правилник о листи јурисдикција са преференцијалним пореским системом (*Службени гласник РС*, бр. 122/12).

19 OECD, *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, 2011, доступно на адреси: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264119222-en>, 7.9.2014, стр. 9-10.

20 R. Russo, *нав. дело*, стр. 149-150.

На основу ЗПДПЛ, повезана правна лица<sup>21</sup> имају право да траже пореско консолидовање под условом да су сва повезана правна лица резиденти Републике Србије.<sup>22</sup> Посебним правилником ближе се уређује начин спречавања двоструког ослобођења или двоструког опорезивања појединих позиција у консолидованом пореском билансу.<sup>23</sup>

Наведена анти-абузивна правила у великој мери постижу свој циљ ако су сва повезана правна лица лоцирана у Србији. Међутим, ако се примени међународни сценарио, односно уколико у оквиру групе постоје и повезана правна лица која нису порески резиденти Србије, јављају су одређени проблеми у вези примене ових правила и отвара простор за ерозију пореске основице. Наведени проблеми најбоље могу да буду сагледани анализом једног хипотетичког примера. Претпоставимо, примера ради, да је у Србији основана фирма са специјалном наменом за финансирање (*FinCo*) од стране иностране компаније (*ParCo*). *FinCo* је високо задужена компанија чији је кредитор *ParCo* (при чему се поштују правила о утањеној капитализацији и при чему је цена кредита у складу са принципом ван дохвата руке<sup>24</sup>) и по ком основу *FinCo* плаћа камату *ParCo*. Претпоставимо даље да се *ParCo* налази у Холандији, са којом Србија има закључен уговор о избегавању двоструког опорезивања и према којем се на камате које *FinCo* плаћа *ParCo* не обрачунава и не плаћа порез по одбитку. Са друге стране, *FinCo* је власник компаније у Србији (*SubCo*) која се бави профитабилним послом. Пошто је износ кредита који *FinCo* користи значајно већи од износа кредита који *FinCo* пласира, финансијски расходи које *FinCo* остварује значајно превазилазе њене финансијске приходе и по том основу *FinCo* исказује нето губитак. Обе компаније у Србији испуњавају услове за пореско консолидовање и *FinCo* користи право да у консолидованом пореском билансу пребије нето добитак који је исказао *SubCo* са својим губитком и на тај начин умањи пореску основицу. Пошто *ParCo* није порески резидент Србије, његов опорезиви нето резултат се не користи приликом пореског консолидовања, иако је *ParCo*, у принципу, остварио значајне финансијске приходе од *FinCo*.<sup>25</sup> Како порески си-

21 Групу повезаних правних лица у смислу ЗПДПЛ чине матично правно лице и зависна правна лица ако међу њима постоји непосредна или посредна контрола над најмање 75% акција или удела.

22 ЗПДПЛ, чл. 55, ст. 2.

23 ЗПДПЛ, чл. 56, ст. 5 и Правилник о садржају пореског биланса и другим питањима од значаја за начин утврђивања пореза на добит правних лица (*Службени гласник РС*, 99/10, 8/11, 13/12 и 8/13), чл. 15.

24 Више о принципу ван дохвата руке видети у: Српско фискално друштво, *Смернице ОЕЦД за примену правила о трансферним ценама за мултинационална предузећа и пореске управе*, Београд, 2010, стр. 35–60.

25 У Холандији се, под одређеним условима, приход остварен по основу камата од страних компанија третира као дивиденда и не подлеже опорезивању. Ради се

стем Холандије, под одређеним условима такође дозвољава пореско консолидовање, јасно је да губитак остварен од стране *FinCo* може по други пут да буде искоришћен приликом пореског консолидовања. Наведени пример јасно показује да анти-абузивна правила нису успела да спрече ерозију пореске основице у међународном сценарију и да је део профита коришћењем специфичности уговора о избегавању двоструког опорезивања пребачен у другу пореску јурисдикцију без плаћеног пореза у земљи извора.

## 2. Анти-абузивна правила садржана у уговорима о избегавању двоструког опорезивања

Међу најзначајнијим претпоставкама за технике које се користе за пореско планирање од земље дестинације до земље резиденства спадају одредбе уговора о избегавању двоструког опорезивања закљученог између две земље. Србија тренутно има мрежу од 54 закључених уговора о избегавању двоструког опорезивања.<sup>26</sup> Најважнија анти-абузивна правила садржана у уговорима о избегавању двоструког опорезивања односе се на дефинисање појма стварног власника, као и тумачења уговора о избегавању двоструког опорезивања.

### а) *Стварни власник*

Модел-конвенција ОЕЦД уговора о избегавању двоструког опорезивања предвиђа да се, дивиденде, камате и ауторске накнаде које настају у држави уговорници, а исплаћују се резиденту друге државе уговорнице, могу опорезивати у тој другој држави. Међутим, и земља извора такође има право да опорезује дивиденде, камате и ауторске накнаде, при чему је то њено право ограничено ако је стварни власник резидент друге државе уговорнице.

Термин „стварни власник“ први пут је укључен у Модел-конвенцију ОЕЦД 1977. Разлог за увођење овог термина био је и још увек је, превенција пореске евазије, односно спречавање резидента земље да полаже право на користи од уговора у вези са инвестицијама учињеним у другој земљи преко посредника резидента треће земље.<sup>27</sup>

Коментари Модел-конвенције ОЕЦД на чланове 10, 11 и 12 садрже неке генералне смернице за интерпретацију термина стварни власник.

дакле о постојању хибридног финансијског инструмента, који се са становишта холандских прописа третира као улагање сопственог капитала, а са становишта српских прописа има облик позамљеног капитала (кредита).

26 Доступно на адреси: <http://www.mfin.gov.rs/pages/issue.php?id=7063>, 11.9.2014.

27 R. Russo, *нав. дело*, стр. 229.

Тако, примера ради, у ставу 12.1 Коментара Модел-конвенције ОЕЦД за чл. 10 се наводи да се термин „стварни власник“ не користи у уском техничком смислу, већ га треба разумети у контексту и у светлу циљева и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и спречавања пореске утаје и евазије.<sup>28</sup>

### б) Тумачење уговора о избегавању двоструког опорезивања

Поред примене изричитих одредби за спречавање абузивне праксе усмерене ка остваривању неоснованих користи од уговора о избегавању двоструког опорезивања, такође постоји и могућност да остваривање користи од уговора буде одбијено из разлога интерпретације одговарајућег уговора, на основу принципа међународног јавног права. Одбијање ће бити засновано на тумачењу одговарајућег уговора у складу са међународним јавним правом,<sup>29</sup> на основу правила садржаних у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године према чијем чл. 31 уговор мора добронамерно да буде тумачен у његовом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља.<sup>30</sup> Такође од значаја су и чл. 32 који је посвећен допунским средствима тумачења, као и чл. 33 којим се дефинише који је текст уговора веродостојан, у случају да је уговор оверен на два или више језика.

С обзиром на то да се већина важећих уговора о избегавању двоструког опорезивања заснива на решењима Модел-конвенције ОЕЦД поставља се питање улоге Коментара Модел-конвенције ОЕЦД. Иако је неспорно да Коментар Модел-конвенције ОЕЦД представља широко прихваћени водич за тумачење и примену пореских уговора заснованих на том моделу, ипак постоје дилеме у погледу правног статуса Коментара.<sup>31</sup>

### 3. Остале мере за спречавање ерозије пореске основице

Поред горе наведених, постоје и други начини за борбу против структура сачињених са намером пребацивања опорезивих прихода у јурисдикције са ниским порезима. Ово је често случај са тзв. компанијама са специјалном наменом (енгл. *special purpose vehicles, SPV*) које након

28 OECD, *Model Tax Convention on Income and Capital*, OECD Publishing, 2014, стр. 189.

29 R. Russo, *нав. дело*, стр. 236.

30 Дејан Поповић, Светислав В. Костић, *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања. Правни оквир и тумачење*, Београд, 2009, стр. 29.

31 Више о томе видети у: Д. Поповић, С. Костић, *нав. дело*, стр. 31–35.

реализације трансакције због које су основане, бивају или ликвидиране, или постају неактивне компаније (енгл. *dormant companies*).<sup>32</sup>

Два главна тумачења у том погледу тичу се концепта резиденства и сталне пословне јединице.

#### а) Резиденство

У ситуацији када резидентни порески обвезник контролише страну компанију која остварује приходе у истој или трећој земљи, неке државе могу да доведу у питање овакве структуре коришћењем концепта резиденства. Тако, примера ради, на основу домаћих правила компанија се може третирати као резидент за пореске сврхе, уколико се седиште стварне управе компаније налази на територији те земље.

Уколико је између две државе закључен уговор о избегавању дво-струког опорезивања и уколико је једно правно лице основано у једној држави уговорници, али има седиште стварне управе у другој, оно ће се сматрати резидентом само оне државе уговорнице у којој му се налази седиште стварне управе.<sup>33</sup>

ЗПДПЛ дефинише појам резидента као правно лице које је основано или место стварне управе и контроле на територији Републике Србије.<sup>34</sup> Законом се не дефинише детаљније појам стварне управе и контроле, чиме се примена теста стварне управе и контроле значајно отежава.

#### б) Стална пословна јединица

Стална пословна јединица (енгл. *permanent establishment*) је праг које пословање предузећа једне државе мора да пређе у држави извора како би ова друга држава могла да опорезује добитак од тог пословања. Стална пословна јединица није статусни облик организовања пословања, већ начин на који се оно одвија у држави извора. Другим речима, стална пословна јединица је фикција пореског права, скуп услова чијим испуњењем држава извора добија право да опорезује добитак од пословања предузећа друге државе.<sup>35</sup>

Појам сталне пословне јединице дефинисан је у ЗПДПЛ као свако стално место пословања преко којег нерезидентни обвезник обавља делатност.<sup>36</sup>

32 R. Russo, *нав. дело*, стр. 237.

33 Д. Поповић, С. Костић, *нав. дело*, стр 70.

34 ЗПДПЛ, чл. 2, ст. 2.

35 Д. Поповић, С. Костић, *нав. дело*, стр 74.

36 ЗПДПЛ, чл. 4, ст. 1.

Јасно је да се приликом спровођења техника међународног пореског планирања изузетна пажња обраћа на испуњеност услова за настанак сталне пословне јединице, јер испуњавањем услова за настанак сталне пословне јединице настаје и пореска обавеза и са тиме у вези трошкови чије минимизовање представља један од главних циљева пореског планирања.

#### IV Закључак

Светска привреда је захваљујући актуелним процесима либерализације и глобализације постала сцена на којој главну улогу имају МНК. У потрази за што вишим профитима МНК активно користе технике међународног пореског планирања како би оствариле што нижу ефективну пореску стопу.

Међународно пореско планирање представља појаву коју не треба забранити и онемогућити, већ пре свега искористити и ограничити њене негативне појавне облике. Основни предуслов за ограничење и спречавање негативних ефеката међународног пореског планирања јесте пореско законодавство које у себи садржи како општа тако и посебна анти-абузивна правила и које је са једне стране довољно атрактивно да привуче стране директне инвестиције, док са друге стране елиминише или значајно умањује негативне ефекте на јавне приходе које земља домаћин може да има због трансфера опорезивих профита у алтернативне пореске јурисдикције путем расположивих техника међународног пореског планирања.

Иако садржи значајан број општих и посебних анти-абузивних правила, порески систем Србије могуће је даље унапредити и учинити ефикаснијим како оперативном применом и побољшањем постојећих правила, тако и усвајањем недостајућих правила. Основ за ово свакако представља стално стручно усавршавање и праћење актуелности из области пореског права особа које учествују како у креирању, тако и у примени пореских прописа.



**Dragan BOSANKIĆ**  
Hypo Alpe-Adria-Leasing, Belgrade

## ANTI-AVOIDANCE RULES FOR PREVENTING TAX EVASION BY USING TECHNIQUES OF INTERNATIONAL TAX PLANNING

### Summary

*In terms of liberalization and globalization of the world economy leading role in international business have multinational companies, who in looking for having higher profit rates, actively use techniques of international tax planning as an integral part of its business policy. In order to attract foreign direct investment each country tends to shape its own tax system in a way that is as attractive in terms of investment, but on the other hand it must also pay attention to the tax rules to prevent or reduce as much as possible tax avoidance, for what, among other things, are used general and specific anti-avoidance rules. This paper analyzes the most important anti-avoidance rules in terms of international tax planning and performs comparisons with the Serbian tax system. The conclusion of the analysis is that, although Serbia has a significant number of anti-avoidance rules to prevent tax evasion, there is room for improvement of the tax system by better practical application of the existing rules, amendment of existing, as well as the adoption of the missing rules.*

**Key words:** *international tax planning, anti-avoidance rules, tax avoidance, multinational companies.*

**Вук РАДУЛОВИЋ**

докторант Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## **РЕФОРМЕ У ОБЛАСТИ ПРАВА АКЦИОНАРА КАО ПРЕДУСЛОВ ЕФИКАСНОГ КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

### **Резиме**

Овај рад посвећен је реформи права акционара која је увелико зайочела у праву Европске уније, а која се сироводи изменама Директиве о правима акционара у листираним компанијама. Ове реформе су условљене уоченом потреби за активнијим учешћем акционара у управљању акционарским друштвима што је, у савременим условима, постало предуслов ефикасне корпоративне управе. У последњих неколико година интензивирао се рад у правцу реформе у овој области. Пре свега, одржано је неколико консултација и сироведено низ ујединена надлежних тела Европске уније са свим заинтересованим странама очевши од управе акционарских друштава, акционара, њихових заступника и саветника, па све до посредника и институционалних инвеститора. Сврха ових консултација је уочавање недостатака и оштећења и стицање јасне слике о стању и потреби легислативне интервенције у области права мањинских акционара. Поред тога, одржан је и одређен број конференција на тему полагања, стајуса и активности аналитичких акционара, а овим питањем бавила су се и надлежна тела Европске уније, попут Европског форума корпоративног управљања. Уложени напор, резултирао је доношење Предлога измене Директиве о правима акционара од стране Европске комисије у којој су уважени најзначајнији закључци вишегодишњег истраживања и предложене мере како би се уочени недо-

*стиаџи уклонили. Аутор љостљуйно и љрадаљљивно анализира љредложена решења, стиање у обласљји корљоратљивној уљрављања и корљоратљивне демократљјије, са љосебним акцентљљом на уочене љроблеме, мољћностљји њљховој љревазилажења и решењима која су љонуђена љредлојом изме-не Дирекљљиве о љравима акционара. Инсисљљира се на љљумачењу љред-ложених мера, новинама које оне доносе у комљјанијском љраву и изво-ди закљључак о значају и мољћнем дометљљу оваквљх решења, као и будућој улози мањинских акционара у уљрављању акционарским друшљљивима у Евројској унији.*

**Кљључне речи:** *реформа, љрава акционара, комљјанијско љраво, љраво Ев-ројске уније, корљоратљљивно уљрављање.*

## I Увод

Положај и права мањинских акционара од суштинског су значаја за управљање акционарским друштвом. Пре свега, акционари улажу капитал како би стекли право на будућу економску корист, али и друга неимовинска права која су у функцији остваривања утицаја на рад и пословање акционарског друштва. На тај начин, они стварају друштво, формирајући имовину неопходну за његово пословање. Своја права, акционари реализују на скупштини, колективном органу, који суштински одлучује о најважнијим питањима из надлежности акционарског друштва. Иако се из приложеног може закљључити да акционари активно учествују у управљању друштвом и одлучивању о пословној политици, положај мањинских акционара је, у данашње време, у потпуности маргинализован. Основно обележје њљховог положаја данас је њљхова пасивизација, која отвара могућност бројним злоупотребама, слаби положај акционара, а са друге стране, угрожава ефикасност рада управе. Пасивност акционара је узрокована различитим факторима, а означена је као један од суштинских проблема у правилном и ефикасном функционисању корпоративног управљања у праву Европске уније данас. Она је негде узрокована незаинтересованошћу акционара за пословање друштва, понекад је резултат неинформисаности или недовољног знања, некад је оправдана личним разлозима, разлозима просторне удаљености, док најчешће настаје као резултат тога што су акционари искљључиво посвећени исплатама дивиденди, а занемарују остале сегменте свога учешћа у друштву. Активније ангажовање акционара битно је из више разлога, како за функционисање и управљање акционарским друштвом, тако и за саме акционаре. Активнијим приступом, акционари би могли да остваре утицај на политику накнада,

да спрече злоупотребе од стране управе друштва, укључујући оне које су у вези са повезаним трансакцијама, да контролишу рад корпоративне управе и на тај начин допринесу заштити својих финансијских интереса. Са друге стране, учешћем у планирању пословних подухвата, креирањем политике управљања ризицима и контролом рада управе, они истовремено доприносе развоју акционарске демократије, али и ефикасности и стабилности корпоративног управљања, а самим тим и профитабилности и развоју акционарског друштва уопште, поготово у условима економске неизвесности.

## 1. Директива о правима акционара

Потреба за активнијим ангажовањем акционара и заштитом њихових права на територији Европске уније уочена је прилично рано. Тако је почетком трећег миленијума започета опсежна иницијатива која је била усмерена ка изналагању начина за превазилажење све присутнијих проблема у пракси везаних за учешће акционара на седницама скупштине акционарског друштва. Ови напори исходили су доношење Директиве о вршењу појединих права акционара у листираним компанијама (даље у тексту: Директива о правима акционара).<sup>1</sup> Међутим, иако је Директива о правима акционара у овој области донела многобројне позитивне помаке, садржала је, како се касније показало и неке мањкавости. Наиме, Директива се углавном базирала на регулисање прекограничног гласања, имајући у виду да су акционари нерезиденти често били у незавидној позицији због просторне удаљености између њиховог пребивалишта и места одржавања седница скупштине. Стога су установљена правила које се тичу могућности учешћа одсутних акционара путем средстава електронске комуникације, која омогућују акционарима да у реалном времену прате и учествује у седницама скупштине, иако нису физички присутни. Директива је прокламовала право акционара на гласање у одсуству, односно гласање путем поште, а отворила је пут најширем ангажовању заступника, укидањем готово свих ограничења приликом учешћа пуномоћника на седницама скупштине, изједначавајући га, по положају, са акционаром.<sup>2</sup> Иако је намера била добра, касније ће се испоставити да је оваква регулатива створила бројне проблеме у пракси, пре свега, због непостојања јасних правила о раду, одговорности и сукобу интереса заступника и саветника. Поред питања прекограничног гласања, Директива садржи и правила које се односе на побољшање

1 Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies (даље у фуснотама: Директива о правима акционара).

2 Директива о правима акционара, стр. 3.

фактичког положаја акционара. Тако је прописана једнакост акционара које се налазе у истој позицији и прокламовано безусловно право акционара да учествују и гласају на седницама скупштине у односу на своје акције. Државе чланице су се одредбама Директиве обавезале да на територијама својих држава обезбеде и поштовање веома стриктних правила о роковима за сазивање седница скупштине, која омогућавају акционарима довољно времена да се упознају са свим неопходним документима. Прописивањем афирмативних правила везаних за право акционара на допуну дневног реда и право на постављање питање, додатно је ојачан положај акционара. Иако је Директива о правима акционара отворила врата активнијем ангажовању и допринела заштити њихових права, она је како се убрзо показало била недовољна и захтевала је надградњу. Како је реч о области у којима државе чланице не могу постићи жељене резултате сопственом иницијативом, 2009. године започет је сложен процес анализе правила Директиве и њених резултата у циљу отклањања недостатака, уз консултовање представника свих заинтересованих страна у акционарским друштвима.

## II Учени недостаци и предлози решења

Реформе у области права акционара инициране су са два акта у којима су истакнути недостаци и проблеми у пракси. Реч је о тзв. „зеленим папирима“, упитницима, актима које доноси Европска комисија у циљу побољшања квалитета постојеће легислативе, како би иницирала дискусију у коју би се укључио што шири круг заинтересованих субјеката. Значајнији текст је зелени папир, „Оквир ЕУ за корпоративно управљање“ (даље у тексту: Зелени папир о корпоративном управљању)<sup>3</sup> који је Комисија донела 4. априла 2011. година са основним циљем да испита ефикасност постојећег оквира корпоративног управљања у листираним компанијама, а који се чврсто ослања на већ постигнуте резултате зеленог папира „Корпоративно управљање у финансијским установама и политика накнаде“ (даље у тексту: Зелени папир о финансијским установама)<sup>4</sup> од 2. јуна 2010. године. Иако су реформе права акционара, како је већ речено, инициране са два наведена акта, њихов узрок, ипак, треба потражити у ученој потреби за изменом постојећег система управљања, који се показао као нестабилан и неприлагођен условима економске кризе која је захватила Европску унију последњих година

3 Green paper, *The EU corporate governance framework*, Brussels 5.4.2011. (даље у фуснотама: Зелени папир о корпоративном управљању).

4 Green paper, *Corporate governance in financial institutions and remuneration policies*, Brussels, 2.6.2010. (даље у тексту: Зелени папир о финансијским установама).

и потреби за стварањем одрживог и ефикасног система корпоративног управљања, који се, умногоме, ослања на активнију улогу акционара.

Дискусији се прикључио велики број акционара, инвеститора, чланова управе, експерата, представника држава чланица и посредника. На основу ње, израђен је одређени број предлога решења који су усмерени ка повећању ангажовања акционара, а који су касније преузети у низу аката различитих тела Европске уније, између осталог „Акционог плана: Европско компанијско право и корпоративна управа – модерни правни оквир за ангажованије акционаре и одрживе компаније“<sup>5</sup> из 2012. године (даље у тексту: Акциони план) и иницијативе за ревизију Директиве о правима акционара<sup>6</sup> од 2013. године. На основу добијених података и аката који су на основу тога донесени, израђен је и коначни предлог измене Директиве о правима акционара од стране Комисије, 4. априла 2014. године.

## 1. Ангажовање акционара

Основни задатак реформе у области права акционара јесте – активација акционара, односно, њихово активније ангажовање у управљању акционарским друштвом. Посебан акценат је стављен на квалитет, а не квантитет и инсистирало се на предузимању мера ради дугорочнијег ангажовања акционара.<sup>7</sup> Једна од таквих мера, предвиђена акционим планом, била је давање акција запосленима. На тај начин запослени би били охрабрени да се више ангажују, са обзиром на то да би тада био укључен и лични економски интерес, а подразумева се да би се тиме добио нови корпус акционара који би на дуже стазе били повезани са друштвом.

Корпоративно управљање подразумева однос између менаџмента компаније, одбора и акционара у смислу управљања и контроле компанијом. Добро корпоративно управљање стога је условљено међусобном сарадњом између свих структура унутар компаније, а подразумева и активно учешће акционара. На тај начин, акционари би допринели бољем пословању компаније, али би истовремено и заштитили своје економске интересе.<sup>8</sup> Стога је закључено да би акционари требали бити охрабре-

5 Action plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, Strasbourg 12.12.2012. (даље у фуснотама: Акциони план).

6 Initiative Revision of the shareholders rights Directive (2007/36/EC), 02/2013 (даље у фуснотама: Иницијатива за ревизију Директиве о правима акционара).

7 Summary of the informal discussions concerning the initiative on shareholders engagement, Brussels, 17. april 2013, стр. 4.

8 Акциони план, стр. 2.

ни да се више ангажују у корпоративном управљању. То би се постигло тако што би им се гарантовало више права, што би у перспективи разултирало превенцијом злоупотреба руководиоца, пре свега, повећањем контроле од стране акционара. Током дебата и округлих столова дошло се до закључка да је неопходно олакшати сарадњу између акционара и наметнути извесне обавезе инвеститорима, менаџерима и заступницима ради постизања наведених циљева. У том смислу, реформа права акционара предложена је у четири области: а) побољшање контроле акционара над политиком зарада; б) побољшање контроле над повезаним трансакцијама које угрожавају интересе компаније и акционара; в) реформа у области заступника и саветника; г) прописивање посебних правила у области идентификације акционара и политике извештавања.

## 2. Политика накнада

Једно од централних питања реформе акционара било је питање политике накнада. Током дебате закључено је да акционари имају веома важну улогу у формулисању и контроли политике накнаде и стварању система праведног и ефикасног исплаћивања, који је у интересу како акционара, тако и самог друштва. Учесници су закључили да лоша политика накнада доводи до неправедних трансфера имовине компаније и акционара управи, стога је неопходно омогућити акционарима бољи надзор над политиком накнаде.<sup>9</sup> Предложена реформа се у области контроле накнада руководиоца и политике накнаде заснива на три принципа:

- а) Принцип транспарентности – учесници дебате су се сложили да је неопходно омогућити више информација акционарима о примањима руководиоца и структури и политици плаћања уопште, иако су изразили забринутост да би то могло довести до експанзије смањења зарада у компанијама.<sup>10</sup> Ово истовремено представља и предуслов вршења контроле и надзора од стране акционара, али и врсту превентивне мере ради спречавања злоупотреба од стране управе.
- б) Принцип надзора и контроле од стране акционара – акционари требају да преузму активну улогу у поступку надзора над политиком накнада. На тај начин акционари би заштитили и сопствене и интересе компаније. Сам поступак контроле могао би се вршити на различите начине, информисањем, скретањем

9 Акциони план, стр. 9.

10 Summary of the informal discussions concerning the initiative on shareholders engagement, Brussels, 17. april 2013, стр. 6.

пажње, постављањем питања, одобравањем и гласањем за извештаје.

- в) Принцип одобравања политике накнаде и извештаја о накнадама – учесници на дебати су се сложили да је неопходно пружити акционарима више права у области политике накнаде, како би се спречиле злоупотребе и како би заштитили сопствене интересе. Стога је предвиђено да се на територији целе Европске уније акционарима омогући право гласа о политици накнаде и/или о извештајима, иако је истакнуто да би ово могло довести до даље експанзије тзв. „краткорочних акционара“, које доводе у питање стабилност компанија.<sup>11</sup>

### 3. Повезане трансакције

Повезане трансакције су послови које компанија закључује са директорима или контролним акционарима, а који могу проузроковати штету компанији и мањинским акционарима, јер дају повезаним лицима могућност да присвоје вредности које припадају компанији.<sup>12</sup> Управо из тог разлога акционарима се мора омогућити коришћење ефикасних заштитних мера да би спречили злоупотребе и заштитили имовину компаније. Како су се постојећа правила у овој области у Европској унији показала као недовољна, око чега су се сложили и учесници округлог стола, Европски форум корпоративног управљања је објавио тзв. Изјаву о повезаним трансакцијама за листиране ентитете,<sup>13</sup> која садржи предлоге решења за заштиту права и интереса акционара у вези са повезаним трансакцијама. У зависности од висине трансакције у односу на вредност имовине компаније, предвиђени су различити начини поступања и обавеза руководећих органа. Реч је о следећим правилима:

- а) у случају повезаних трансакција које представљају мање од 1% од укупне вредности имовине, није потребно никакво посебно извештавање, осим што су независни директори у обавези да воде рачуна о заштити интереса акционара;
- б) међутим, уколико скуп истих повезаних трансакције у периоду од 12 месеци износи више од 5%, а оне нису одобрене од стране акционара, подлежу накнадном одобрењу, без обзира што појединачно не прелазе предвиђени цензус;<sup>14</sup>

11 *Истио*.

12 Акциони план, стр. 9.

13 Statement of the European Corporate Governance Forum on Related Party Transaction for Listed Entities, Brussels, 10. март 2011.

14 *Истио*, стр. 1.



- в) у случају да повезане трансакције износе више од 1%, а мање од 5% од укупне вредности имовине, обавештење о трансакцији се мора јавно објавити и обавестити надлежни надзорни орган, а ово мора бити пропраћено и писмом независног стручњака који потврђује да је трансакција праведна и разумљива са становишта интереса акционара;
- г) у случају да повезане трансакције износе више од 5% од вредности имовине или би могле имати значајан утицај на профит и пословање друштва, мора се, пре реализације, изнети на гласање и потврду акционарима на скупштини акционарског друштва;
- д) у свим случајевима повезано лице би требало да се уздржи од учешћа приликом разматрања Одбора о трансакцијама у питању.<sup>15</sup>

#### 4. Заступници и саветници

Питање заступника и саветника нашло се у центру разматрања инвеститора. Инвеститори су најчешће лица различитог степена и врсте образовања и стога имају потешкоћа у разумевању тачака дневног реда и начина на које би требало да гласају како би заштитили своје економске интересе. Ово питање још више добија на значају у случају инвеститора који улажу на иностраном тржишту, којима су мало познате или потпуно непознате прилике пословања и којима се ангажовање заступника намеће као императив. Отуда су инвеститори, односно, инвестиционе компаније, врло често, приморане да ангажују заступнике и саветнике који им пружају услуге, односно дају савете или учествују и гласају на седницама скупштине у њихово име. То заправо значи да је утицај заступника и саветника на гласање у оваквим случајевима круцијалан. Управо су због тога инвеститори, приликом израде тзв. Зеленог папира о корпоративном управљању, изразили своје незадовољство дотадашњим стањем у овој области. Пре свега, указало се на недостатке регулативе. Инвеститори су поновили да заступници и саветници не подлежу никаквим правилима, стога је тешко пратити њихов рад, док је питање њихове одговорности недовољно регулисано. Такође се истакла не-транспарентност у процесу саветовања. Наиме, најчешће се примењује један модел саветовања који се прилагођава потребама инвеститора, не узимајући се, притом, у обзир специфичности тржишта на територији конкретних држава чланица.<sup>16</sup> Као посебно значајан, истакао се и про-

15 *Истѿо.*

16 Summary of the informal discussions concerning the initiative on shareholders engagement, Brussels, 17. април 2013, стр. 5.

блем конфликта интереса. Он се појављује код лица који су истовремено консултант корпоративне управе, са једне, и инвеститора, са друге стране, или у случају када исти консултант саветује инвеститоре о поступању по предлогу одлуке које је поднео његов клијент.<sup>17</sup> Имајући у виду све наведено и проблем недостатка конкуренције, реформа у области заступника и саветника инвеститора се намеће као императив. Стога инвеститори предлажу измену оквира и поштравање правила у овој области, чак и по цену дефицитарности заступника, има ли се у виду њихов ограничен обим и недостатак квалификованих стручњака.

## 5. Идентификација акционара и прекогранично гласање

Зелени папир о корпоративном управљању донео је новине и у области идентификације акционара. Наиме, велики број испитаника заложио се за стварање механизма на територији Европске уније који би омогућио компанијама да имају потпуне информације о имаоцима акција које они издају. Такође, инсистирало се на томе да те информације буду доступне и другим инвеститорима. Ово, међутим отвара могућност злоупотребе података акционара, иако је предложено ради ефикаснијег функционисања компаније и заштите интереса инвеститора, стога би паралелно са овим мерама, требало размотрити и снажне заштитне мере које би спречиле откривање података акционара трећим лицима.<sup>18</sup>

Многи испитаници су критиковали поступак прекограничног гласања и поред ванредних напора који су уложени у смислу уклањања препрека за његово правилно одвијање доношењем Директиве о правима акционара. Према наводима испитаника и даље постоје бројне препреке за реализацију прекограничног гласања, а оно што је наведено као посебно проблематично, јесте задржавање праксе блокирања акција у појединим државама и поред изричите забране. Промене су предложене и у области гласања електронским путем у којој и даље постоје многобројних потешкоћа приликом реализације.<sup>19</sup>

## III Измене Директиве о правима акционара

На основу прикупљених података Зеленим папиром о корпоративном управљању и сугестија и мишљења инвеститора, представника управе, држава чланица, акционара, заступника, посредника и саветника, а у складу са препорукама надлежних тела уније и специјализованих

17 Акциони план, стр. 10.

18 *Исто*.

19 *Исто*.

институција и након дуготрајног процеса истраживања у области права акционара, Европска комисија је 9. априла 2014. године донела Предлог Директиве Европског парламента и савета о изменама и допунама Директиве 2007/36/ЕЦ у погледу охрабривања дугорочног ангажовања акционара и директиве 2013/34/ЕУ у погледу појединих елемената изјаве руководиоца.<sup>20</sup> Овај предлог је усвојио најважније закључке вишегодишње анализе и ставове испитаника, са тим да су решења прилагођена реалним потребама и могућностима у циљу заштите интереса свих и побољшања дугорочног ангажовања акционара у чврстом уверењу да је то неопходно за побољшање стабилности, ефикасности и пословања компанија.

Како су најзначајнија решења у оквиру реформе у области права акционара већ претходно анализирана, то ће се овде навести само основни постулати на којима је овај Предлог измене заснован.

- У области активнијег ангажовање акционара – Предлог измене директиве предвиђа обавезу инвеститора и менаџера да усвајају и развијају стратегију и политику активнијег ангажовања акционара која се мора објавити најмање једанпут годишње.
- У области политике накнаде – предвиђено је обавезно гласања акционара о политици накнада у вези са исплатама директорима најмање једном у три године. Компанија ће моћи да врши исплате само у складу са одобреном политиком накнаде од стране акционара. Свака компанија ће прописати највиши ниво плаћања руководиоца, а политика накнаде се мора заснивати на реалном основу и у оквиру ње мора бити објашњена политика зарада руководиоца у односу на ангажовање и зараду запослених.
- Повезане трансакције – пре исплате повезане трансакције која чини више од 5% од укупне вредности имовине или може имати значајан утицај на профит компаније, потребно је захтевати одобрење од стране независних акционара. Повезане трансакције које чине више од 1, а мање од 5% вредности имовине морају бити објављене и пропраћене извештајем о исправности од стране експерта.
- Саветници и посредници – саветници инвеститора морају усвојити и применити мере како би гарантовали тачност и сигурност њихових препорука за гласање и објавити, најмање једном годишње, чињенице значајне за процес давања савета како би

---

20 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement and Directive 2013/34/EU as regards certain elements of the corporate governance statement.

сам процес учинили транспарентнијим. Они, такође морају објавити, без одлагања, све чињенице које упућују на постојање потенцијалног конфликта интереса које може утицати на процес давања савета и обавестити о мерама који су предузели како би спречили и уклонили потенцијални ризик. Посредници морају омогућити компанијама идентификацију акционара у чије име иступају без одлагања. Посредници морају јавно објавити податке о накнадама и ценама које наплаћају за своје услуге.

#### IV Закључак

Реформе у области права акционара условљене су реалним потребама уоченим у директној комуникацији са свим релевантним чињеницама са становишта Европског компанијског права. Ове реформе резултат су дуготрајног и исцрпног истраживања, које је имало за циљ да сагледа позитивне и негативне ефекте Директиве о правима акционара и да предупреди и реши проблеме који су, услед недостатака, настали у пракси. Оне су се показале као веома ефикасне, јер су спроведене објективном анализом негативних аспеката важеће европске регулативе, уз консултацију свих релевантних субјеката и препоруке надлежних специјализованих тела Европске уније.

Суштина реформи је активација акционара и афирмација њиховог дуготрајног ангажовања. Иако се оне заснивају на побољшању права акционара, у смислу контроле политике накнада, повезаних трансакција и транспарентнијег и уређенијег рада инвестиционих саветника, ипак је акценат стављен на дугорочни ангажман акционара. Оно што је већ поменуто као једна од мера, јесте и додела акција запосленима у компанији. На тај начин, пролонгирало би се учешће запослених, који би дошли у позицију акционара у раду компаније и побољшао њихов радни учинак, има ли се у виду да би у овом случају радили, не само у интересу компаније, него и ради заштите сопствених економских интереса.

Да ли су предвиђена решења добра – показаће време, али оно што је засигурно добро, јесте приступ и анализа која се заснива на спроведеном упитнику међу свим заинтересованим странама. Ово је свакако један од најделотворнијих начина да се испита ефикасност мера Европског компанијског права и сагледају прави домети предвиђених решења. Стога се ова реформа суштински заснива на слабостима решења Директиве о правима акционара која је, ипак, остала недоречена. Иако је донела многобројне позитивне новине, она је оставила простор произвољном тумачењу, а нека питања – правно нерегулисаним. То је проузроковало потешкоће у раду корпоративне управе, које су правовремено уочене.

Ове дилеме су отклоњене, новоуспостављеном реформом, која има за циљ јачање стабилности и ефикасности корпоративне управе. Јачање положаја акционара сам по себи, не би довео до постављеног циља, напротив, довео би до корпоративне анархије која би водила искључиво ка тежњи за заштитом уско-егоистичних интереса акционара. Суштински, само се уз ефикасну координацију акционара, управе и инвеститора може доћи до задовољавајућег решења на вишестрану корист. Стога је побољшање ангажовања акционара само једна степенница која води ка побољшању ефикасности и стабилности управе, која је неопходна као заштита у случају економске кризе и која постоји као камен темељац унутрашњег тржишта Европске уније. Дакле, наведена реформа права акционара није представљала ништа друго, до предуслов побољшања ефикасности корпоративног управљања кроз активније учешће акционара, а која подразумева, пре свега, контролу и надзор над радом руководећег кадра.

**Vuk RADULOVIĆ**

**PhD Candidate at the Faculty of Law University of Novi Sad**

## **LEGAL REFORMS IN THE FIELD OF SHAREHOLDERS' RIGHTS AS A PRECONDITION FOR EFFICIENT CORPORATE GOVERNANCE IN EUROPEAN UNION LAW**

### **Summary**

*This paper is dedicated to the reform of the rights of minority shareholders, which is underway in the European Union and will be implemented by amending Directive on shareholders' rights in listed companies. These reforms are conditioned by the perceived need for more active participation of shareholders in the joint stock management, which in modern terms has become a prerequisite of effective corporate governance. In recent years it has been intensified work to reform this area. First of all there have been a number of consultations and carried out a series of questionnaires competent bodies of the European Union with all stakeholders ranging from the management of public companies, shareholders, their representatives and advisers until intermediaries and institutional investors. The purpose of this consultation was the identification of gaps and problems and gaining a clear picture of the situation and the*

*need for legislative intervention in the field of minority rights. In addition, there were also a number of conferences on the position, status and active involvement of shareholders and the matter was dealt with by the relevant bodies of the European Union such as the European Corporate Governance Forum. This effort resulted in the adoption of a proposal to amend the Directive on shareholders' rights by the European Commission in which they learned the most significant findings of years of research and proposed measures to eliminate the deficiencies. Author gradually analyzes suggested solutions, the situation in the field of corporate governance and corporate democracy, with special emphasis on perceived problems, opportunities to overcome them and offered solutions by the Directive on shareholders' rights. He insists on the interpretation of the proposed measures, the innovation they bring in a company law and conclude on the importance and scope of such solutions, as well as the future role of minority shareholders in corporate governance in the European Union.*

**Key words:** *reform, shareholder rights, company law, European Union law, corporate governance, shareholders engagement.*

---

# ПРИЛОЗИ

---

др Љубинка КОВАЧЕВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

## РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

### Кључне новине у Закону о раду и њихов *ratio legis*

1. *Увод.* Радно право је изузетно осетљиво на промене које се дешавају у области економије, посебно на економске и финансијске кризе које суочавају државе са потребом снижавања трошкова, решавања проблема масовне незапослености и стварања услова који ће послодавцима омогућити да очувају континуитет пословања.<sup>1</sup> Многи законодавци проналазе одговоре на ове изазове у флексибилизацији радног права, будући да је у једном делу литературе афирмисан став да, због обавеза и трошкова које ствара за послодавце, класично радно законодавство неповољно утиче на њихову конкурентност на тржишту, јер их одвраћа од заснивања стандардног радног односа, односно подстиче на прибегавање привидном независном раду и тзв. раду на црно. Ово тим пре што је у пракси неких међународних организација, попут Међународног монетарног фонда и Светске банке, такав приступ опредељен као пожељан правац развоја радног права. И Република Србија је последњих година суочена са притисцима да флексибилније уреди радне односе и сузи заштиту запослених у циљу снижавања трошкова рада, повећања страних инвестиција и подстицања запошљавања. То су били и основни циљеви израде нацрта новеле Закона о раду у другој половини 2013. године, али је њено усвајање било осујећено због више разлога, од којих је посебно значајно било непостојање консензуса свих заинтересованих страна о кључним аспектима реформе

---

1 European Network of Legal Experts, *Protection, involvement and adaptation. European labour law in time of crisis, restructuring and transition*, 2010, стр. 1, доступно на адреси: <http://www.labourlawnetwork.eu>, 8.10.2014.

радног законодавства.<sup>2</sup> Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања је, у међувремену, припремило нови Предлог закона о изменама и допунама Закона о раду. Он је усвојен 18. јула 2014. године,<sup>3</sup> такође, без озбиљније дебате о новој концепцији радног законодавства, будући да синдикати и друге заинтересоване друштвене групе нису били у довољној мери или уопште консултовани приликом писања нових радноправних норми. Овим законом унете су бројне измене и допуне у домаће радно законодавство, од којих посебну пажњу заслужују промене у областима аутономног уређивања радног односа, флексибилних уговора о раду, радног времена, зарада, дисциплинске одговорности и престанка радног односа.

2. *Аутономно уређивање права, обавеза и одговорности из радног односа.* У складу са уговорном природом радног односа и идејом индустријске демократије, приликом аутономног уређивања права, обавеза и одговорности из радног односа предност уживају извори права који настају сагласношћу воља заинтересованих страна у односу на једностране опште акте послодавца. У том смислу, уређивање права, обавеза и одговорности из радног односа одредбама *правилника о раду* представља атипичан начин аутономног регулисања радних односа. То је и разлог што се у Закону о раду, могућност доношења правилника о раду везује за ситуацију у којој не постоје услови за закључење колективног уговора код послодавца. Правилник о раду тада представља супститут колективног уговора, тј. „неопходну подршку праву на колективно преговарање“, будући да правни систем не може да елиминира ризик непостојања услова за преговарање, као ни ризик неуспеха преговарања.<sup>4</sup> У том смислу је и новелом Закона о раду уведено правило да је послодавцу који не прихвати иницијативу репрезентативног синдиката за приступање преговорима за закључење колективног уговора забрањено да својим једностраним актом (правилником о раду) уређује права и обавезе из радног односа.<sup>5</sup> Законодавац је, надаље, редефинисао појам малог послодавца у смислу одредаба које се односе на *правилник о организацији и систематизацији његова*, будући да је обавеза доношења овог правилника сада утврђена само у погледу послодавца са више од девет запослених.<sup>6</sup> Осим тога, ублажени су и услови

2 За приказ тока припремних радова вид. у: Зоран Мартиновић, „Како обезбедити договор за промену радног законодавства и могући правци промена“, *Избор судске праксе*, бр. 6/2014, стр. 5–11.

3 Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14) – у даљем тексту: ЗР.

4 Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, 2<sup>e</sup> édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, стр. 176.

5 ЗР, члан 3, став 5.

6 ЗР, члан 24, став 5.



под којима се може донети одлука о *проширењу дејства колективног уговора* у циљу ублажавања разлика које постоје у зарадама и другим условима рада у одређеној грани, групи, подгрупи или делатности и, последично, спречавања нелојалне конкуренције на тржишту. Тако је, уместо ранијег решења које је доношење тзв. октроисаног колективног уговора стављало у надлежност министра, законском новелом ово овлашћење признато Влади, с тим што се, уместо ранијег захтева да колективни уговор чије се дејство проширује обавезује послодавце који запошљавају више од 30% запослених у одређеној грани, групи, подгрупи или делатности, важећи услов односи на уговоре који обавезују послодавце са више од 50% запослених на тим нивоима преговарања.<sup>7</sup>

Нажалост, пропуштена је прилика да се законском новелом уведу додатни *погодности за развој социјалног дијалога*. Ово посебно стога што је једнострано уређивање права, обавеза и одговорности из радног односа допуштено и онда када претходно нису исцрпљене све могућности да предметна питања буду уређена споразумом социјалних партнера. Поред немогућности за закључење колективног уговора са једним или више репрезентативних синдиката, доношење правилника о раду могло је, наиме, бити условљено и немогућношћу постизања споразума између послодавца и представника заинтересованих радника.<sup>8</sup> Ово тим пре што би наведено решење одговарало духу одредаба Препоруке Међународне организације рада број 91 о колективним уговорима, према којима послодавац који не може да закључи колективни уговор са репрезентативним синдикатом (синдикатима) може да преговара са изабраним радничким представницима и да са њима закључи колективни уговор.<sup>9</sup> Чини се да би тај универзални међународни радни стандард могао послужити као инспирација или модел за усвајање нове законске концепције колективног уговора и одговарајућих услова за доношење правилника о раду, у складу са потребом унапређења индустријске демократије и културе социјалног дијалога. Ово тим пре што позитивноправно решење не уважава у потпуности потребу за интензивнијим учешћем представника запослених у уређивању права, обавеза и одговорности из радног односа, чак ни путем *информисања и консултовања запослених приликом доношења правилника о раду*, већ је законском новелом уведена само обавеза послодавца да, у случају да колективно преговарање траје дуже од 60 дана, достави правилник о раду репрезентативном синдикату у року од седам дана од дана његовог ступања

7 ЗР, чл. 257-261.

8 Влајко Брајић, „Уговорно и споразумно уређивање односа у области рада“, *Правни живот*, бр. 5-6/2002, стр. 100-102.

9 Предраг Јовановић, „Отворена питања у праву и пракси колективног преговарања и социјалног дијалога“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2010, стр. 434. Вид. Recommendation No. 91 concerning Collective Agreements, члан 2, став 1.

на снагу.<sup>10</sup> Чини се да би обавезно консултовање запослених о тексту правилника о раду морало бити предвиђено као услов послодавчевог једностраног уређивања радних односа, док би најпримереније решење било, управо, оно којим би уређивање радних односа правилником о раду било резервисано само и искључиво за случајеве у којима нема услова да одговарајућа питања буду уређена колективним уговором или споразумом послодавца и представника заинтересованих радника. При томе, ваља имати у виду да сужавању простора за једнострано уређивање права, обавеза и одговорности из радног односа доприноси и законска обавеза послодавца и репрезентативних синдиката да наставе преговоре у доброј вери, уколико у року од 60 дана од дана њиховог отпочињања, не постигну сагласност за закључивање колективног уговора.

3. *Флексибилни уговори о раду.* Домаћи законодавац нуди читаву палету флексибилних уговора о раду, од којих су неки, на основу одредаба последње новеле Закона о раду, уређени другачије, док је уговор о раду на даљину први пут непосредно уређен законом. У том смислу, најпре, ваља поменути да законодавац уводи нову гаранцију заштите од злоупотреба послодавчеве власти отпуштања у погледу запослених у чији је уговор о раду унета *клаузула о пробном раду*. Реч је, прецизније, о правилу да, и поред либералнијег режима отказа у току трајања пробног рада, послодавац има обавезу да образложи отказ уговора о раду.<sup>11</sup> Ово тим пре што, за разлику од других атипичних уговора о раду, уговор са клаузулом о пробном раду не доприноси флексибилности, већ стабилности, радног односа, будући да пробни рад има за циљ успостављање „дефинитивне“ радноправне ситуације, након што послодавац утврди да запослени има потребне способности за рад.<sup>12</sup> Премда је већ и само законско правило о максималној дужини пробног рада, усмерено на спречавање неоправдано дугог периода пробног рада који уговорнице утврђују желећи да „заобиђу“ императивна правила о разлозима због којих се уговор о раду може закључити на одређено време или правила о престанку радног односа, законодавац новоуведеним решењем настоји да ограничи злоупотребе правила о престанку радног односа на иницијативу послодавца.<sup>13</sup>

10 ЗР, члан 3, став 4.

11 ЗР, члан 36, став 3.

12 Sébastien Tournaux, *L'essai en droit privé: Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, L. G. D. J., Paris, 2009, стр. 130.

13 С тим у вези, корисно је указати на то у упоредном праву, за време пробног рада, послодавац може да иницира отказ уговора о раду само због разлога који постоје на страни запосленог, под условом да је запосленом омогућио да покаже радне способности и створио услове за њихову објективну оцену. То, даље, значи да се

Са друге стране, трајање уговора о раду на одређено време је продужено са 12 на 24 месеца, истина, уз више изузетака у којима он може трајати и дуже, док је злоупотреба ове врсте уговора санкционисана фикцијом о закључивању стандардног уговора о раду, ако је уговор о раду на одређено време закључен супротно одредбама Закона.<sup>14</sup> Законодавац је, међутим, пропустио прилику да ограничи број случајева у којима је допуштено поновно закључивање уговора о раду на одређено време, иако је у пракси, заснивање радног односа на одређено време неретко представљало начин за стварање некакве „друге класе“ радника којима је дугорочно ускраћено стабилно запослење и са којима су уговори о раду на одређено време закључивани и у ситуацијама када то не оправдавају специфичне и привремене потребе послодавца и запосленог, док је посебно озбиљну злоупотребу представљало сукцесивно закључивање ове врсте уговора између истих лица за исте послове.

Надаље, законодавац је, приликом уређивања уговора о раду са непуним радним временом поново предвидео да начело једнакости запослених који раде са пуним и непуним радним временом представља изузетак у односу на начело *pro rata temporis*. То је различито у односу на доминантна решења из међународног и упоредног радног права, према којим дејство начела једнакости није ограничено само на питање врсте и квалитета права из радног односа, већ се примењује и у погледу обима у којем се остварују права из радног односа, због чега се начело сразмерности примењује само ако за то постоје оправдани разлози.<sup>15</sup> Напредак у уређивању положаја запослених са непуним радним временом је, међутим, учињен потврђивањем послодавчеве обавезе да благовремено обавести запослене о доступности послова са пуним и непуним радним временом, као и да размотри захтев запосленог са непуним радним вре-

---

за време пробног рада, као оправдани разлог за отказ не могу појавити разлози који се тичу потреба послодавца, уз изузетак покретања стечајног поступка или поступка принудног поравнања.

- 14 ЗР, члан 37. Изузеци у којима радни однос може трајати и дуже од 24 месеца постоје у случају замене привремено одсутног запосленог (до његовог повратка на рад), рада на пројекту чије је време унапред одређено (до завршетка пројекта), радног ангажовања страног држављанина (до истека рока на који му је издата дозвола за рад), рада на пословима код новооснованог послодавца (до 36 месеци), те рада лица коме недостаје мање од пет година до испуњења једног од услова за остваривање права на старосну пензију (до испуњења одређеног услова, у складу са Законом о пензијском и инвалидском осигурању).
- 15 Bernard Teyssie, *Droit européen du travail*, Édition du Juris-Classeur, Paris, 2001, стр. 206. Вид.: Convention No. 175 concerning Part-Time Work, чл. 4–8; Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC (*Official Journal*, L 14, 20. јануар 1998, став 9–14), анекс, клаузула 4, став 1.

меном за прелазак на пуно радно време (као и захтев запосленог са пу-ним радним временом за прелазак на непуно радно време), а утврђено је и да се колективним уговором уређује информисање и консултовање синдиката о пословима са непуним радним временом.<sup>16</sup>

Новелом је први пут у српском праву уређен *рад на даљину*, што је значајно, јер овај начин организације/извршавања рада више не представља неку ексклузивну технолошку иновацију, а може допринети лакшем запошљавању лица са породичним дужностима, као и лица са инвалидитетом, старијих лица, као и лица који живе у удаљеним руралним подручјима.<sup>17</sup> С тим у вези поставља се питање да ли специфичности рада на даљину оправдавају увођење неког посебног правног режима који би важио само за запослене који раде на даљину или је подесно да се на њих примењују правила о *раду код куће*.<sup>18</sup> Чини се да би полазну тачку у тим дискусијама морала представљати чињеница да између рада на даљину и рада код куће постоје одређене сличности, попут обављања послова ван просторија послодавца и проблема у примени императивних норми о ограниченом радном времену, одморима, безбедности и здрављу на раду. Између ових облика рада постоје, међутим, и разлике, које се не могу свести на чињеницу да запослени који раде на даљину користе савремене технологије за извршавање престације рада. Ово тим пре што се рад на даљину може обављати не само у кући запосленог, већ и у просторијама које припадају трећим лицима (нпр. рад у тзв. теле-центрима). Због тога је могуће закључити да се рад на даљину, због своје сложености и мноштва различитих облика у којима се обавља, не може сматрати само једним (новим) обликом рада код куће, већ би примена прописа о раду код куће на запослене који раде на даљину требало да зависи од конкретне врсте рада на даљину.<sup>19</sup>

Такође, ваља имати у виду да је законском новелом укинута обавеза регистрације уговора о раду ван просторија послодавца и уго-

16 ЗР, члан 40, ст. 3–5.

17 ЗР, члан 42.

18 Решење о примени правила о раду код куће на запослене који раде на даљину познаје и радно право Литваније, Румуније и Словеније. Jelle Visser, Nuria Ramos Martin, *Expert report on the implementation of the social partner's Framework Agreement on Telework*, Institute for Advanced Labour Studies, Amsterdam, 2008, стр. 25.

19 Тако је, примера ради, у немачкој доктрини заступан став да лица која раде на даљину, а код куће – улазе у подручје примене Закона о раду код куће, али, само ако раде офлајн, тј. без тренутне везе са централним рачунаром послодавчевог рачунарског система. Када је, међутим, реч о запосленима који су, док раде, умрежени и непосредно повезани са централним рачунаром послодавца (дакле, раде онлајн), постоји претпоставка да послодавац непосредно надзире њихов рад, због чега се на њих примењују прописи који важе за запослене са стандардним местом рада. Vittorio Di Martino, Linda Wirth, „Telework: An overview“, *Conditions of Work Digest*, бр. 1/1990, стр. 21.

вора о раду са помоћним кућним особљем, што је скопчано са ризиком погоршања положаја лица ангажованих на основу једног од ових двају уговора, будући да нису понуђени други адекватни механизми за спречавање кршења њихових основних права. Ово тим пре што још увек нису испуњени услови за делотворно обављање свих задатака који су стављени у надлежност Централног регистра обавезног социјалног осигурања. Са друге стране, у домаће законодавство уведено је правило да се уговор о раду кућним помоћним особљем не може закључити са блиским сродницима.<sup>20</sup>

И, најзад, ваља приметити да је законодавац пропустио прилику да уреди *уговор о привременом раду*, који је до сада квалификован као уговор којим се не заснива радни однос, а чија је примена, такође, скопчана са бројним злоупотребима, нарочито уколико се он закључује уз посредовање приватних агенција за запошљавање.

4. *Појам радног времена*. Одредбама Закона о изменама и допунама Закона о раду флексибилније је уређено и питање организације радног времена, а *попит* представља и законска дефиниција појма радног времена. У њој су као главни критеријуми квалификације потврђени обавеза извршавања послодавчевих налога и присуство запосленог на месту рада – дакле, *нейрекидна и нейосредна досљуйносѝ зайосленоѝ йослодавцу*, коју законодавац означава као „расположивост“ запосленог, мислећи, сва је прилика, на расположивост радних способности запосленог, тј. на његову обавезу да у одређеном временском периоду стави послодавцу на располагање своје радне способности.<sup>21</sup> Таква дефиниција „иде на руку“ послодавцима, будући да се, у том случају, из појма радног времена истискују пасивни (непродуктивни) периоди дежурстава и других случајева у којима престајања рада постоји само као предвидљива могућност. Ово тим пре што су из Закона изостале *дефиниције дежурсѝва и йријравносѝи за рад*, као случајева са ивице (језгра) појма радног времена. На тај начин су отворене могућности за различита тумачења и злоупотребе овлашћења која јача страна радног односа има у погледу њиховог увођења, с тим што су у погледу приправности за рад, с правом, као радно време квалификовани само „активни делови“ овог периода.<sup>22</sup>

5. *Зараде*. Право на зараду једно је од права чије је делотворно остваривање, услед кризе, највише угрожено, и то због настојања да се снизи ова врста трошкова рада у циљу превазилажења тешкоћа које по-

20 ЗР, члан 45, став 7.

21 „Радно време је временски период у коме је запослени дужан, односно расположив да обавља послове према налозима послодавца, на месту где се послови обављају, у складу са законом.“ ЗР, члан 50, став 1.

22 ЗР, члан 50, ст. 3 и 5.

слодавци имају у погледу очувања запослености, док се у погледу запослених у јавном сектору овај приступ везује за одлуке влада да смање буџетску потрошњу. То, има за последицу заостајање, „замрзавање“, па и неисплаћивање и непријављивање зарада, о чему сведочи законодавство и пракса више држава средње и источне Европе.<sup>23</sup> И у Републици Србији се у пракси неретко дешава да послодавци исплаћују запосленима само минималну зараду и онда када за то нема оправданих разлога, што је определило законодавца да потврди да се разлози за доношење одлуке о увођењу минималне зараде утврђују колективним уговором, односно правилником о раду и уговором о раду, уз дужност послодавца да, по истеку рока од шест месеци од доношења ове одлуке, обавести репрезентативни синдикат о разлозима за наставак исплате минималне зараде.<sup>24</sup> Такође, више законских одредаба усмерено је на *снижавање висине зараде и дружих њримања*. Новелом је, тако, укинута право запослених на увећану зараду за сменски рад, док се право на увећање зараде за минули рад више не остварује за све године радног стажа, већ само за године рада код актуелног послодавца, а, у случају статусне промене и другим случајевима промене послодавца, и код послодавца претходника.<sup>25</sup> Премда је у пракси, потоње правило отворило дилему о могућности аутономног признавања права на увећану зараду и за године радног стажа код ранијих послодавца, чини се би на ту дилему требало одговорити позитивно, у складу са начелом *in favor laborem*. Такво тумачење чини се прихватљивим и у погледу лица која раде у јавном сектору, и поред тога што је у тим радним срединама простор за аутономно уређивање плата значајно сужен на основу одредаба Закона о платама у државним органима и јавним службама.<sup>26</sup> Ово стога што се основни циљ смањења додатка на плату за минули рад – смањење буџетског дефицита – не коси са исплаћивањем тих додатака и за године радног стажа проведене на раду код другог послодавца, ако послодавац може да их исплати из сопствених прихода.

Осим висине увећане зараде, новелом Закона о раду смањена је и висина отпремнине у случају колективног отпуштања и одласка запосленог у пензију, као и висина накнаде зараде за време принудног одмора због недостатка посла. Смањен је и број дана плаћеног одсуства са рада, као и износ накнаде зараде на коју запослени има право за време годишњег одмора и за време привремене спречености за рад

23 Manuela Tomei, Mark Levin, „Uvod“, у: Mihail Arandarenko, Sonja Avlijaš, *Uticaј krize na zarade u Republici Srbiji*, International Labour Office – Country Office for Central and Eastern Europe, Budapest, 2011, vii.

24 ЗР, члан 111, став 4.

25 ЗР, члан 108, став 1, тачка 4 и став 2.

26 Закон о платама у државним органима и јавним службама (*Службени гласник РС*, бр. 34/01, 62/06, 116/08, 92/11, 99/11, 10/13, 55/13 и 99/14).

услед болести или повреде. Премда овако обезбеђено смањење трошкова рада може помоћи послодавцима у превазилажењу проблема које имају у вези са очувањем континуитета пословања, ваља имати у виду да њихово увођење прати и ризик организовања штрајкова и настанка тензија на нивоу предузећа чиме се угрожава њихов опоравак.<sup>27</sup> Осим тога, тако екстензивно снижавање зарада делује разарајуће на стандард запослених, посебно оних који раде на слабо плаћеним пословима и који, неретко, нису „покривени“ колективним уговорима.

6. *Дисциплинска одговорност̄ зайосленой̄*. Домаћи законодавац је, после 13 година, непосредно уредио питање дисциплинске одговорности запосленог. То представља значајан напредак, будући да је изостанак одговарајућих правила из законá о раду од 2001. и 2005. године био различито тумачен у теорији и пракси: једна група аутора сматрала је да закон о раду уопште не уређује, па, чак, и не познаје, дисциплинску одговорност, дисциплинске мере и дисциплински поступак, док је друго тумачење почивало на уверењу да је социјалним партнерима допуштено да изворима аутономног права уређују дисциплинско кажњавање запослених. Новелом Закона о раду од 2014. године ова дилема је „решена“ у корист правила о постојању дисциплинске одговорности као посебне врсте правне одговорности запосленог, уз увођење новчане казне и опомене уз најаву отказа као дисциплинских мера (уз удаљење са рада без накнаде зараде у трајању од једног до 15 радних дана).<sup>28</sup> То је важно због потребе да се створе услови за делотворну примену начела прогресивног кажњавања запослених за повреде радних обавеза, али и због потребе да се послодавцима омогући да, поред престанка радног односа и мере удаљења са рада без накнаде зараде, изричу и друге мере које могу да допринесу обезбеђивању доброг функционисања предузећа. Ово тим пре што се, због велике незапослености и других проблема који оптерећују свет рада, неки послодавци не устежу да врше много већи фактички утицај на запослене него што их право на то овлашћује, што, такође, захтева одговарајућу законску реакцију. Стога је важно да најтежа дисциплинска мера буде „резервисана“ само за повреде радних обавеза које су такве тежине и са таквим последицама да оправдавају искључење запосленог из радне средине.<sup>29</sup> Ипак, значајан пропуст законодавца представља то што није потврдио *начела дисциплинској̄ њо-*

27 Verena Šmit, Danijel Von Vajthed, „Trendovi i politike zarada u jugoistočnoj Evropi. Koliko je veliki uticaj krize?“, у: Mihail Arandarenko, Sonja Avlijaš, *Uticaj krize na zarade u Republici Srbiji*, International Labour Office – Country Office for Central and Eastern Europe, Budapest, 2011, стр. 17.

28 ЗР, члан 179а.

29 Зоран М. Ивошевић, Милан З. Ивошевић, „Лична примања, накнада штете, дисциплинска одговорност и заштита индивидуалних права у поступку новелирања Закона о раду“, *Избор судске њраксе*, бр. 5/2014, стр. 14.

*ситуа*ка, која у законодавствима већине савремених држава, чине снажно брану злоупотреби дисциплинске власти послодавца, будући да се повреда радне обавезе и кривица запосленог не могу претпостављати и да без заштите основних права запослених у поступку није могуће обезбедити, макар, и само формалну, равноправност процесних странака.

7. *Пресјанак радној односа*. Захтеви за флексибилним уређивањем радних односа односе се, између осталог, и на питање његовог престанка, а, због уверења да примена радноправних правила о заштити од отказа производи негативне макроекономске последице, будући да 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 трошкова) отпуштања.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> У том смислу се, у једном делу литературе, афирмише предлог о већој флексибилности заштите запослених од отказа, као и у случају отказа. Такви научни и стручни аргументи били су довољно убедљиви и за нашег законодавца, иако ваља имати у виду да одређене новине које су у јулу 2014. године унете у правила о престанку радног односа заслужују похвале, будући да су њима „саниране“ празнине и отклоњени недостаци који су стварали озбиљније проблеми у пракси. То нарочито вреди за прецизирање отказног разлога који се састоји у *повреди радне обавезе и нејошћивању радне дисциплине*,<sup>32</sup> као и за квалификацију неприхватања послодавчеве понуде за закључење анекса уговора о раду као отказног разлога који се тиче потреба послодавца, уз непосредно уређивање питања *привременој временској запошљеној на други посао*, што је важно, јер у том случају измене уговора о раду постоји изражени ризик од злоупотребе института премештаја, у смислу неограниченог проширивања појма више силе.<sup>33</sup> Са друге стране, отказ због *неосишћивања резултата*

30 Costas Papadimitriou, „Le droit du travail grec face à la crise: Un passage dangereux vers une nouvelle physiologie juridique“, *Revue de droit comparé de travail et de la sécurité sociale*, бр. 2/2012, стр. 11.

31 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, стр. 12.

32 ЗР, члан 179, ст. 2–4.

33 ЗР, члан 172а, ст. 1–2.



*та рада и непоседовања радних способности* је, у складу са стандардима Међународне организације рада, условљен претходним обавештавањем запосленог о недостацима у његовом раду, упутствима и примереном року за побољшање рада, тако да је отказ допуштен тек ако запослени не побољша рад у остављеном року.<sup>34</sup> Унапређена је и *посебна заштити-та за случај ошказа* за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета, будући да послодавац тада не може запосленом да откаже уговор о раду, а уговор којим је запослени засновао радни однос на одређено време се продужава до истека коришћења права на одсуство.<sup>35</sup> Осим тога, у случају отказа за који запослени сматра да је дат због активности које предузима у својству представника запослених, чланства у синдикату или учешћа у синдикалним активностима, на послодавца је пребачен *терет доказивања* да отказ или стављање у неповољан положај запосленог није последица тог статуса или активности.<sup>36</sup>

Ипак, промене правила о отказу нису завршене на решењима која доприносе заштити запослених, већ су усвојене и одређене измене и допуне, које ограничавају њихову заштиту, иако се, по оцени Светске банке и Међународне организације рада, српско радно законодавство сврстава „негде око светског и европског просека“ у погледу стриктности законодавне заштите запослења.<sup>37</sup> Тако је скраћен *ошказни рок* на који има право запослени коме је уговор о раду отказан зато што не остварује потребне резултате рада, односно нема потребна знања и способности, а који се утврђује колективним уговором, правилником о раду или уговором о раду, у зависности од стажа осигурања. Уместо ранијег правила о отказном року у трајању од најмање месец дана, а најдуже три месеца, уведено је ново правило да отказни рок не може бити краћи од осам нити дужи од 30 дана.<sup>38</sup> Осим тога, ограничена

34 ЗР, члан 180а. Уп. са Recommendation No. 166 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, тачка 8.

35 ЗР, члан 187.

36 ЗР, члан 188.

37 Михаил Арандаренко, *Тржиште рада у Србији. Трендови, институције, политике*, Центар за издавачку делатност Економског факултета у Београду, Београд, 2011, стр. 178.

38 ЗР, чл. 178 и 189. У европским државама, квалификација „разумног отказног рока“ значајно се разликује од једног до другог правног система и варира од једне недеље (у Ирској, Кипру, Малти и Великој Британији) до неколико месеци, с тим што се може констатовати да се у многим државама дужина отказног рока одређује сразмерно дужини радног стажа запосленог (начелом сениоритета). Притом, ваља имати у виду да дужи отказни рок може представљати значајан терет и трошак за послодавца, посебно ако је запосленом дао отказ због непоседовања потребних способности или неостваривања резултата рада, као и због економских разлога, јер

је и дужина отказног рока за случај отказа од стране запосленог, и то на 30 дана, што раније законодавство није познавало, већ је постојала могућност да се колективним уговором, правилником о раду или уговором о раду утврди отказни рок дужи од 15 дана, без одређивања горње границе његовог трајања. Такође, Законом о раду су другачије уређене и *јравне йоследице незаконийої ойказа*, тако да ће суд одбити захтев запосленог за враћање на рад, ако у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно законским одредбама којима је прописан поступак за престанак радног односа. У том случају, запослени је заштићен само на основу гаранције права на накнаду штете у износу до његових шест зарада.<sup>39</sup>

8. *Закључак*. Премда су последњом новелом Закона о раду уређена и нека питања која до сада нису уопште или на адекватан начин била уређена, док су нека решења обезбедила усаглашеност нашег радног законодавства са стандардима Међународне организације рада, као и унапређење положаја запослених, већина нових законских решења усвојена је у интересу послодавца. Поред размотрених законских одредаба, тако се, између осталог, може квалификовати и погоршање положаја запосленог кога је послодавца упутио на привремени рад код другог послодавца, као и положаја запосленог који је отпуштен због економских разлога. Примену одговарајућих законских одредаба прати, међутим, ризик да неће значајније допринети остварењу основног циља због којег су и усвојене – повећању запослености, будући да је за то неопходна озбиљнија индустријска политика, делотворнија јавна управа и низ других чинилаца. Ово тим пре што искуства више европских држава сведоче да флексибилизација рада коју нису пратиле делотворне мере за запошљавање и мере за заштиту од социјалних ризика не само да није довела до дугорочног повећања запослености, већ је и утицала на продубљивање социјалних неједнакости и маргинализацију најосетљивијих категорија радника.<sup>40</sup> На то указује и Европски коми-

---

је престала потреба за радом запосленог. Etelka Korpić Horvat, „Ali pravna ureditev varstva za primer brezposlenosti sledi ciljem prožne varnosti“, *Delavci in delodajalci*, бр. 2–3/2010, стр. 332.

39 ЗР, члан 191, став 7. Премда право на реинтеграцију, сагласно универзалним међународним радним стандардима, представља примарно средство заштите у случају неоправданог престанка радног односа, у многим европским државама долази до сужавања права запосленог да захтева враћање на рад, а због уверења да ова мера нема капацитета да одврати послодавце од отпуштања и да их, штавише, „подстиче“ на злоупотребе и изигравање важећих правила. Стога се, последњих година, повећава број правних система у којима накнада штете представља једини инструмент заштите за случај незаконитог отказа, осим у изузетним случајевима, какав је дискриминаторски отказ.

40 Више о овом питању вид. у: Љубинка Ковачевић, „Економска криза и реформе радног законодавства у европским државама, са посебним освртом на правила о

тет за социјална права, као уговорно тело надлежно за надзор над применом Европске социјалне повеље, када упозорава да се за отклањање последица економске кризе не смеју користити средства којима се социјална права прекомерно ограничавају, тј. спуштају испод границе егзистенције, коју одређује сама суштина основних људских права.<sup>41</sup> То, коначно, значи да економска криза и потреба да се ограниче поједине ставке јавне потрошње представљају легитиман разлог за реформу радног законодавства, али да та реформа никако не сме имати за последицу прекомерну дестабилизацију положаја субјеката основних социјалних права.<sup>42</sup> Ово тим пре што је у доба економске и финансијске кризе, овим лицима заштита најпотребнија, због чега се чини да је појединим одредбама Закона о изменама и допунама Закона о раду на плећа запослених пребачен несразмерно велики терет кризе.

---

отказу уговора о раду – могуће поуке за српско радно право“, *Право и њивреда*, бр. 7-9/20014, стр. 500-526.

- 41 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. 344.
- 42 European Committee of Social Rights, Conclusions, XIX-2 (2009), Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, став 15 (General introduction).

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

## ПРАВО ОСИГУРАЊА

### ПРЕДНАЦРТ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА СРБИЈЕ, ДРУГА КЊИГА, ОБЛИГАЦИОНИ ОДНОСИ – примедбе на Главу XLVI: Уговор о осигурању –

Полазећи од тековине права осигурања Европске уније, као и одређених пројеката који су резултирали предлозима како унапредити уговорно право осигурања на нивоу ЕУ, сматрам да су следеће примедбе, сугестије и коментари кључни за хармонизацију српског уговорног права осигурања са правом ЕУ.

#### Одељак 1: Заједничке одредбе за имовинска осигурања и осигурања лица

##### Терминолошке примедбе

У складу са терминологијом прихваћеном у директивама које се односе на сектор осигурања, *залажем се да се сада већ традиционална подела на осигурање имовине и осигурање лица и у Преднацрту ГЗ нађусти.* У складу са упоредноправним тенденцијама, Закон о осигурању из 2004. године усваја поделу на животна и неживотна осигурања. Исту поделу преузима и Нацрт Закона о осигурању. *Одредба о врстама животног осигурања је хармонизирана са трендовима у области осигурања*

ЕУ.<sup>1</sup> Нацрт не понавља грешку важећег Закона у погледу поделе животних осигурања. Она је, наиме, усклађена са одредбом Директиве 79/267/ЕЕЗ од 5. марта 1979. године о усаглашавању законских, подзаконских и управних аката који се односе на започињање и обављање делатности директног осигурања живота као и Директиве 2002/83 од 5. новембра 2002. године која се односи на осигурање живота. Нацрт усваја поделу на животна и неживотна осигурања, али такође дефинише и подврсте животних и неживотних осигурања.<sup>2</sup> Дакле, Нацрт прави јасну разлику између две основне групе осигурања: животних и неживотних осигурања. Поред тога, грушише по сродности ризика одређене врсте неживотних осигурања у подврсте (постоји седам подврста). Остало је као проблематично навођење осигурања живота и рентног осигурања као посебних врста животних осигурања. Наиме, осигурање живота још и није проблематично, будући да се под њим подразумевају класична осигурања попут: осигурања за случај смрти, за случај доживљења и мешовита осигурања. Међутим, проблем настаје када се уведе категорија рентног осигурања, јер из оваквих формулација произлази да постоји разлика између осигурања живота које је закључено као рентно и неког другог осигурања ренте!

Дакле, сматрам да неће бити проблема у практичној примени новонастале поделе ако се усвоји одредба Нацрта ЗО.

Друго, сматрам да треба размислити о терминологији која ће се користити приликом увођења института до сада непознатих нашем праву, а који су пореклом из директива ЕУ. Најбољи пример је тзв. право на одустанак од уговора. Сматрам да би највећа грешка била ако се определимо за „буквални“ превод. Код нас право на одустанак практично ништа правно не значи.

## Одсек 1: Опште одредбе

### 1. Поље њримене *rationae materiae*

За разлику од Закона о облигационим односима (даље: ЗОО), предложене су три варијанте. Према првој, одредбе ове главе неће се примењивати на поморска осигурања и на друга осигурања на која се примењују одредбе о поморском осигурању, на осигурања у ваздушном саобраћају и на осигурања потраживања. Друга варијанта из поља примене изузима и реосигурање и она осигурања која су регулисана посебним законом. Трећа варијанта предвиђа да се одредбе ове главе примењују као општа правила у осигурањима која су регулисана посеб-

1 Нацрт, чл. 8.

2 Нацрт, чл. 10.

ним законом (чл. 1165). Сматрам да одредба о томе на која осигурања се не примењује ГЗ мора бити програмског карактера. *Неоиходно је да се усаїласи са уїоредноїравним решењима и да иочива на разлици између иїзв. масовних (їоїтрошачких) и комерцијалних осииурања*. Стога подржавам изузимање реосигурања из поља примене ЗОО. Тиме аутоматски изражавам и опредељење против одељка којим се покушава – бар у основним цртама – уредити правни посао реосигурања. Реосигурање је уговор који закључују две компаније, обе специјализоване за осигурање и познајући материју на коју се уговор односи. На уговоре о реосигурању примењују се одређени типски услови, значење појединих клаузула произлази из врло развијене праксе реосигурања, а није занемарљив ни значај обичаја у овом делу пословног промета. Из свих ових разлога, не видим *ratio* покушаја да се правни односи коју су већ уређени на основу других извора и законски уређују. Ово утолико пре што би норме могле бити само диспозитивне.

Будући Грађански Законик Србије (даље: ГЗ) мора бити на линији уговорног права осигурања ЕУ, а пре свега мора да имплементира сва правила заштитног карактера, од којих су многа преузета из потрошачког *acquis communautaire*. Сматрам да за заштиту корисника услуга осигурања која су регулисана посебним законима није добро да се искључи примена општих правила из Преднацрта ГЗ. Лица која прибављају ова осигурања најчешће су потрошачи и искључење примене норми принудног карактера којима се уређују тзв. копнена осигурања није у њиховом интересу. Евентуална одступања од општих правила облигационог права могу бити уређена посебним законом, али никако не би требало искључити примену општих одредаба које се односе на уговор о осигурању.

У вези са одређењем поља примене Преднацрта ГЗ је и питање увођења тзв. великих ризика у наше право. У питању је појам који чини део *acquis communautaire* у области осигурања. *Смаїрам да иїреузимањем иїојма великих ризика у наше иїраво иїосїижемо два врло значајна циља из уїла даљих ииїиїеїрација*. Прво, у питању је термин врло јасног упоредноправног значења. Дакле, када закључујемо уговор о осигурању у оквиру слободе пружања услуга осигурања, применом овог критеријума комуникација са страним субјектима биће знатно олакшана. Друго, то је појам уз помоћ кога се врло јасно одређује да ли одређени тип осигурања припада групи комерцијалних или потрошачких осигурања. Свако осигурање које испуни тест великог ризика *ipso facto* је комерцијално осигурање. *Квалификација одређеної осииурања као комерцијалної иїовлачи низ одсїиуїања, којима се иїараниїује већи сїиїеїен слободе уїоварања*. Прво, велики ризици дају право уговорним странама да изаберу ме-родавно право за свој уговор. Друго, према директивама ЕУ, када се

осигуравају велики ризици не постоји обавеза осигуравача на давање предуговорних информација и саветовање уговарача осигурања. Треће, од принудних норми којима се регулише уговор о осигурању се може одступити у корист било које стране када је предмет уговора осигурање великих ризика. Када се осигуравају остали (обично потрошачки ризици) одступање је могуће само ако је у корист уговарача осигурања. Четврто, предмет саосигурања могу бити само велики ризици. Нажалост, Преднацрт ГЗ је остао „ускраћен“ за појам великих ризика, што ће бити извор многобројних проблема у пракси.<sup>3</sup>

## 2. Природа норми

Одступања од одредаба ове главе (чл. 1166) регулисана су на идентичан начин као у ЗОО. Поред већинских императивних и мањинских диспозитивних норми, у области осигурања постоје и тзв. полупринудне норме. ЗОО предвиђа да је одступање од осталих одредби, уколико није забрањено овим или којим другим законом, допуштено само ако је у несумњивом интересу осигураника.<sup>4</sup> Ова одредба има огроман значај, јер захваљујући њој слобода уговарања у области тзв. копнених осигурања није укинута у потпуности. Управо постојање полупринудних норми омогућава да уговор о осигурању буде израз слободе уговарања, а не законске пројекције претпостављених права и обавеза сауговарача.<sup>5</sup> У складу са оваквим карактером полупринудних норми, *пошрошачи се не моју одрећи права која сичичу на основу самој закона.*

3 Постоји могућност да се овај изузетно значајан појам у наше право уведе ако се усвоји актуелни Нацрт Закона о осигурању. Наиме, Нацрт ЗО садржи одредбу о великим ризицима у вези са саосигурањем (чл. 255). Дефиниција великих ризика први пут је уведена Директивом о неживотном осигурању друге генерације (Директива 88/357/ЕЕЗ, нови чл. 5 (а)), касније је преузета у Директиви 2009/138 о солвентности II). Велики ризици обухватају: 1) класе осигурања шинских возила железнице, летелице, бродове, робу у превозу, одговорност авиопревозника и одговорност бродара, као и кредите и гаранције када се уговарач осигурања професионално бави неком индустријском или комерцијалном делатношћу или неким од слободних занимања, под условом да се ризици односе на ту делатност; 2) класе осигурања копнених возила, пожара и елементарних непогода, осталу штету на имовини, одговорност из употребе моторних возила, општу одговорност и осталу финансијску штету, под условом да уговарач осигурања премашује најмање два од следећа три лимита: а) биланс стања 6,2 милиона евра; б) промет 12,8 милиона евра или в) просечан број запослених је 250. Дакле, велики ризици се одређују према природи ризика или врсти уговарача осигурања у вези са природом ризика.

4 ЗОО, чл. 900 ст. 2.

5 У нашој теорији има и другачијих мишљења, тј. оних који оспоравају потребу даљег задржавања полупринудних норми. В. Јован Славнић, „Предлог тема за јавну расправу о решењима која нису прихваћена у Преднацрту Грађанског зако-

*Такође, нишћаве су уговорне одредбе којима се одредбе зашћићићноћ карактера мењају на шћићићу ћоћићрошача. При шћом се не може одсћићућићић од законских одредаба на начин којим се шћанћира јавни ћоредак у обласћи осићурања, нишћић одсћићућања моћу бићићи на шћићићу осићуравача.*

За потребе расправе наводим решење Нацрта Општег Референтног оквира за за европско уговорно право осигурања. Овај документ садржи само принудне и диспозитивне норме. Из језичког тумачења највећег броја норми произлази да су оне принудног карактера. При том је за разумевање Нацрта кључно да се он примењује као целина, тј. да није дозвољено искључење ни једне његове одредбе из примене. Уговорно одступање од диспозитивних одредаба Нацрта начелно је могуће у два случаја (чл. 1: 103). Прво: одступање од диспозитивних норми Нацрта је допуштено ако то није на штету уговарача осигурања, осигураника или корисника права из осигурања. Друго: одступања су дозвољена ако су у корист уговорних страна, дакле осигуравача или уговарача осигурања, ако је испуњен један од два услова: професионална делатност уговарача осигурања или лимит повезан са његовим пословањем. Забрана уговорним странама да одступе од диспозитивних одредаба Нацрта постоји једино код осигурања која за предмет имају: болест, незгоду, трошкове правне заштите, помоћ у току путовања, осигурање живота, осигурање венчања и рођења и осигурање живота везано за инвестиционе фондове.

Најзад, за потребе унапређења права државе која још увек нема довољно развијено тржиште осигурања, нити развијену свест грађана о корисности овог института, предлажем да се размотри и немачки приступ. Немачки „патент“ је врло добар. Не ствара неизвесност, јер усваја критеријум јасног тумачења карактера законских норми. Принудне норме од којих се не може одступити налазе се јасно издвојене на крају сваког одељка, а од осталих норми се може одступити ако то није на штету осигураника. Критеријум одступања које није на штету осигураника потенцијално ствара мање проблемских ситуација у пракси од критеријума „у несумњивом интересу осигураника“ из нашег права.

## Одсек 2: Закључење уговора

### 1. Форма уговора

Према ЗОО, уговор о осигурању је формални уговор, с тим што је могуће да се у одређеним случајевима (нпр.: код тзв. масовних осигурања) процедура закључења уговора поједностави тј. да се уговор

ника Републике Србије у односу на уговор о осигурању“, *Ревизија за право осигурања*, бр. 1/2012, стр. 33.



закључи самим плаћањем премије, без потписивање полисе осигурања. У Преднацрту је предвиђено одступање од формалног карактера уговора, осим у случају осигурања лица и уговора који закључују лица која се у смислу позитивних прописа сматрају потрошачима услуга осигурања. Дакле, према Преднацрту писмена форма уговора о осигурању би се задржала код осигурања лица, односно код свих уговора о осигурању које закључује лице у својству потрошача, без обзира на то да ли су у питању животна или неживотна осигурања.

Сматрамо да предлог није добар и да може постати извор великих проблема у пракси. Ово зато што одређење потрошача услуга осигурања на основу општих прописа о заштити потрошача није примерено области осигурања. Уговор о осигурању као посве комплексан уговор, којим се прибавља финансијска услуга, представља непознаницу за већину уговарача осигурања. *Зашто је неопходно да се њојам њотрошача услуга осигурања одреди шире и да обухвати свакој уговарача осигурања, осигураника, корисника њрава и њређе ошћене лице које се осигурава од ризика који се не може њодвести њод њојам великих ризика.* Дакле, наш законодавац мора да коригује предлог и да прецизно и знатно екстензивније дефинише ко се сматра потрошачем услуга осигурања. Само у погледу прецизно дефинисаног потрошача услуга осигурања захтева се писмена форма уговора.

## 2. Обавезе осигуравача њре закључења уговора

Најзначајнију новину представља обавеза осигуравача да информише заинтересовану страну о одређеним подацима. Ова обавеза односи се на предуговорну фазу, али постоји и за време важења уговора. Према Преднацрту, пре закључења уговора о осигурању осигуравач је дужан да заинтересованој страни достави информације о: пословном имену и организационо-правном облику осигуравача; седишту друштва и пословне јединице која закључује уговор; општим условима осигурања, као и меродавном праву за уговор о осигурању; времену трајања уговора; правилима и условима када се може одустати од уговора; висини премије осигурања, начину плаћања, висини доприноса, пореза и других трошкова који се зарачунавају поред премије и укупном износу ових плаћања; року на који понуда везује понудиоца; телу које је надлежно за надзор над друштвом за осигурање (чл. 1169 ст. 1). Ако се закључује животна осигурање, уговорној страни се морају, поред наведених информација које се достављају у вези са уговорима који се закључују у свим врстама осигурања, саопштити као допунски следећи подаци о: основици и мерилима за улешће у добити; табелама откуп-

не вредности полисе; правима на капитализацију уговора о животном осигурању и правима из таквог осигурања; пореском систему који се односи на наведену врсту осигурања (ст 2). Код уговора о животном осигурању везаних за јединицу инвестиционих фондова друштво за осигурање дужно је пре закључења уговора о осигурању, уз остале податке, да уговорну страну писмено обавести о проспекту фонда, а нарочито о структури улагања (чл. 3). Информације се достављају у писменом облику, на прегледан и разумљив начин (ст. 4). Уколико осигуравач прекрши обавезу давања информација осигураник (уговарач осигурања) има право да писменим путем раскине уговор у року од месец дана од дана када је сазнао за неиспуњење ове обавезе осигуравача, а најкасније у року од годину дана после закључења уговора о осигурању. У том случају осигураник има право на накнаду штете коју је претрпео због раскида уговора (ст. 5).

Преднацрт ГЗ (а то је случај и са Нацртом ЗО) не имплементирају Директиву 87/344 о усклађивању закона, прописа и управних аката у области осигурања правне заштите. Према чл. 7 ове директиве, осигуравач мора, након закључења уговора о осигурању правне заштите обавестити осигураника о његовом праву да изабере адвоката, као и на могућност алтернативног решавања спора ако дође до сукоба интереса или неслагања у погледу решавања спора. Оваква одредба је морала бити унета у норму која регулише обавезу обавештавања.

Проблем је у томе што одредбу о дужности информисања садржи и Нацрт ЗО. Иако је ЗО статусни закон, писци Нацрта су у њега унели посебну главу посвећену *информисању уговарача осигурања*. Нацрт прави разлику између информисања пре и за време важења уговора и одређује садржај обавештења које се упућује уговарачу осигурања.<sup>6</sup> Дужност информисања је посебно уређена када је реч о животним осигурањима.

Сматрамо да је Нацрт ЗО непотребно оптерећен питањима која по вокацији нису део материје која се њиме регулише. Али, ако се пође од одредаба уводне главе – где се као један од циљева закона помиње заштита осигураника, уговарача осигурања, корисника осигурања и трећих оштећених лица – глава о обавези информисања се надовезује на ова правила. Писцима Нацрта ЗО је дефинитивно јасно колики је значај информационе парадигме за заштиту корисника услуга осигурања. Међутим, информисање као предуговорна и уговорна обавеза осигурања морало је бити регулисано у закону који уређује и остала уговорна питања права осигурања.

Ако се усвоји Нацрт ЗО са оваквом садржином, имаћемо врло незавидну ситуацију у погледу правног уређења дужности информисања.

6 Нацрт ЗО, чл. 82.

Обавеза информисања осигуравача од стране уговарача осигурања (тј. обавеза пријављивања околности од значаја за оцену ризика у смислу позитивног права) остаће уређена ЗОО. Обавеза информисања уговарача осигурања од стране осигуравача биће уређена ЗО (а након усвајања ГЗ и њиме), који је по вокацији статусни пропис. Њој свакако није место у том закону. Најзад, одредбе о информисању садржи и Закон о заштити потрошача,<sup>7</sup> тако да ће за потрошачки уговор о осигурању бити релевантне и те одредбе. Дакле, када се закључује потрошачки уговор о осигурању опсег и садржај обавезе информисања одређиваће се применом одредаба три (а у перспективи и 4) закона! Уместо овог компликованог начина, потрошачима услуга осигурања – а и судској пракси – се може олакшати ако се обавеза информисања и осигуравача и уговарача осигурања уреди на истом месту: у ГЗ!

Велики недостатак овог дела Преднацрта је неувођење дужности саветовања уговарача осигурања. У питању је дужност која се природно надовезује на дужност информисања. Једно је упозорити уговарача на елементе од којих зависи његова одлука и пружити му довољно материјала како би донео информисану одлуку, а нешто сасвим друго саветовати га! Обавеза информисања може остварити циљну функцију тек ако се на њу надовеже *обавеза саветовања* уговарача осигурања као слабије уговорне стране. Притом, желим да укажем да овим наш законодавац не прави превелику грешку са становишта хармонизације нашег права са правом ЕУ, јер ни Директива о посредовању у осигурању не предвиђа дужност саветовања на страни осигуравача. Према одредбама ове директиве, дужност саветовања има само посредник осигурања. То доводи до врло неповољне ситуације, јер постоји разлика између уговарача осигурања који услугу осигурања директно прибавља од осигуравача (који није дужан да га саветује) и уговарача осигурања који је ангажовао посредника (који је дужан да га саветује). За овакво разликовање не постоји оправдање, те је стога немачки законодавац решио да прошири дужност саветовања и да њоме обиухвати и осигуравача. Дакле, предлагем да се искористи немачки Закон о уговору о осигурању као модел и да се дужност саветовања регулише тако да обавезује и осигуравача. Норма би требало да гласи: „осигуравач треба да се према околностима конкретнег случаја распита о жељама и потребама уговарача осигурања, да га саветује, дат савет образложи, као и да испитивање, саветовање и образложење документује“. Дакле, саветовање у ширем смислу може се разложити на три уже дужности: 1) дужност испитивања (осигуравач треба да испита личну ситуацију уговарача осигурања: да се упозна са жељама и потребама осигураника, као и да се распита о материјалној ситуацији уговарача осигурања и његовим финансијским приликама);

<sup>7</sup> Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014 (даље: ЗЗП), чл. 13.

2) саветовање у ужем смислу (давање конкретног савета уговарачу осигурања, тј. избор покрића које је за њега најповољније) и 3) дужност документовања (осигуравач треба да саопштене жеље и потребе уговарача осигурања, као и пружени савет са разлозима за то документује).

### 3. Полиса осигурања и листи покрића

Обавезе осигуравача у вези са издавањем полисе и њеним садржајем регулисане су детаљније у односу на позитивно право. Најпре је наглашено да је осигуравач у обавези да о закљученом уговору о осигурању без одлагања уговорној страни преда уредно састављену и потписану полису осигурања или неку другу исправу (лист покрића и др.). Сматрам да је овај став могао бити боље формулисан. Обавеза предаје уредно састављене полисе или друге исправе постоји према другој уговорној страни и то је требало јасно рећи. Чак и када полиса није битна форма уговора осигурању, осигуравач је дужан да је без одлагања преда уговарачу, независно од тога да ли је уговарач то захтевао.

Садржај полисе је у складу са решењима из европских директива знатно проширен битним елементима, с тим да се посебно прописује садржај полисе животног осигурања. Додатни елементи полисе које садрже права држава чланица ЕУ су уведени у циљу омогућавања остваривања права осигураника као слабије стране и повезани су са прекограничном слободом продаје услуга осигурања.

У поређењу са упоредним правом, као обавезни садржај полисе требало је предвидети и: моменат од када покриће почиње да делује и до када делује; ако је у уговор унета клаузула о прећутном продужењу, полиса треба да садржи напомену о условима прећутног продужења (кључно је да полиса обавезно указује на то да уговор не може бити прећутно продужен на више од годину дана!); услове и начин пријаве настанка осигураног случаја; рок у коме ће осигуранику бити исплаћена накнада из осигурања; рок застарелости, итд.

Сматрамо да је у Преднацрт требало унети одредбу о томе да одређене клаузуле – које се по мишљењу и теорије и праксе осигурања – сматрају нарочито опасним за осигураника треба да буду представљене на врло јасан начин. *Реч у принципима о четири клаузуле: о нишавосици, о застарелости, о искљученим иштетама и о израјању уговора.* Оне и визуелно тј. техником штампања треба да буду издвојене од осталих клаузула. За разлику од свих осталих клаузула полисе (које треба да буду јасне и уопште у складу са захтевом транспарентности), клаузуле које су за дејство осигурања најважније морају бити врло јасне (тј. наглашене). Овакав ефекат се може постићи ако се усвоји предлог из члана

који уређује упознавање осигураника са општим и посебним условима осигурања, као и предају истих осигуранику. У њему стоји да ако осигуравач не изврши ову обавезу сматраће се да је уговор закључен на основу састојака полисе, без искључења или ограничења покрића које садрже услови осигурања, ако осигураник за њих није знао нити је као савесно лице могао знати.

Дакле, према ономе што пише у Преднацрту и у нашем праву клаузуле које се односе на ништавост, губитак права или искључења покрића биће пуноважне само ако су видљиво одштампане у полиси. Сматрамо да ово решење може донети велики напредак индустрији осигурања у виду превасходне заштите корисника права, али и избегавања спорова у вези са суштинским питањима деловања осигурања.

Лист покрића има две функције: он је доказ да је уговор закључен или доказ о привременом покрићу. Једно од питања у вези са листом покрића је да ли треба да садржи све битне елементе уговора. С обзиром на предложену измену, тј. да лист покрића неће бити само форма закљученог уговора, који почиње да производи дејство од његовог издавања, већ и исправа која констатује привремени споразум о покрићу, сматрамо да лист покрића у другом случају не мора да садржи исте елементе као полиса.

#### *4. Ојштии и йосебни услови осииурања*

Прописивање обавезне садржине општих и посебних услова осигурања који чине уговор и који се предају осигуранику у тренутку његовог закључења је инструмент заштите потрошача услуга осигурања. Преднацрт регулише следећа питања: обавезна садржина општих услова осигурања, упознавање осигураника са њима и њихова предаја осигуранику, санкција у случају неиспуњења обавезе предаје општих услова, измене општих услова осигурања и премијског система. Осим што садржи низ недовољно јасних формулација, сматрамо да је одредба о садржини ОУО сувишна. Нерационално је и непотребно истовремено прописивање обавезне садржине општих услова осигурања и обавезне садржине полисе. На то нас наводи упоредноправно искуство. Довољно је прописати обавезне елементе садржине полисе.

Посебно смо против одредбе која каже да надлежни орган који врши контролу делатности осигурања може да прошири или смањи број обавезних састојака које општи и посебни услови треба да садрже, зависно од врсте осигурања и својства уговорних страна. Контрола општих услова осигурања од стране надзорног тела одавно представља прошлост у правима држава чланица ЕУ.

Што се тиче обавезе упознавања осигураника са општим условима осигурања и предаје осигуранику, ЗОО не предвиђа санкцију за кршење ове обавезе, што је погодовало настанку неуједначене судске праксе. Преднацрт ГЗ садржи нови члан у коме уређује обавезу упознавања уговарача осигурања са општим и посебним условима осигурања. Кључна је санкција за случај неиспуњења ове обавезе осигуравача. *Тада се сматра да је уговор о осигурању закључен на основу сасијојака садржаних у полиси, без искључења или ограничења покрића које садрже услови осигурања, ако осигураник за њих није знао нишпи је као савесно лице могао знашпи.* Нацрт општег референтног оквира предвиђа да је терет доказивања да је уговарач осигурања примио исправе које је осигуравач имао обавезу да му преда на осигуравачу. Иако су сва поменута решења у функцији заштите потрошача услуга осигурања, залажем се за преузимање решења француског права по коме је неопходно видљиво одштампати у полиси *клаузуле које предвиђају нишпиавосш, губиштак права и искључења покрића.* Овакво решење искључује потребу доказивања да су општи услови предати осигуранику и знатно поједностављује функционисање осигурања.

##### 5. Уговори између одсушних лица

Овим уговорима посвећена су два члана. Једним се регулише обавеза информисања осигураника, а другим његово право на одустанак од ових уговора. Ово право је, по мом мишљењу, преуско дефинисано и врло ограниченог домета. У европским прописима право на одустанак од уговора о осигурању није ограничено само на дистанционе, већ се примера ради једнако примењује и на тзв. недистанционе уговоре закључене изван пословних просторија. Осим тога, писци Преднацрта као да нису потпуно сигурни који је термин исправнији за означавање института који уводе у наше право, а који се у директивама из домена заштите потрошача означава као одустанак од уговора. Док се у чл. 1177 већ из наслова види да су се определили за страни термин одустанак, у чл. 1176 говори се о праву да се уговор раскине без образложења и пена, а то се понавља и у варијанти број 2 чл. 1177. Против сам усвајања термина који представљају „чист“ превод страних термина и око чије правне квалификације ћемо извесно имати пуне руке посла. Директиве користе термин „*right of withdrawal*“, што дословно значи право на повлачење из уговора или право на одустанак. Такав институт није познат нашем правном систему. Слична ситуација је и у Хрватској, где су овај институт назвали „једнострани раскид уговора“.

Преднацрт предвиђа дејства одустанка на плаћене премије и исплаћене накнаде из осигурања на начин који није усклађен са европ-

ским стандардима заштите потрошача. Велики недостатак Преднацрта је изостанак одредбе о обавези осигуравача да осигуранику, односно уговарачу осигурања потрошачу пре него што се обавезе дистанционим уговором достави информације о накнади штете. Реч је о следећим информацијама: о могућности регреса осигуравача према осигуранику и начину његовог остварења, о постојању гарантног фонда или другог облика исплате накнаде из осигурања коју није платио осигуравач.

Правне последице вршења права на одустанак од уговора о осигурању уређене су на прилично нејасан начин. Према првој варијанти, осигуравач је у обавези да, без непотребног одлагања, а најкасније у року од месец дана после одустанка од уговора о осигурању врати уговарачу осигурања плаћене премије умањене за исплаћене накнаде из осигурања, а осигураник има обавезу да у истом року врати осигуравачу све накнаде које су плаћене, а које прелазе износ плаћене премије. Ако се усвоји ова формулација, осигуравачи неће знати шта је њихова, а шта обавеза уговарача који је одустао од закљученог уговора. Друга варијанта је умеренија и по њој уговарач осигурања који жели да раскине уговор (дакле, не да одустане) у обавези је да плати премију до тренутка раскида, а не за цео текући период трајања осигурања у коме је тражен раскид.

## *6. Заступници осигурања*

Претпостављени законски делокруг заступника осигурања из ЗОО (закључење уговора о осигурању у име и за рачун осигуравача, уговарање измена или продужења уговора, издавање полиса, наплата премија и пријем изјава упућених осигуравачу) преузима и Преднацрт ГЗ (чл. 1181). Решење није добро. У односу на ЗОО, претпостављени круг овлашћења заступника осигурања требало би проширити и обухватити и: овлашћење на упућивање изјава о отказу и раскиду уговора, пасивну легитимацију за обавезе које су за осигуравача настале радњама заступника у вези са заступањем (ово је било предвиђено у Скици за Законик о облигацијама и уговорима, чл. 883 ст. 2). Такође, требало би преузети одредбу из Скице о одступању од општих услова осигурања и тарифа премија (Одредбе уговора о осигурању закљученог од стране заступника осигуравача које нису у сагласности са општим условима осигурања и тарифом премија ништаве су, изузев ако их осигуравач накнадно одобри у року од 30 дана од закљученог уговора, и под условом да уговарач осигурања није у истом року тражио њихово поништење, чл. 883 ст. 3). У Преднацрт би морала бити унета одредба о одговорности осигуравача за радње заступника: осигуравач одговара за радње заступника према уговарачу осигурања као за сопствене радње.

Да ствар буде компликованија, Нацрт ЗО садржи *дефиницију по- слова заснуйања у осигурању*. То су: послови покретања, предлагања или обављања послова припреме и закључивања уговора о осигурању у име и за рачун друштва за осигурање.<sup>8</sup> Не улазећи у то колико је дефиниција добра, изражавамо велику резерву према овој солуцији. Ово, а исто важи и за дефиницију послова посредовања у осигурању, је показатељ недовољног познавања разлика између уговорне и статусне материје.

### Одсек 3: Обавезе осигураника, односно уговарача осигурања

#### 1. Пријављивање околности од значаја за оцену ризика

Преузимање норме ЗОО представља један од најлошијих чланова у делу који се односи на уговор о осигурању. Овако дефинисана дужност пријављивања је прешироко постављена и по последицама је потенцијално штетна по осигураника. Прва примедба се односи на то да уговарач осигурања не може сигурно знати које околности су значајне за ризик, а које нису. Он је нестручњак за осигурање и у овој ствари оправдано очекује помоћ осигуравача. Улога осигуравача је да му олакша процену постављањем питања, на које он треба комплетно и што тачније да одговори.

Нацрт општег референтног оквира за уговорно право осигурања може се искористити као модел за Преднацрт ГЗ. Обавеза пријављивања је у Нацрту проширена на све чињенице од значаја за закључење уговора, за разлику од нашег права где се ова обавеза односи на „околности од значаја за оцену ризика“. Међутим, она је у односу на позитивно право сужена, јер се односи само на јасна и прецизна питања осигуравача. Нацрт, дакле, „преваљује“ терет одговорног избора релевантних информација на осигуравача, који је стручњак за осигурање. Осим тога, осигуравач не може да се користи правима у вези са кршењем дужности пријављивања у следећим ситуацијама: 1) када понудилац није одговорио на питања или је дао одговор који је непотпун или нетачан; 2) информација која је требало да се пријави или је дата нетачна информација која није била битна за одлуку осигуравача да уопште закључи уговор или да то учини према уговореним условима; 3) информација помоћу које је осигуравач навео уговарача да верује да информацију није требало пријавити и 4) информација са којом је осигуравач био или морао бити упознат.

Што се тиче обавештавања о околностима које се према закону којим се уређује заштита података о личности односно на тајне податке, сматрамо да је прва алтернатива боља. Осигуравачу се, наиме, не могу ускратити подаци који се сматрају тајним ако су од значаја за оцену

8 Нацрт ЗО, чл. 97 ст. 1.



ризика. Овакав став се уклапа и са решењем будућег статусног закона. Наиме, Нацрт ЗО уређује чување поверљивих података од стране друштва за осигурање.<sup>9</sup> Поверљивим се сматрају подаци, чињенице и околности које друштво за осигурање сазна у пословању са осигураником, односно другим корисником права из осигурања. Нацрт ЗО, такође, регулише забрану саопштавања поменутих података, као и забрану коришћења или омогућавања трећим лицима да их користе, и изузетке од обавезе чувања поверљивих података. Обавеза чувања ових података није везана само за својство осигураника, односно корисника права из осигурања. Она се протеже и на период након престанка односа осигурања. Поверљиви подаци могу се користити искључиво за намене за које су прикупљени.

## 2. Последице неуплаћања премије

Против сам задржавања норме из ЗОО која је преузета у чл. 1188 Преднацрта. Она је противна интересима потрошача услуга осигурања.

У Преднацрту се предлаже увођење института суспензије уговора због неплаћања премије осигурања. Ово је алтернатива претходно описаном систему и састоји се у томе да у случају неплаћања премије најпре долази до обуставе уговора, а тек касније и до раскида.<sup>10</sup> Наиме, према предлогу из Преднацрта, ако премија не буде плаћена о доспелости, дејство осигурања обуставља се по самом праву по протеклу месец дана од доспелости. Уговарач осигурања је остављен додатни рок, који не може бити краћи од месец дана, да након позива осигураваача, који му мора бити достављен препорученим писмом, плати доспелу премију о року одређеном у том писму, или да то учини неко друго заинтересовано лице. Ако се премија не плати у додатном року, осигураваач може тражити, осим у случају осигурања живота, њену исплату судским путем или раскинути уговор. Осигураваач има право да раскине уговор у контексту неплаћања премије само ако је у писму уговарачу указано на датум када је био дужан да плати премију и ако је у истом писму упозорен да уговор може бити раскинут ако он не достави дужну премију у остављеном року. Ако уговарач осигурања плати премију на начин претходно описан, осигурање поново важи за убудуће наредног дана по исплати задоцнеле премије.<sup>11</sup> Сматрам да је ова алтернатива важећем систему вредна размишљања.

9 Нацрт, чл. 175.

10 Институт суспензије није потпуно стран нашем праву, његова примена је била предвиђена у Скици за Законик о облигацијама и уговорима проф. Константиновића.

11 Преднацрт ГЗ, чл. 1188а ст. 4. На крају, желимо да изразимо чуђење у погледу формулација које срећемо у цитираном члану. Од архаичних термина до прилично

### 3. Повећање и смањење ризика

Осигураникова дужност информисања је континуираног карактера, не завршава се закључењем уговора. Ако у току његовог важења дође до повећања или смањења ризика осигурања, дужност информисања се активира. Ако дође до смањења ризика осигураник има обавезу да о томе обавести осигуравача и да захтева измену или раскид уговора. Осигуранику по природи ствари више одговара прва опција, јер она значи задржавање осигуравајуће заштите. Измена уговора у контексту смањења ризика повлачи за собом смањење премије од дана када је саопштење о томе упућено осигуравачу. Ако осигуравач на то не пристаје, осигураник има право на раскид уговора.<sup>12</sup> Сматрамо да ова одредба заслужује најмање две интервенције: 1) напомену о томе да се ради о смањењу ризика због кога би осигуравач закључио уговор по нижој премији и 2) одредити рок у току кога осигуравач треба да се изјасни о томе да ли пристаје на измену уговора. Ово је кључни елемент заштите потрошача осигурања. Док чека да се осигуравач изјасни о томе да ли пристаје на измене уговора, осигураник је у неизвесности! Тај рок мора бити што краћи. *Реулајива љрава осигураника у случају смањења ризика мора да буде љандан љравима осигуравача у случају љоршања ризика*. Законодавац мора да обезбеди очување уговорне равнотеже права осигуравача и потрошача услуга осигурања у упоредивим ситуацијама.

Што се тиче повећања ризика и обавештавања осигуравача о томе, основно питање је како потрошач услуга осигурања може знати да ли је нека околност таква да повећава ризик. Стога овде упућујем на критику решења које се односи на дужност пријављивања. Осигуранику потрошачу, све и да се потруди, неће бити лако да направи разлику између оних околности које треба да пријави осигуравачу (оних које су значајне за повећање ризика) и осталих измењених околности (које утичу на ризик, али га не повећавају!). Што се тиче правних последица пријављеног повећања ризика, осигуравач има право на раскид уговора ако је повећање такво да уговор уопште не би закључио. ЗОО ништа не каже о правним последицама раскида, тако да се примењују општа правила. Сматрам да је ово једна од тачака коју треба мењати ако се жели повећати степен заштите потрошача. Посебно је корисно да се изричито уреди раскидни рок. Осигураник који је потрошач може имати недоумице у вези са правном судбином осигуравајуће заштите након пријаве повећања ризика.

---

нечитког језика цео члан је сачињен тако да збуни и створи проблеме у практичној примени. Примера ради, у последњем ставу се каже „оно добија поново своје дејство за будуће“. Као да се ради о преводу са страног језика у који писци Преднацрта нису сигурни да ли добро звучи!

12 Пристанак осигуравача на измену уговора мора бити изричит.

#### 4. Прећућно продужење уговора

Један од начина на који се испољава заштита потрошача је поједностављење раскида уговора који садрже клаузулу о прећућном продужењу. Не спорећи економичност клаузуле о прећућном продужењу уговора, француски ЗЗП прописује да код уговора о неживотном осигурању, који се закључују изван професионалних активности и који садрже ову клаузулу, професионалац мора да информисе потрошача писмено, најраније три месеца, а најкасније месец дана пре истека рока на који је закључен, о могућности да се уговор не продужи. У случају неиспуњења дужности информисања, потрошач може окончати уговор у сваком тренутку рачунајући од дана када је уговор продужен, као да се ради о уговору закљученом на неодређено време.

Правило о прећућном продужењу уговора је у Преднацрту модификовано у складу са упоредноправним тенденцијама. Из разлога заштите потрошача услуга осигурања прописано је да рок на који се уговор прећућно продужава не може бити дужи од годину дана. Странама је, при том, признато право да тај рок скрате. Ради веће заштите потрошача услуга осигурања у вези са коришћењем клаузуле о прећућном продужењу уговора, кључно је да се у полису унесе напомена о овоме. Преднацрт наглашава да је код уговора о осигурању физичких лица ван оквира њихове професионалне делатности осигуравач у обавези да обавести осигураника најмање 15 дана пре истека рока трајања уговора о продужењу истог и остави му рок од 20 дана од дана слања обавештења у коме може да одустане од продужења уговора, а ако то не учини, осигураник може да одустане од продужења уговора у свако доба. Такође је значајно што Преднацрт изричито помиње континуитет покрића. Уговор који је прећућно продужен не сматра се новим уговором, већ наставља да производи дејство под истим условима као и првобитно закључен. Одредбе о прећућном продужењу уговора не примењују се за осигурање живота.

#### Одсек 5: Трајање осигурања

Одредбе ЗОО о трајању осигурања код осигурања закључених на неодређено време и осигурања закључених на одређено време нису пример потрошачки усмереног законодавства.<sup>13</sup> Ово зато што није у складу са заштитом потрошача да уговор о осигурању буде закључен на тако дуг период, и да може бити раскинут тек након истека рока од пет година. Осигуравач и уговарач осигурања треба да имају право да

13 ЗОО, чл. 922.

откажу уговор на крају сваког једногодишњег периода осигурања или да у закону буде одређено да трајање уговора износи годину дана, а да уговорне стране могу уговорити и дужи период, ако то налаже природа ризика. Истеком рока од годину дана уговор се може продужити, с тим да стране могу суспендовати продужење изјавом која садржи обавештење о томе упућено другој страни. Изузетак би постојао само за осигурање великих ризика.

Преднацрт одступа од правила о трајању вишегодишњих уговора о осигурању увођењем два алтернативна правила. Према једном, уговорним странама се даје право да под одређеним условима раскину вишегодишњи уговор након истека рока од три године. Према другом – модернијем правилу, право раскида везује се за истек сваког једногодишњег периода. При том се појам вишегодишња осигурања везује за рок дужи од године дана, што је такође у складу са заштитом потрошача, а право на отказ уговора по истеку сваке године трајања осигурања мора бити назначено у полиси осигурања. Наравно, има осигурања чијој природи не одговара овако конципирано право на раскид, тако да се уговорним странама допушта одступање од ових правила. То је случај са осигурањем живота, индивидуалним уговорима о здравственом осигурању и уговорима које закључују правна лица у оквиру своје професионалне делатности. Сматрамо да је за заштиту потрошача услуга осигурања друго правило значајније. Оно се уклапа са решењима из упоредног права.<sup>14</sup>

Позитивно право Француске данас признаје право осигуранику да, након истека рока од годину дана, раскине уговор.<sup>15</sup> Исто право има и осигуравач. О томе колико је значајно ово право говори чињеница да осигуранику мора да се укаже на њега у полиси осигурања. Заштита друге уговорне стране захтева да се законом пропише процедура раскида, како би друга страна била о томе информисана на недвосмислен начин.

---

14 У француском праву је предвиђено да свака уговорна страна може једнострано да откаже уговор без навођења разлога сваке године, ако је уговор закључен на период дужи од годину дана. Отказ се упућује другој уговорној страни препорученим писмом најкасније два месеца пре истека једногодишњег периода осигурања. Право на отказ мора да се наведе у полиси осигурања.

15 Ово право не постоји код осигурања живота. Постоји могућност да се уговором измени законски режим вршења права на раскид уговора код осигурања предузећа. Тада уговором мора да се прецизира у ком року се ово право врши, колики је отказни рок, итд. В.: Yvonne Lambert-Faivre, Laurent Leveneur, *Droit des assurances*, стр. 226.

## Одељак 2: Осигурање имовине

Норма која регулише надосигурање у позитивном праву Србије (чл. 933 ЗОО) је пример непримерене заштите интереса осигуравача. Њему се признаје право да задржи премије као да надосигурање и даље постоји, све до истека текућег периода осигурања. Управо податак савесности уговарача осигурања, нестручњака и непознаваоца осигурања, оправдава потпуно другачији приступ. Стога су у Преднацрту другачије регулисане последице савесно закљученог надосигурања. Заштита потрошача услуга осигурања налаже да се сума осигурања смањи од дана када је затражено снижење, а од истог дана смањује се и износ премије на износ који одговара сниженој суми осигурања.

Поред настанка штетног догађаја као осигураног случаја, Преднацрт алтернативно предвиђа и увођење система подизања одштетног захтева као осигураног случаја. С обзиром на обележја другог система, а понајвише због губитка осигуравајуће заштите и пре застарелости тужбе из грађанскоправне одговорности према осигуранику ако се захтев не поднесе у тачно одређеном року, он не треба да се примењује на потрошачке уговоре о осигурању. Дакле, сматрамо да ова могућност може да буде од користи за одређена осигурања (она где осигуравач није спреман да прими у покриће догађаје чије последице могу да се манифестују и неограничено дуго после проузроковања штете), али није прилагођена потребама осигураника потрошача услуга осигурања.

## Закључак

У Преднацрт Грађанског законика Србије унета су измене у регулисању уговора о осигурању, које се могу оценити значајним за унапређење заштите потрошача услуга осигурања у нашем праву. Међутим, бројна питања су остала нерешена или су задржана решења из ЗОО, што представља велико ограничење ефикасне заштите потрошача услуга осигурања у нашем будућем праву. Сматрам да горе наведене примедбе могу допринети квалитету расправе и бити од помоћи Комисији приликом разматрања алтернативних решења.

## 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*, 3<sup>rd</sup> edition, London, 2004, стр. 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

*Пример:* Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о сјечајном уопштујуку*, Београд, 2006, стр. 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 2001, стр. 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

*Пример:* Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, стр. 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, стр. 55.

- г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. дело* курзивом, потом стр. и број стране.

*Пример:* М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 102.

R. Goode, *нав. дело*, стр. 431.

- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се наводи пун наслов књиге курзивом, потом стр. и број стране.

*Пример:* Н. Јовановић, *Емисија вредносних папира*, стр. 107.

## 2. Чланци

- а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, скраћеница стр., број стране.

*Пример:* Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, стр. 535.

- б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

*Пример:* Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, стр. 307.



- в) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. чланак* курзивом, потом стр. и број стране.

*Пример:* В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 164.

- г) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, отворени наводници, пун наслов чланка, затворени наводници, потом стр. и број стране.

*Пример:* В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, стр. 184.

- д) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, ознака „у:“, име уредника, презиме уредника, назив зборника радова, односно књиге, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница „стр.“, број стране.

*Пример:* Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 307.

### 3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, отворена заграда, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

*Пример:* Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после броја гласила и године објављивања наводи скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

*Пример:* Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005; даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 3 ст. 1.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

*Пример:* чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

*Пример:* Закон о привредним друштвима, чл. 7.  
ЗРПС, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курсивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

*Пример:* немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

- ђ) Прописи Европске уније се цитирају на начин прописан Приручником за превођење правних аката Европске уније из 2009. године, који је доступан на сајту Канцеларије Владе Републике Србије за европске интеграције ([www.seio.gov.rs](http://www.seio.gov.rs)).

#### 4. Извори са Интернета

- а) Извори са Интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, ознака „доступно на адреси:“, адреса Интернет странице курсивом, датум приступа страници, евентуално скраћеница „стр.“ и број стране.

*Пример:* Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/financial-markets/docs/clearing/first\\_giovannini\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf), 21.10.2008, стр. 18.

- б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив

---

организације која је припреmila текст, и назив текста, а евентуално и скраћеница „стр.“ и број стране.

*Пример:* Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, стр. 6.



**УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ**

**И**

**ЧАСОПИС „ПРАВО И ПРИВРЕДА“**

**организују Двадесетчетврти сусрет  
правника у привреди Србије  
са уобичајеним тематским областима**

**Време: 19–21. мај 2015. године**

**Место: Врњачка Бања – конгресни центар хотела „ЗВЕЗДА“**

**Уредник Сусрета: проф. др Мирко Васиљевић**

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343



## ЧЛАНЦИ:

*Слободанка Ковачевић-Перић, Горан Обрадовић*

Легитимност новчане казне као дисциплинске санкције

*Славко Ђорђевић*

Споразумни избор меродавног права (аутономија воље странака)  
за стварна права на покретним стварима

*Јован Вујић*

Који облици нематеријалне штете су правно релевантни према Закону  
о заштити потрошача и Упутству 90/314 о пакет аранжманима?

*Иван Годоровић*

Одговорност за правне недостатке при продаји стечајног дужника  
као правног лица

*Наташа Цветићанин*

Прав(н)и значај и место добровољне ликвидације у систему престанка  
привредних друштава

*Јована Величковић*

Оставка директора привредног друштва (правна природа и услови  
за престанак функције)

*Маша Мишковић*

Временски оквир за спровођење поступка у Закону о парничном  
поступку из 2011.

---

### Претплата за 2015. 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“