

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА  
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

Београд  
Година LIII

Број  
4-6  

---

---

2015

UDK 347.7  
ISSN 0354-3501



Sprovedeno od strane:

**giz** Deutsche Gesellschaft  
für Internationale  
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Program  
za pravne i  
pravosudne  
reformе  
[www.pravnareforma.rs](http://www.pravnareforma.rs)





**Главни и одговорни уредник**

Мирко Васиљевић

**Заменици главног и одговорног уредника**

Небојша Јовановић

Мирослав Пауновић

**Уредник**

Вук Радовић

**Редакција**

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

**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)

**Секретар**

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



**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)

**Секретар**

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 LIII

Број  
4-6  

---

---

2015





## САДРЖАЈ

### ОСНОВНА ТЕМА

*Мирко* **ВАСИЉЕВИЋ**

Привреда и нови Грађански законик Србије..... 13

### КОДИФИКАЦИЈА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

*Кристиа* **ЈЕСЕЛ-ХОЛСТ**

Нове кодификације грађанског права у неким државама  
чланицама ЕУ као могући модели за регион Западног  
Балкана..... 34

*Небојша* **ЈОВАНОВИЋ**

„Прелетом“ преко главних слабости Преднацрта Грађанског  
законика у облигационим односима ..... 48

*Јагранка* **ДАБОВИЋ-АНАСТАСОВСКА, Горан КОЕВСКИ,**

*Ненад* **ГАВРИЛОВИЋ**

Именоване и неименоване уговорне облигације у пројекту  
грађанске кодификације Републике Македоније ..... 76

*Јован* **ЋИРИЋ**

Да ли се живот може кодификовати? – Поводом доношења  
Грађанског законика Србије ..... 94

## ОБЛИГАЦИОНИ ОДНОСИ – ОПШТИ ДЕО

### **Зоран ИСАИЛОВИЋ**

Институт застарелости у пореском и грађанском праву . . . . . 108

### **Илија БАБИЋ**

Облици правних послова . . . . . 122

### **Кайарина ДОЛОВИЋ, Снежана ДАБИЋ**

Могућност вансудског поништења уговора у српском праву . . . . . 139

### **Бранка БАБОВИЋ**

Захтев да се уклони опасност од штете – процесни аспекти . . . . . 154

### **Срђан СТОЈИЛКОВИЋ**

Вансудски поступак намирења хипотеке у новом Грађанском закону Србије . . . . . 168

### **Александра ВИШЕКРУНА**

Право правног лица на накнаду нематеријалне штете . . . . . 182

### **Маша МИШКОВИЋ**

Ослобођење од уговорне одговорности . . . . . 197

## ПРИВРЕДНИ УГОВОРИ

### **Марко РАЈЧЕВИЋ**

Моменат и услови стицања права на посредничку накнаду . . . 217

### **Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ**

О месту *aliud*-а у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије . . . . . 231

### **Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ, Свешислав В. КОСТИЋ**

Опорезивање промета код уговора о заједничкој изградњи и уговора о грађењу . . . . . 249

### **Александар ЋИРИЋ**

Аутономни међународни трговински правни поредак и нови Грађански законик Србије . . . . . 264

<b>Иванка СПАСИЋ</b>	
Лизинг уговор у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије .....	284
<b>Јелена ПЕРОВИЋ</b>	
Формулисање раскидне клаузуле у међународним привредним уговорима .....	303
<b>Тамара МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ</b>	
Због чега и како је потребно регулисати уговор о франшизингу у Србији? .....	320
<b>Драјан ВУЈИСИЋ</b>	
У сусрет новој Директиви о „путним“ аранжманима. ....	343
<b>Вук РАДОВИЋ</b>	
Посреднички уговор о путовању .....	362
<b>Душан В. ПОПОВИЋ</b>	
Уговор о лиценци – прилог јавној расправи о Преднацрту Грађанског законика Републике Србије. ....	393
<b>Кашарина А. ЈОВИЧИЋ</b>	
Правила за раскид уговора о продаји у нацрту Грађанског законика Републике Србије и Закону о заштити потрошача – сличности и разлике .....	412
<b>Мирјана РАДОВИЋ</b>	
Стицање права на провизију код уговора о трговинском заступању. ....	425
<b>Сандра ФИШЕР ШОБОТ</b>	
Одговорност продавца за правне недостатке у праву међународне и домаће продаје. ....	456
<b>Јасмина ВУКОТИЋ</b>	
Правне карактеристике уговора о форфетингу .....	472
<b>Борко МИХАЈЛОВИЋ</b>	
Има ли места потрошачким уговорима у новом Грађанском законикау Србије? .....	486
<b>Светислав ЈАНКОВИЋ</b>	
Превозиоачево законско заложно право и нови Грађански законик Републике Србије .....	503

**Марко РАДОВИЋ**

Потраживања на основу испоручене електричне и топлотне енергије. .... 519

**Драјан БОСАНКИЋ**

Међународне лизинг трансакције структуриране са циљем генерисања пореских уштеда. .... 542

**Владимир БОРОВАЦ**

Контрола квалитета као услов за пуноважност уговора о лиценци жига. .... 560

**Свјетлана ИВАНОВИЋ**

Ауторски хонорар у издавачком уговору. .... 573

**ПРАВО ОСИГУРАЊА**

**Владимир ЧЛОВИЋ**

Застарелост захтева за накнаду штете код уговора о осигурању од одговорности. .... 590

**Најаша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ**

Заштита осигураника појединца и Преднацрт Грађанског законика Србије – Колико смо далеко од европског нивоа заштите потрошача услуга осигурања? – .... 605

**Слободан ИЛИЈИЋ**

Правна правила добре праксе ОЕЦД-а у поступку пријављивања штете у осигурању. .... 628

**Данијела ГЛУШАЦ**

Заступници у новом Закону о осигурању. .... 643

**Милена ВРАНЧИЋ**

Уговор о осигурању у Преднацрту Грађанског законика Србије у светлу хармонизације уговорног права осигурања у Европској унији. .... 659

**Милош РАДОВАНОВИЋ**

Регресно право Гарантног фонда према штетнику по Закону о облигационим односима и Грађанском закону. .... 673

## **БАНКАРСКИ ПОСЛОВИ**

### ***Татијана ЈОВАНИЋ, Бранко ПЕТРОВИЋ***

Српски оквирни уговор о реоткупу хартија од вредности  
(репо) ..... 691

### ***Зоран ВАСИЉЕВИЋ***

Доцња корисника са отплатом кредита. .... 710

### ***Марија ВИЋИЋ***

Регулатива општих услова пословања банака у Преднацрту  
Грађанског законика ..... 732

## **ПРАВО ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА И УГОВОР О ОРТАКЛУКУ**

### ***Зоран АРСИЋ***

Уговори о гласању акционара и преднацрт Грађанског  
законика Републике Србије ..... 749

### ***Љубиша ДАБИЋ***

Пословођење ортаклуком и његово заступање (управљање  
ортаклуком) ..... 762

### ***Томица ДЕЛИБАШИЋ***

Грађански ортаклук у светлу правне традиције  
и савремених законских решења. .... 784

### ***Стефан ЈОВИЧИЋ***

Уговори акционара – облигационоправни  
и компанијскоправни аспекти ..... 798

## **УГОВОР О РАДУ**

### ***Љубинка КОВАЧЕВИЋ***

Правне последице упућивања понуде за измену елемената  
уговора о раду, са посебним освртом на премештај  
запосленог ..... 823

### ***Велисав МАРКОВИЋ***

Правне последице незаконитог отказа уговора о раду. .... 852

**УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ** ..... 869

## TABLE OF CONTENTS

### MAIN TOPIC

*Mirko VASILJEVIĆ*

Economy and New Serbian Civil Code ..... 13

### CIVIL LAW CODIFICATION

*Christa JESSEL-HOLST*

Recent Civil Law Codifications in some EU Member States  
as possible Models for the West Balkan Region..... 34

*Nebojša JOVANOVIĆ*

An “Over-Flight” through the Main Weaknesses of the Civil  
Code Pre-Draft with regard to Obligations..... 48

*Jadranka DABOVIĆ-ANASTASOVSKA, Goran KOEVSKI,  
Nenad GAVRILOVIĆ*

Nominate and Innominate Contractual Obligations in the Civil  
Law Codification Project of the Republic of Macedonia ..... 76

*Jovan ĆIRIĆ*

Could the Life be Codified – On the Occasion of Adoption  
of the Serbian Civil Code..... 94



## OBLIGATIONAL RELATIONSHIPS – GENERAL PART

### **Zoran ISAILOVIĆ**

Institute of Obsolescence in Tax and Civil Law ..... 108

### **Ilija BABIĆ**

Different Forms of Legal Affairs ..... 122

### **Katarina DOLOVIĆ, Snežana DABIĆ**

Legal Opportunity for Extrajudicial Avoidance of Contract  
According to Law on Obligations and Draft of Civil Code ..... 139

### **Branka BABOVIĆ**

Request to Eliminate a Danger of Damage – Procedural  
Aspects. .... 154

### **Srđan STOJILKOVIĆ**

Extrajudicial Enforcement of Hypothec in the New Serbian  
Civil Code. .... 168

### **Aleksandra VIŠEKRUNA**

Right of Legal Person to Compensation of Non-Material  
Damage ..... 182

### **Maša MIŠKOVIĆ**

Exemption from Contractual Liability. .... 197

## COMMERCIAL CONTRACTS

### **Marko RAJČEVIĆ**

Momentum and the Conditions Necessary for Mediator Fee  
Qualification. .... 217

### **Radovan D. VUKADINOVIĆ**

About the Place of *Aliud* in Draft Civil Code of the Republic  
of Serbia. .... 231

### **Gordana ILIĆ-POPOV, Svetislav V. KOSTIĆ**

Taxation of Supply at the Joint Construction Contracts and the  
Construction Contracts ..... 249

### **Aleksandar ĆIRIĆ**

Autonomous International Trade Order and the New Serbian  
Civil Code. .... 264

<b><i>Ivanka SPASIĆ</i></b>	
Leasing Contract in Serbian Civil Code Draft .....	284
<b><i>Jelena PEROVIĆ</i></b>	
Drafting of a Termination Clause in International Commercial Contracts.....	303
<b><i>Tamara MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ</i></b>	
Why and How is it Necessary to Regulate Franchising Agreement in Serbia? .....	320
<b><i>Dragan VUJISIĆ</i></b>	
To meet up the New Directive on Package Travel .....	343
<b><i>Vuk RADOVIĆ</i></b>	
Intermediary Travel Contract .....	362
<b><i>Dušan V. POPOVIĆ</i></b>	
Licensing Agreement – a Contribution to the Public Discussion on the Draft Civil Code of the Republic of Serbia According to Law on Obligations and Draft of Civil Code .....	393
<b><i>Katarina A. JOVIČIĆ</i></b>	
Rules for Termination of the Sale Contract under the Draft Civil Code of Republic of Serbia and Consumer Protection Act – Similarities and Differences .....	412
<b><i>Mirjana RADOVIĆ</i></b>	
Entitlement to Commission based on the Commercial Agency Contract.....	425
<b><i>Sandra FIŠER ŠOBOT</i></b>	
Liability of the Seller for the Delivery of the Goods Encumbered with Third Party Rights in International and Domestic Sales Law.....	456
<b><i>Jasmina VUKOTIĆ</i></b>	
Legal Characteristics of Contract on Forfeiting.....	472
<b><i>Borko MIHAJLOVIĆ</i></b>	
Is there a Place for Consumers' Contracts in the New Serbian Civil Code?.....	486

**Svetislav JANKOVIĆ**

Carrier's Statutory Lien and New Civil Code of the Republic of Serbia  
503

**Marko RADOVIĆ**

Claims for Delivered Electricity and Heat. . . . . 519

**Dragan BOSANKIĆ**

International Lease Transactions Structured with Purpose of  
Generating Tax Savings. . . . . 542

**Vladimir BOROVIĆ**

Quality Control as a Condition for the Validity of the  
Trademark Licence Agreement . . . . . 560

**Svjetlana IVANOVIĆ**

Publishing Contract Royalty . . . . . 573

**INSURANCE LAW**

**Vladimir ČOLOVIĆ**

Statute of Limitation of the Damage Requests in the Topic of  
Liability Insurance. . . . . 590

**Nataša PETROVIĆ TOMIĆ**

Consumer Protection in Contract of Insurance and Draft of  
Serbian Civil Code – How far are We from the European Level  
of Consumer Protection of Insurance Services? . . . . . 605

**Slobodan ILIJIĆ**

Legal Rules of the Good Practice of OECD in the Procedure of  
Filing an Insurance Claim with the Insurer . . . . . 628

**Danijela GLUŠAČ**

Insurance Agents in the New Law on Insurance . . . . . 643

**Milena VRANČIĆ**

Insurance Contract in the Draft Civil Code of Serbia in the  
Light of Harmonisation of Insurance Contract Law in the  
European Union. . . . . 659

**Miloš RADOVANOVIĆ**

Guarantee Fund's Right to Refund Toward Tortfeasor under the  
Law on Contract and Torts and Civil Code . . . . . 673

## **BANKING CONTRACTS**

***Tatjana JOVANIĆ, Branko PETROVIĆ***

Serbian Framework Agreement on Repurchase of Securities  
(repo)..... 691

***Zoran VASILJEVIĆ***

Overdue of the Debtor with Loan Repayment ..... 710

***Marija VIČIĆ***

Regulation of Standard Terms and Conditions under the Serbian  
Civil Code Preliminary Draft ..... 732

## **COMPANIES AND PARTNERSHIPS**

***Zoran ARSIĆ***

Shareholders Voting Agreements and Draft Civil Code of the  
Republic Of Serbia..... 749

***Ljubiša DABIĆ***

Management and Representation of Partnerships (Management  
of Partnership) ..... 762

***Tomica DELIBAŠIĆ***

Civil Partnership in the Light of the Legal Traditions and  
Modern Legal Solutions ..... 784

***Stefan JOVIČIĆ***

Shareholders' Agreements – Contractual and Corporate  
Aspects..... 798

## **LABOUR CONTRACT**

***Ljubinka KOVAČEVIĆ***

Legal Consequences of Referring an Offer to Amend Elements  
of an Employment Contract with a Focus on Employee  
Relocation or Transfer to another Job ..... 823

***Velisav MARKOVIĆ***

Legal Consequences of Illegal Termination of Employment  
Contract..... 852

**INSTRUCTIONS FOR AUTHORS ..... 869**

---

# ОСНОВНА ТЕМА

---

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

## ПРИВРЕДА И НОВИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК СРБИЈЕ\*

### Резиме

У овом чланку аутор критички анализира решења Нацрта Грађанског законика Србије (ГЗС), како у односу на постојећи Закон о облигационим односима (ЗОО), тако и у односу на домаће релевантне иностране регулативе у неким референтним земљама, односно у међународним или регионалним пројектима. Како одговори на ова питања захтевају прелиминарни одговор на питање оправданости својеврсног покрета кодификације, као и одговор на питање домаћа и значаја првог грађанског законика модерне Србије (1844), то аутор најпре расправља ова питања и заузима у основи позицију сав. Такође, аутор изражи одговор на питање да ли је нови Грађански законик Србије – потреба и/или нужности и одговара потпуно: и потреба и нужности. Следе затим критичка разматрања: основних одредаба Нацрта ГЗС, одредаба регулативе уговора у привреди – општи и посебни део, одредаба регулативе банкарских односа и одредаба регулативе харџија од вредности. Дајући у основи позицију суд о Нацрту ГЗС, аутор ипак критикује сам његов приступ регулативи банкарских односа и регулативи харџија од вредности, залажући се за још рестриктивнији приступ код банкарских односа (посебно због честих промена и примата аутономне међународне регулативе) и кохерентнији приступ систему харџија од

\* Рад је написан у оквиру вишегодишњег пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Идентификација и обрада Србије* (2015).

*вредности (имајући у виду такође чињеницу да и овде постоје бројни други домаћи и међународни извори).*

**Кључне речи:** *кодификација, привреда, Грађански законик, оштри уговорна правила, уговори у привреди, банкарски послови, харџије од вредности, посебно о поштовкама реулаиве уговора у привреди (оштри и специјализовани гео).*

## І О значају покрета кодификације

Данас, као и почетком деветнаестог века, у струковној правничкој јавности постоји велика подељеност између присталица „покрета кодификације“, који изнедрује акте кодификације – законике, и противника овог покрета – антикодификатора. Оставимо ли по страни аргументе који су у некој секундарној равни и задржимо ли се, за потребе ове расправе, само на „носећим“ аргументима, онда би се о овој важној теми могло резонovati на следећи начин. Најпре, у прилог кодификације свакако иде: прављење правних споменика трајније вредности, који обележавају једно дуже време, дижући ниво правне свести и културе, а тиме и ниво правне сигурности и вршећи снажан утицај на правне културе ближег или даљег окружења. С друге стране, против кодификације, посебно у трговинскоправној материји, могла би се истаћи динамика пословног живота, која не трпи законске фиксације чвршћих законских правила, која се као таква теже мењају и тиме могу да буду кочница пословних потреба и, уместо да служе логици развоја, управо су супротна логици живота и његова кочница.

На овом размеђу свакако се нашао и француски законодавац почетком деветнаестог века. Имајући у виду друштвене околности које су тада владале у револуционарној Француској и ниво друштвеног развоја (почеци: озбиљнијег развоја капитализма, приватне иницијативе, слободе уговарања и слободе предузетништва, утемељења светости приватне својине, трговине као универзалног, а не сталешког права), ово размеђе је било још израженије и изоштреније. Са ове дистанце посматрано, видљиво је колика је била мудрост француског законодавца, потпомогнутог одлучном политичком вољом самог Наполеона, да се у условима таквог размеђа ипак одлучи за покрет кодификације и да већ на самим почецима деветнаестог века трајно утемељи *иети великих „Наполеонових законика“: Le Code civil (1804),<sup>1</sup> Le Code de procédure civile (1806), Le Code*

1 Вид. J. Bouineau, J. Roux, *200 ans de Code civil*, Париз, 2004; *Двестоетине година од доношења Француског грађанског законика – Утицај Француског грађанског законика на српско право, зборник радова*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2006.

*de commerce* (1807), *Le Code pénal* (1810) и *Le Code d'instruction criminelle* (1811). Колико би само правна култура на светским просторима, као универзална вредност, била осиромашена да мудрост ове природе није однела превагу?!

На сличним размеђима, као и Француска, истина, нешто касније у истом веку, нашла се и једна мала земља на „брдовитом Балкану“ – Србија, која тек што је са два народна устанка (1804. и 1815) против скоро петовековне владавине Отоманске империје отпочела борбу за ослобођење, у условима још владајућег феудалног уређења,<sup>2</sup> са неписменим владаром (Милош Обреновић), креће истим путем. Тако је Србија, иако још увек потпуно неослобођена, међу првим европским земљама<sup>3</sup> донела свој Грађански законик (1844),<sup>4</sup> под великим утицајем аустријског Грађанског законика (1811) и у одређеној мери и *Code civil*-а (1804).<sup>5</sup> Он је био на снази пуних сто година, све до 1946. године (када је

2 Вид. С. Стојичић, Н. Ранђеловић, „*Code civil* у Србији после четрдесет година – Француски и Српски Грађански законик, друштвене прилике у време доношења“, у: *Двестойишине година од доношења Француског грађанског законика – Утицај Француског грађанског законика на српско право, зборник радова*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2006, стр. 141–153.

3 У набрајању грађанских законика који су претходили српском, њихов број није тачно навођен, чак и у случајевима када се позивало на нека прецизнија истраживања. Посебно, *Молдавски грађански законик* (такозвани *Калимахов кодекс*) из 1817. године једва да је познат међу нашим правним историчарима. Тако на пример О. Станојевић (О. Станојевић, С. Аврамовић, *Ars rhetorica*, Београд 2002) пише (127): „Ми смо донели Грађански законик, као четврта нација Европе (одмах после Француске, Аустрије и Холандије) у време када је у земљи било једва пет-шест људи који су умели да га прочитају и разумеју.“ Ова констатација о „четвртој нацији“ прихватана је од каснијих правних писаца. Д. Николић у расправи „О Хаџићевом пројекту Српског грађанског законика“, објављеној као пропратној студији уз Хаџићеву докторску дисертацију (*О узроцима развода брака, према учењу Источне православне цркве Христове*, Матица српска, Нови Сад, 2010, стр. 179–199), наводи (191) да су оригиналну кодификацију грађанског права у савременом смислу тада имале следеће земље: Баварска (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* из 1756. г.), Француска (*Code civil des Français* из 1804. г.) и Аустрија (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* из 1811. г.). Међутим, ни ово истраживање не узима у обзир *Зајадно италијански законик* (*Westgalizisches Gesetzbuch*), дело великог аустријског правника Карла Антона фон Мартинија (*Karl Anton von Martini*), који је ступио на снагу 1. јануара 1798. године (вид. С. Шаркић, Д. Поповић, *Велики правни системи и кодификације*, Нови Сад, 2012, стр. 132), *Баденски грађански законик*, који је под називом *Badisches Landrecht* представљао рецепцију француског *Грађанског законика* и примењивао се у Великом Војводству Баден од 1. јануара 1810. до 31. децембра 1899. године, као и Молдавски (тзв. *Калимахов кодекс*, 1817).

4 У правној литератури Законик се најчешће означава на овај начин, али прави назив је Законик Грађански за Књажевство Србско, обнародован на Благости 25. марта 1844. године.

5 Б. Благојевић, „L'influence du Code civil sur l'élaboration du Code civil serbe“, *Revue internationale de droit comparé*, 1954, стр. 733–743.



укинут законом револуционарних власти). Србија је такође међу првим европским земљама (годину пре доношења немачког Трговачког законика – 1861, који је замењен Законом из 1897, који је ступио на снагу 1900) донела и Трговачки законик (1860), под директним утицајем француског *Code de commerce*-а (1807).<sup>6</sup>

Одричући се маниром „лаке памети“ својих споменика правне културе, са којима је почела да корача раме уз раме са водећим нацијама и државама Европе већ у XIX веку, српског Грађанског (1844) и српског Трговачког законика (1860), рађених под директним или индиректним утицајем француског *Code civil*-а и *Code de commerce*-а, ношена буром историјске матице, Србија је сама себе ставила у позадину правне цивилизације, одустајући у међувремену и од система двојности регулативе трговачких и грађанских послова доношењем у уједињеној држави Закона о облигационим односима (1978), рађеног на основама Скице за Законик о облигацијама и уговорима чувеног професора М. Константиновића (Правни факултет у Београду),<sup>7</sup> иначе француског ђака. Ако се Србија коначно призове памети и престане сама себе да потцењује, ова два престижна правна документа, морала би бити основа за будући Грађански законик Србије (одлуком Владе Републике Србије из 2006. године образована је радна група, чији је члан и потписник овог рада, којом руководи професор Правног факултета Универзитета у Београду – академик С. Перовић, такође француски ђак), који би морао пронаћи „систем“ за правни континуитет са Грађанским закоником из 1844. године.<sup>8</sup>

## II Први Грађански законик модерне Србије (1844)<sup>9</sup>

Историјски је неспорно да је неписмени књаз Милош својом одлуком 1829. године иницирао доношење овог законика, иако такође није

6 Вид. М. Васиљевић, „Le Code de commerce français (1807) en tant que modèle-exemple du Code de commerce serbe (1860)“, у: *Bicentenaire du Code de commerce 1807–2007*, Париз, 2008, стр. 687–693.

7 М. Константиновић, *Облигације и уговори – Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1969 – Скица.

8 После вишегодишњег рада, Комисија за израду Грађанског законика промовишући (март 2015. године) Нацрт Грађанског законика Републике Србије (радни текст за јавну расправу), то је управо и учинила у преамбули: „настављајући развој правне културе и законодавства Републике Србије, које посебно изражава Грађански законик из 1844. године, *усвојивљајући континуирану кодификацију грађанској права...*“

9 Средњевековна Србија имала је такође свој законик: године 1349. на државном заседању у Скопљу проглашен је Законик цара Душана (*Душанов законик*) – Бистрички препис.

спорно да то није израз његовог слободног уверења о таквој потреби уређења правног живота у устаничкој Србији, већ је израз објективних потреба каналисања растућег народног незадовољства због његове личне владавине и опште правне несигурности у Србији. Књаз је више пута јавно изражавао своје наводно задовољство због рада на законнику, али је његово лично убеђење било и остало да је боље владати и управљати без закона, јер „онако се човек веже за артију, па не може да чини ни зла ни добра“.<sup>10</sup> Да му ипак није било озбиљно стало да се посао израде грађанског законика заиста и приведе крају, сведоче честе промене у саставу *Законодајелне комисије*. Књаз је тако добијао на времену, исправно проценивши да су у конкретним околностима већ и само постојање и рад Комисије сигурна одбрана од оних који су га оптуживали због владавине без писаних закона.

У првој фази рада на грађанском законнику (од јуна 1829. до почетка 1831. године) Књажева стварна немотивисаност је доста успешно прикривана. Када је, међутим, после вишегодишњег и често прекиданог рада *Законодајелна комисија* (Димитрије Давидовић, Вук Караџић) ипак завршила Нацрт грађанског законика (по угледу на Наполеонов Кодекс) и предала га Књазу, он се према њему понео потцењивачки. Није желео ни да се до краја упозна са његовим садржајем јер му се, пише у писму од 31. марта 1834. године, учинило да су „ти људи који су те законе писали били пијани или сасвим луди“.<sup>11</sup> Вероватно подржан и од неких својих истомишљеника, Књаз је тада одлучио да практично анулира рад прве Комисије и да све крене испочетка, као тобожња преправка грађанског законика коју ће урадити друга Комисија („законопоправителна“). Књажево изненађење и нескривено чуђење над садржином овог Нацрта грађанског законика који му до краја није ни читан, само потврђује тезу да га садржинска страна рада на законима није ни интересовала.

Убрзо, Књаз шаље 10. априла 1834. године писмо (насловљено са *Славној законодојравителној комисији*), у којем каже да је сазнао како су аустријски грађански закони краћи и разговетнији од француских, те предлаже да се и они користе приликом преправке Нацрта грађанског законика.<sup>12</sup> То је било довољно да рад на грађанском законнику сасвим замре све до 1837. године, када у Србију долази пречански Србин Јован Хаџић, коме се поверава израда овог законика. Вук Караџић изричито тврди да је пре његовог доласка у Крагујевац Димитрије Давидовић био

10 В. Караџић, *Историјски сјиси*, Просвета, Београд, 1969, стр. 236.

11 Милошево писмо Законоправителној комисији од 31. марта 1834. године, *Пороџа*, 1881, стр. 302-303.

12 *Пороџа*, 1881, стр. 303.

одредио да се има преводити управо француски *Code civil*. Када је Вук предложио неки другачији начин рада, Давидовић је одговорио „да то не може бити, јер се закони морају писати у Крагујевцу и управо по Законику Наполеонову“.<sup>13</sup>

Јован Хаџић као свестрана и једна од најобразованијих личности свог времена,<sup>14</sup> радио је предано на тексту будућег грађанског законика. Изванредно правничко образовање и широка култура, омогућили су му да у овом послу далеко надмаши своје претходнике и Србији подари текст законика који ће на снази остати читав један век.<sup>15</sup> Захваљујући прегалаштву Хаџићевом, Грађански законик за Књажевство Србско угледао је светлост дана на Благовести (25. марта) 1844. године.<sup>16</sup>

Ни након 170 година од доношења СГЗ не престају живе расправе о карактеру, квалитету и његовим правним дOMETИМА. Полемике у вези са истинским квалитетом и доприносом Хаџићевог текста започеле су готово након самог његовог објављивања. Сматрајући га у почетку сувише либералним, касније доста конзервативним, ретке су у Србији биле похвале. Неретко се истицало да овај законик није ништа друго до скраћена верзија Аустријског грађанског законика, посебно имајући у виду распоред материје у њему.<sup>17</sup> Осим чињенице да је овим закоником

13 В. Караџић, *нав. дело*, стр. 301.

14 Школовао се у Будимпешти и Бечу, а на овом потоњем је стекао и докторат. Био је до краја оштар и упоран противник реформе српског језика коју је спровео Вук Караџић. Био је и један од оснивача и први председник Матице српске и дописни члан Друштва Српске Словесности и Српског Ученог Друштва. Вид. М. Кићовић, *Јован Хаџић (Милош Свејић, њсеудоним)*, Нови Сад, 1930.

15 Српски грађански законик је формално укинут 1946. године, вољом револуционарних власти, доношењем познатог Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације.

16 Занимљиво је при том да успешан завршетак дугогодишњих законодавних напора није пао у део оних који су их духовно инспирисали (Вук Караџић, Димитрије Давидовић), нити кнезу Милошу, који их је са позиције владаоца подржавао, него Јовану Хаџићу и кнезу Александру Карађорђевићу, којима је, по неким писцима, незаслужено припала слава. Али, истине ради, треба рећи да у оваквом исходу поред историјске неумитности има и неке божанске правде. Вук Караџић, на име, није имао правничко образовање, као уосталом ни Д. Давидовић.

17 Материја је у СГЗ изложена у уводу и три дела, баш као и у АГЗ. Међутим, овакав став је подложен критици чак и летимичним погледом на текст Српског грађанског законика. Премда не увек високог квалитета, неке одредбе, а посебно оне о породичној задрузи, наслеђивању женске деце оригинални су доприноси Хаџићевог рада. У новије време, на линији оваких ставова, у контексту *ишв. теорије о њравним ѡрансиљанијима* америчког професора Универзитета у Џорџији и једног од водећих романиста, А. Вотсона (*Alan Watson, Правни ѡрансиљанѡи – ѡрисѡиу ѡјоредном ѡраву*, Београд, 2000) посматра се и наш СГЗ, олако се карактеришујући као класичан пример у прилог овој теорији. Међутим, чини се да се и самој теорији, а посебно оцени да је СГЗ добар пример правног транспланта,

у Србији правно санкционисана и потврђена неприкосновеност приватне својине (што је било формулисано као опште правило) и слободе (индивидуалне и колективне), потврђено укидање феудалних односа, промовисано тржиште и проглашена потпуна слобода уговарања, што је оцењивано као значајан домет, све друго било је предмет оштрих критика и оспоравања.<sup>18</sup>

Ступање Законика на снагу у феудалној земљи каква је још тада била Србија означавало је велики тренутак у животу народа. На раскршћу историјских ветрометина, српски народ је развој свога права везао за просторно најближе, аустријско, право. Непосредно после доношења и ступања на снагу СГЗ је одиграо важну улогу у афирмисању правне свести и значаја правне културе. У сваком случају, у тренутку ступања на снагу и непосредно после доношења, СГЗ је означавао велико достигнуће, већ и самом чињеницом што је Србију сврстао међу малобројне европске земље које су у то доба имале кодификовано грађанско право. Али, како је време одмицало, добре стране Законика све више су бледеле и повлачиле се у други план, док су се рђаве стране испољавале све видљивије. Убрзо, постало је сасвим јасно да је Законик једно прилично несавршено законодавно дело (неоригинално дело и слабије од свог изворника Аустријског грађанског законика), да су многа од његових решења незадовољавајућа и да би било могуће и пожељно израдити нови грађански законик.<sup>19</sup> Правни теоретичари најчешће су критиковали решења у породичном<sup>20</sup> и наследном праву,<sup>21</sup> која су означавала дискриминацију жена и неравноправност женске са мушком децом у погледу наслеђивања.

Како је време више одмицало, слабости су све више долазиле до изражаја, успоравајући напредак грађанског права у Србији. То што је пропуштена прилика да се законик благовремено замени новим, разуме се, не може се уписивати у кривицу његовом творцу.

могу упутити озбиљне критике и другачији одговори. СГЗ препун је решења која директно одговарају римском класичном праву, а неретко су, или у супротности са АГЗ-ом или их у тој кодификацији уопште нема. С друге стране, присутне сличности, међутим, нису последица било какве трансплантације (правне позајмице), него заједничког правничког мишљења (*communio opinio doctorum*) заснованог на изворишту римског права.

18 Р. Гузина, „Историјски осврт на карактер и значај Српског грађанског законика од 1844. године“, *Историјски гласник*, бр. 2/1949, 29 и даље.

19 Упор. Т. Никчевић, *Посланик и њокушаји прераде Грађанског законика Кнежевине Србије*, стр. 36 и даље.

20 Вид. Михаило П. Јовановић, *Наша нова кодификација*, Споменица Мауровићу, Београд, 1934, стр. 26-27.

21 С. Јовановић, *Јован Хаџић*, Геца Кон, Београд, 1936, стр. 90-94.

### III Нови Грађански законик Србије – потреба и/или нужност

После свих пропуштених прилика, чини се да је ипак зрело време за нови Грађански законик Србије. Разлози за то налазе се, свакако, не само у равни потребе рационализације важећег законодавства и његовог критичког сагледавања у том контексту, већ и због историје наше правне културе и потребног искорака ка владавини права и правној сигурности. Свака кодификација Грађанског права, сама по себи, увеличава богатство правне заједнице и доприноси стабилности правних установа, као и уједначавању правне праксе и тиме и дизању прага правне сигурности на путу успостављања пуне владавине права. Кодификација грађанског права омогућава свим субјектима права, како физичким, тако и правним лицима, да на једном месту имају корпус свих грађанских субјективних права и слобода.

Уз претходно, у овом тренутку процес приватизације „недефинисаног концепта друштвене својине“ приводи се крају, а увелико су у Србији право грађанства стекле све форме привредних (трговачких) друштава, које своје утемељење заснивају на приватној својини, индивидуалној или разним формама колективне приватне својине (сусвојина, акционарска својина, задружна својина, ортачка својина). „Развенчавање“ државе од директног вођења привредних субјеката, посебно комерцијалних делатности које нису од јавног интереса, такође је при крају. Овим се стварају потребне претпоставке за слободу привредних субјеката заснованој на приватној својини (индивидуалној и колективној), као и за равноправност и контролисаност (уз механизме јавности) државне помоћи привредних субјеката у јавној својини (државној или својини територијалних јединица). Јасна својинска профилисаност и таква профилисаност привредних субјеката неопходне су претпоставке универзално препознатљивих правних института, чиме је обезбеђена њихова дуговечност, што је већ препоручљив оквир за законодавни акт кодификаторске природе. Дакле, нови Грађански законик Србије је истовремено и потреба и нужност.

Потреба, првенствено стога што парцијално, непотпуно и неусклађено важеће законодавство у области грађанскоправних односа у Републици Србији захтева да се изврши модерна кодификација стварноправних, облигационих, породичних и наследноправних односа, на основу досадашњих сазнања правне науке, пословне и судске праксе. Нужност, првенствено стога што, у тако значајној области за што квалитетнији живот грађана и још успешније функционисање њихових свих форми удруживања, треба законска решења усагласити са ратификованим

међународним конвенцијама (које ратификацијом постају интегративни стуб домаћег права),<sup>22</sup> међународним стандардима, а нарочито са развојем савременог уговорног права<sup>23</sup> и са основним интенцијама развоја уговорног права Европске уније.<sup>24</sup>

Уставни основ за доношење Грађанског законика садржан је у одредбама Устава које предвиђају да Република Србија „уређује и обезбеђује остваривање и заштиту слобода и права човека и грађанина“, као и у одредбама према којима Република Србија уређује и обезбеђује „својинске и облигационе односе и заштиту свих облика својине“, као и „друге економске и социјалне односе од општег интереса“. Такође, уставни основ за доношење Грађанског законика садржан је и у одредби према којој грађани и породице имају „право на социјалну заштиту, чије се пружање заснива на начелима социјалне правде, хуманизма и поштовања људског достојанства“, као и у одредбама којима се „јемчи мирно уживање својине и других имовинских права стеченим на основу

22 „Потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део су правног поретка Републике Србије. Потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом.

Закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права“, Устав Републике Србије – Устав РС (*Службени гласник РС*, бр. 98/2006), чл. 194, ст. 4 и 5.

23 У овом погледу посебно су значајна два документа: *Начела европског уговорног права – Principles of European Contract Law* (израдила их је посебна Комисија за европско уговорно право, коју су чинила 23 члана из држава чланица ЕУ, са капацитетом „групе грађана“, а на чијем је челу био дански професор *Ole Lando*), 1998. године и *Unidroit начела међународних приватних уговора – Principles of International Commercial Contracts*, 2004. године.

24 У овом погледу посебну важност имају напори за доношењем *Европског грађанског законика (European Civil Code)*. Мишљења о могућности, уставној основаности и оправданости његовог доношења су сасвим поларизована. Чини се да посебну пажњу заслужују ставови који се заснивају на чврстој утемељености ове могућности на принципима римског права, као и на савременом развоју хармонизованог права ЕУ (посебно кроз директиве и остале секундарне изворе) и праксе европских судова (посебно праксе Европског суда правде). Вид. Е. Hondius, „Towards a European Civil Code“, у: *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, Амстердам, 2004, стр. 3–20; P. Ch. Muller-Graff, „EC Directives as a Means of Private Law Unification“, у: *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, Амстердам, 2004, стр. 77–100; W. Van Gerven, „The ECJ Case-law as a Means of Unification of Private Law“, у: *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, Амстердам, 2004, стр. 101–123.

Залагања о утемељености могућег Европског грађанског законика на поставкама римског права (ново европско приватно право као ново *ius commune*, засновано на мешавини *common law* и *civil law* – мешовити правни систем) истакнута су и у нашој правној литератури. Вид. В. Вулетић, „Да ли је европско приватно право могуће“, *Правни животић*, бр. 11/2008, 87–100.

закона, као и право наслеђивања“. Коначно, уставни основ за доношење Грађанског законика садржан је и у одредбама Устава којима се штите: право на закључење брака и равноправност супружника; слобода одлучивања о рађању; права детета; права и дужности родитеља, посебно породице, мајке, самохраних родитеља и деце.<sup>25</sup>

#### IV О неким основним поставкама Нацрта ГЗС

Радна група за израду Нацрта ГЗС, кад је реч о његовим основним поставкама, морала је претходно да заузме ставове о неким отвореним питањима.

На првом месту, потребно је било одредити се за систем грађанског законика: *институционални* (који овим законом покрива три правне области: субјекте права и повезана питања, ствари – што покрива стварне и облигационе односе и тужбе – заштита права)<sup>26</sup> и *индективни* (који материју овог законика систематизује у четири или пет целина или грана права: стварно, облигационо, наследно и породично право, као и општи део законика).<sup>27</sup> Радна група се логично одредила за модернији и складнији систем: пандектни.

Друго, отворено је питање односа према интелектуалној својини (шире интелектуалним правима). Реч је о специфичном предмету својине (нематеријални), који уз то временом постаје посебно значајан и изазива све већу пажњу законодавца, посебно међународног. Радна група је заузела становиште да ову материју у принципу не треба укључити у Грађански законик, имајући пре свега у виду чињницу да је реч о материји уређеној посебним законима, који се због специфичности предмета регулативе често мењају, а што не би одговарало замишљеној природи норми овог законика (спора амортизација).<sup>28</sup>

Треће, као и у време доношења Закона о облигационим односима – ЗОО (1978), поставило се питање јединствене или двојне регулативе уговорних односа (грађанскоправни и трговинскоправни уговори). Као што је познато, две велике европске кодификације, двеју великих

25 Устав РС, чл. 58–59, 62–66, 69, ст. 1, 97, тач. 2, 7 и 8.

26 *Code civil*, Аустријски грађански законик и СГЗ (1844), били су управо уређени према овом систему.

27 Швајцарски законик о облигацијама (1911, са каснијим изменама), Италијански грађански законик (1942, са каснијим променама) и Руски грађански законик (1996, са каснијим изменама), уређени су према овом систему.

28 Против регулације материје индустријске својине и интелектуалних права у овом законик у је и Међународна организација за права индустријске својине, чија је чланица и Србија (*WIPO*).



правних култура, без обзира на поодмакло време (*BGB* – 1900. и *HGB* – 1897, *Code civil* – 1804. и *Code de commerce* – 1807) почивају на принципу двојне регулативе (одвојени грађански и трговински уговори). С друге стране, новије кодификације одликује управо супротан прилаз: принцип јединствене регулативе (Италијански грађански законик, Швајцарски грађански законик, Руски грађански законик), што је и прилаз нашег ЗОО (полазећи од решења Скице за законик о облигацијама и уговори-ма проф. Константиновића). Концепција јединства регулативе облигационих односа, као преовлађујуће усмерење модерних законика, непосредан је и ваљан правни одговор на динамизацију савременог правног саобраћаја, на све већу тзв. *комерцијализацију односа физичких лица* – нетрговаца (производња и продаја за тржиште, комерцијалност свакодневног живота уместо патријархалности и слично),<sup>29</sup> што омогућава и захтева продирање правила пословног (трговачког, трговинског) права у грађанско право. Ипак концепција јединственог уређења облигационих односа<sup>30</sup> не прејудуцира питања постојања трговинскоправних уговора као посебних уговора одвојених од грађанскоправних. И у правима у којима је такође извршена унификација правила грађанског (нетрговци) и трговинског права (трговци), односно где су правила за уговоре изложена у једном законнику, грађанскоправна правила важе и за трговинскоправне послове, „осим ако за уговоре у привреди није друкчије прописано“, што је чест случај у овим законцима (намера да опште буде правило, а изузетак само изузетак код ових законика по правилу је доживела своју супротност: изузеци су „појели“ правило). Ово су били и разлози да се радна група определи за метод јединствене регулативе.

Четврто, с обзиром на то да се у последње време снажно, како на транснационалном нивоу, тако и на националном, развија нова грана права – потрошачко право, радна група је заузела став да се одређени грађанскоправни аспекти ове гране права (који имају начелну природу и природу правног стандарда) укључе у овај законик, док би остали истоветни аспекти који су подложни честим променама били обухваћени специјализованим прописом (што важи и за бројне друге аспекте заштите потрошача – управноправне, кривичноправне, еколошке, здравствене итд.).

Пето, коначно, радна група за израду овог законика је, свесна чињенице, да је област права која је предмет његове регулативе подложна променама, које одликују не само земље са брзом амортизацијом прописа, већ у одређеној мери и земље са стабилним правним системима,

29 Вид. В. Капор, „Јединство облигационог права и посебна правила за уговоре у привреди“, *Зборник радова са Савештовања о ЗОО*, Београд, 1978, стр. 29-30.

30 Вид. С. Перовић, *Предговор ЗОО*, Београд, 1978, стр. 14-19.

посебну пажњу посветила трима „стубовима носачима“: прво, уградњи постојеће судске праксе и судских ставова, као најбољег верификатора усклађености законских решења са логиком и потребама живота; друго, уградњи релевантних теоријских прилаза поводом бројних отворених питања стварања и примене права у свакодневном правном животу, и треће, поставци бројних правних начела и стандарда који су издржали столетне временске пробе и представљају својеврсно правно благо универзалне вредности и, по правилу, постављају што флексибилнијих правила довољног нивоа општости подложних уговорном обликовању, тамо где разлози заштите јавног поретка, општег добра или неравноправности уговорних страна не захтевају чврста императивна правила.

## У Посебно о поставкама регулативе уговора у привреди

### 1. Општи део

Нацрт ГЗС остао је, као и Закон о облигационим односима, при дефиницији и познавању само двостраних уговора у привреди (оба уговарача привредни субјекти).<sup>31</sup> Да ли је време за институт једностраних уговора у привреди (ако је само једна страна привредни субјект), с обзиром на то да физичко лице које није регистровани привредни субјект у 21. веку није много „неукији“ субјект у односу на професионалне субјекте у привреди, посебно имајући у виду неспорни тренд „комерцијализације“ уговора грађанског права, наметнут динамиком живота, порастом образованости, развојем технике?

Нацрт ГЗС, као и Скица проф. Константиновића<sup>32</sup> и Бечка конвенција,<sup>33</sup> уводи појам „битне повреде уговора“, везујући за њега значајне правне последице, различите од правних последица повреде уговора које се не могу сматрати „битним“. Ово би требало да уведе знатно већу сигурност уговорника у уговорним односима, а допринеће и својеврсној хармонизацији домаћег уговорног права са развојем међународне уговорне регулативе.

Нацрт ГЗС, с правом, напушта нејасни и немушти концепт регулативе института промењених околности из ЗОО<sup>34</sup> и враћа га свом изворишту у нас – Општим узансама за промет робе – ОУ (1954).<sup>35</sup> Ре-

31 ЗОО, чл. 25, ст. 2.

32 Скица, чл. 95–96.

33 Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (чл. 25), Беч, 1980, ратификација: *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10/1, 1984.

34 ЗОО, чл. 133.

35 ОУ, чл. 55–59.

гулатива овог института у Општим узансама у сваком случају била је примеренија, разумљивија, применљивија од нејасних и за нашу праксу некорисних правних стандарда англосаксонског порекла код овог института у Закону о облигационим односима („опште мишљење“, „очекивања уговорних страна“ итд.). Уместо тога правни стандарди попут „изванредни догађаји“, „непредвидљиви догађаји“, „претерано отежано испуњење“ итд. ближи су укусу континенталног правника и практичара.

Нацрт ГЗС исправља пропуст ЗОО и враћа регулативу најшире форме пуномоћја – прокуре, поред осталих форми пуномоћја, чиме се стичу услови да овај институт не „виси“ у Закону о привредним друштвима,<sup>36</sup> одакле се може уклонити добијањем природнијег места (овако је поступила и Скица проф. Константиновића<sup>37</sup> и швајцарски Законик о облигацијама).<sup>38</sup>

Нацрт ГЗС уводи дефиницију појма „кривице“, као што је то чинила и Скица проф. Константиновића, за разлику од ЗОО, који такву дефиницију није садржао, што је стварало озбиљне проблеме судској пракси. Ова дефиниција садржи модерније – објективизирано одређење овог појма – дефиниција *in abstracto* (стандард пажње „разумног и пажљивог човека“).<sup>39</sup>

Нацрт ГЗС уводи у одређеним случајевима и директну одговорност органа правног лица према трећем лицу за проузроковану штету, поред такве одговорности самог правног лица, што није био случај са ЗОО.<sup>40</sup> Овим се врши усклађивање са Законом о привредним друштвима, који је такву одговорност већ увео,<sup>41</sup> а што је већ опште прихваћено правило регулативе привредних друштава.

## 2. Специјализовани део

Кад је реч о појединачним уговорима, посебно уговорима у привреди (специјализовани део), Нацрт ГЗС учинио је озбиљне помаке на-

36 Закон о привредним друштвима – ЗОПД (*Службени гласник РС*, бр. 36/11 и 99/11), чл. 35–43.

37 Скица, чл. 66–71.

38 Швајцарски законик о облигацијама, чл. 458–461.

39 Скица, чл. 127. Вид. М. Орлић, „Есеј о кривици“, *Правни животи*, бр. 1–2/2009, 182–188; М. Васиљевић, „Civil Law and Business Judgment Rule“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, бр. 3/2012, стр. 7–38; М. Караникић-Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд, 2009, стр. 326–328.

40 ЗОО, чл. 172.

41 ЗОПД, чл. 61 и 78.

пред, иако је и даље остало доста питања која се налазе у сфери отворених.

Прво, Нацрт ГЗС при опредељењу да ли неке неименоване уговоре треба учинити именованим у неким случајевима није имао дилеме, док је у другим имао, опредељујући се у неким случајевима да за потребе јавне расправе неке уговоре ипак укључи, а неке за сада не, што опет не значи да ће у коначном то бити непромењено. У групу уговора у привреди код којих, чини се, постоји чврсто уверење да треба да буду ткиво овог законика спадају свакако: уговор о ортаклуку, уговор о дистрибуцији, издавачки уговор, уговор о финансијском лизингу и уговор о факторингу. У групу уговора који за сада нису укључени у ткиво законика, а који би по свему судећи требало да буду укључени, спадају свакако уговори о раду (појединачни, колективни, типски).<sup>42</sup> Разлози за ово су вишеструки: прво, правно-политички – дизање нивоа правне сигурности запослених; друго, наставно-научни – враћање радног права својој грађанскоправној основи и приватном праву, што оно по својој првенственој вокацији у основи и јесте, те тиме и удаљење од јавноправне основе; треће, развојни – раздвајање радног права као гране приватног права од социјалног права као гране јавног права. С друге стране, у ову радну верзију законика укључен је уговор о сарадњи у пољопривреди и уговор о франшизингу, који по свему судећи треба да у коначној верзији ипак изостану (први, јер је у доброј мери реликт прошлости, а други, јер није довољно развијен у пословној пракси и пословној свести те би регулатива укочила његов развој). Најзад, остаје отворено питање како поступити са уговором о испоруци инвестиционе опреме, уговором о форфетингу и уговором о *time sharing*-у?

Друго, регулатива уговора који су заслужили „право грађанства“ у овом законик у учињена је из различитих разлога: уговор о ортаклуку,<sup>43</sup> јер представља грађанскоправну природу уговора о оснивању сваке форме привредног друштва; уговор о дистрибуцији, јер представља довољно осамостаљену и специфичну форму уговора о продаји; издавачки уговор, због значаја заштите аутора и ауторских права;<sup>44</sup> уговор о финансијском лизингу и уговор о факторингу, јер су већ именовани у посебним законима и како би се појачала потреба престанка регулативе појединачних уговора посебним законом за сваки уговор (статусни део ових закона могао би остати или се укључити у друге законе статусне природе).

42 То чини и швајцарски Законик о облигацијама, чл. 319–362.

43 Регулисала га је и Скица – „привредно удружење грађана“, чл. 590–627; швајцарски Законик о облигацијама, чл. 530–551.

44 Овај уговор регулише и Скица, чл. 706–733, као и швајцарски Законик о облигацијама, чл. 380–393.

Уговори у привреди који нису обухваћени садашњом верзијом овог закона, нарочито: уговор о испоруци инвестиционе опреме (да ли теорија мешовитог уговора: нарочито уговора о делу, уговора о грађењу, уговора о продаји може бити довољна?), уговор о форфетингу (да ли су одређене разлике у односу на уговор о факторингу довољне за посебну регулативу?), уговор о *time sharing*-у (као временско коришћење туристичких објеката које се „покрива“ регулативом других именованих уговора чије одлике има овај неименовани уговор применом теорије мешовитих уговора), по нашем уверењу ипак треба да остану изван затворених врата овог закона (то неће умањити правну сигурност уговорника, а омогућиће њихово снажније правно профилисање и динамичнији развој).

Треће, Нацрт ГЗС садржи доста унапређења регулативе бројних именованих уговора у привреди: уговор о продаји (посебно усклађивање са решењима из Скице проф. Константиновића и релевантних међународних конвенција); уговор о заступању (увођење претпоставке овлашћења заступника да у име и за рачун налогодавца закључује уговоре с трећим лицем, по основу самог закљученог уговора о заступању, а не само по добијеном посебном или генералном овлашћењу, јер је то есенцијална разлика од уговора о посредовању); уговор о грађењу, који је по својој грађанскоправној природи уговор о делу (приближен је овој основи и очишћен од регулативе која је по својој природи узансног карактера – хитни непредвиђени радови, измена цене грађења, фиксна цена итд.);<sup>45</sup> уговори о превозу (регулисани су на нивоу општих норми и принципа,<sup>46</sup> са корекцијама постојећих решења условљеним модерним развојем (електронске превозне исправе, електронски потпис и сл.), препуштајући тако посебним законима и међународним конвенцијама да регулишу детаљније бројна специфична појединачна питања правних односа уговорника, зависно од гране превоза (укључујући и комбиновани превоз)); туристички уговори (жива, пре свега, међународна активност, јер је реч о делатности која је по својој природи међународна, на доношењу низа нових правила која иновирају постојеће конвенције на плану специфициране заштите корисника ових услуга као потрошача, укључена је интегративно у ткиво овог закона); уговори о осигурању (модернизација бројних решења и усклађивање са новим директивама ЕУ).

45 ЗОО, чл. 634, 636, 637 и 639.

46 Упор. ЗОО, чл. 648–685; Скица, чл. 669–705; швајцарски Законик о облигацијама, чл. 440–457.

## VI Посебно о поставкама регулативе банкарских послова

Банкарски послови регулисани су у Нацрту ГЗС у сажетој форми (општа начела појединих института и принципи), водећи рачуна о томе да брз развој технике условљава флексибилност ове регулативе и налаже остављање простора развоју аутономне регулативе. Ово практично значи да је регулатива појединих послова банкарског права у оваквом законнику непотребна, с обзиром на то да је и у ЗОО исхитрена, без критеријума и неконзистентна. Разлози за овакав став су различити, зависно од уговора појединачно посматраних – неки су непотребно извучени из своје грађанскоправне основе, а неким је боље да остану у водама аутономне регулативе, банкарске праксе и општих принципа.

Прво, отворено је питање да ли овај законик треба да регулише уговор о кредиту као посебан уговор или да регулатива уговора о зајму обухвати и специфичности везане за овај уговор (уговорне стране, претпостављена камата, намена, обезбеђење и др.).<sup>47</sup> Посебну регулативу уговора о кредиту нема ни Скица проф. Константиновића, ни швајцарски Законик о облигацијама.

Друго, отворено је такође и питање да ли банкарски депозити треба да буду посебно регулисани или да се са специфичностима додају посебним случајевима оставе регулисаним у ЗОО,<sup>48</sup> с обзиром на то да су по својој грађанскоправној природи такође уговори о остави, са одређеним специфичностима диктираним особеностима предмета (које основну обавезу од чувања протежу и на управљање и слично). На овај начин би изостала потреба да се у оквиру банкарских послова регулишу: уговор о сефу, уговор о штедњи, неновчани и новчани депозити, депозити хартија од вредности. Посебну регулативу ових уговора нема ни Скица проф. Константиновића, ни швајцарски Законик о облигацијама. Исти прилаз требало би да важи и за уговор о ускладиштењу, који је по својој грађанскоправној природи уговор о остави, а кога ЗОО посебно регулише, што чини и Скица, али не и швајцарски Законик о облигацијама, који овај уговор уређује као посебну форму уговора о остави,<sup>49</sup> попут оставе код хотелијера (коју опет наш ЗОО и Скица регулишу као посебну форму уговора о остави). Овакав прилаз захтевао би да се складишница уреди са другим појединачним хартијама од вредности у оквиру дела о хартијама од вредности, што је и логичније.

47 Упор. ЗОО, чл. 557–566 и чл. 1065–1071.

48 Упор. ЗОО: уговор о остави – посебни случајеви: чл. 722 – 729; новчани депозит, чл. 1035–1042; улог на штедњу, чл. 1043–1046; депозит хартија од вредности, чл. 1047–1051; сеф, чл. 1061–1064.

49 Упор. ЗОО, чл. 730–739; Скица, чл. 758–763 и швајцарски Законик о облигацијама, чл. 482–486.

Треће, питање регулативе банкарске гаранције у делу банкарских послова, и поред таквог укључења у Нацрт ГЗС остаје и даље отворено јер ово и није само институт банкарског права, већ специфично персонално (лично) средство обезбеђења, где се у улози гаранта не мора наћи само банка, већ и сваки други привредни субјект. Дакле, „банкарска гаранција“ би требало да постане „гаранција“ и да се уреди у оквиру института „јемства“ (јемац платац – солидарно јемство),<sup>50</sup> уз јачање апстрактности на терет каузалности – „за случај да му треће лице не испуни обавезу о доспелости“.<sup>51</sup> Банкарску гаранцију као посебан институт не регулише ни Скица проф. Константиновића, ни швајцарски Законик о облигацијама.

Четврто, од банкарских послова остаје дакле питање уређења посла текућег рачуна и документарног акредитива. Банкарски текући рачун уређен је у ЗОО и у Скици проф. Константиновића,<sup>52</sup> али није уређен у швајцарском Законнику о облигацијама. Како се овај посао базира на уговору о налогу, то се чини да нема потребе за посебном регулативом. Документарни акредитив није уређен ни у Скици проф. Константиновића, ни у швајцарском Законнику о облигацијама, али је уређен у нашем ЗОО.<sup>53</sup> Банкарски акредитив по својој грађанскоправној природи такође се базира на уговору о налогу, који је уређен свим грађанским законима или облигационим законима, па и нашим ЗОО.<sup>54</sup> С друге стране, документарни акредитив уређује се на међународном плану Једнообразним правилима и обичајима за документарне акредитиве (које је донела Међународна трговинска комора (МТК) у Паризу и која се с времена на време иновирају).<sup>55</sup> Основно питање је да ли је потребна регулатива овог института у ГЗС или је довољна регулатива уговора о налогу и аутономна регулатива (Једнообразна правила и уговори). Ако би се стало на становиште да „остала“ регулатива није довољна и да би правна сигурност била угрожена, те да би остале бројне правне празнине, онда би одговор нужно био позитиван. Да би се дао такав одговор требало би проверити колико се у судској пракси у погледу овог института вршило позивање на ЗОО, а колико на аутономну регулативу (општу и посебну). Наш прелиминарни утисак је да су се судови више ослањали на аутономне изворе, који су у стању да брже прате промене банкарске технике пословања (*SWIFT, EDI, EDIFACT*), која све више постаје елек-

50 ЗОО, чл. 997–1019.

51 ЗОО, чл. 1083.

52 ЗОО, чл. 1052–1060; Скица, чл. 1033–1041.

53 ЗОО, чл. 1072–1082.

54 ЗОО, чл. 749–770.

55 Публикација МТК 500, са ступањем на снагу 1. јануара 1994. године и Публикација МТК 600, са ступањем на снагу 1. јула 2007. године.



тронска, што закони, а посебно законици не могу да прате, нарочито ако оду даље од принципа. Уз то, и банкарска пракса (која није прерасла у обичај) у овој области постала је снажан извор права.<sup>56</sup>

Најзад, нема посебног разлога да се регулатива института банкарског документарног акредитива повласти у односу на регулативу блиског института *банкарскої документарної инкаса*, који никад није био регулисан у ЗОО, а ипак је у пракси, захваљујући осталим правним изворима (регулисан уговор о налогу, аутономни изори општег и појединачног нивоа, постојање такође Једнообразних правила МТК за документарни инкасо<sup>57</sup> и уговора) и оформљеној пракси поступања функционисао са истим нивоом правне сигурности, као и документарни акредитив, који је био и законски регулисан. Уосталом, ако је ово био разлог за повлашћивање овог института у смислу закона, онда је сам законодавац себе демантовао увођењем *иреййосійавке ойозивосійи акредитива* (ако није друкчије изричито уговорено), чиме се већ самим законом руши *ratio* овог института, као специфичног средства обезбеђења корисника акредитива, ако он учини „ризик првог чина“ у уговорном односу (испоручи робу, изврши услугу).

## VII Посебно о поставкама регулативе хартија од вредности

Хартије од вредности, као и банкарски послови, треба да буду обухваћене Грађанским закоником на нивоу општих принципа и начела, посебно серијске, док би се индивидуалне могле регулисати и детаљније, при чему се мора водити рачуна да развој технике омогућује тзв. дематеријализацију хартија и електронски потпис, што мења битна правила везана за ове исправе. ГЗС у основи тако и поступа код ове регулативе, за разлику од банкарских послова, где и поред рестриктивног прилаза има места даљим рестрикцијама.

Прво, серијске хартије од вредности – дематеријализација. Регулативу хартија од вредности у ГЗС треба изричито везати за појединачне хартије, док би се за серијске хартије (акције, обвезнице, комерцијалне хартије и др.), за које је посебним законима уведена обавеза дематеријализације (издавање уписом на одговарајуће власничке рачуне прописаног регистра), морала установити нова општа правила. Ово важи за: 1) појам хартије од вредности, 2) битне елементе, 3) на кога

56 ЗОО на више места говори о „утврђеној пракси између уговорних страна“. Вид. чл. 32, ст. 2 и 39, ст. 2.

57 Публикација МТК 522, са применом од 1. јануара 1996. године.

хартија од вредности може гласити (серијске не могу, у принципу, на доносиоца), 4) настанак обавезе, 5) принцип инкорпорације, 6) принцип презентације, 7) принцип индосирања, 8) доказивање законитости преноса и забрану преноса, 9) принцип амортизације, која код серијских хартија од вредности не би била могућа.<sup>58</sup>

Друго, регулативу појединачних хартија од вредности или исправа са одређеним својствима хартија од вредности у ГЗС треба учинити доследном (што се за садашњу фазу не може сасвим рећи), с обзиром на то да Закон о облигационим односима регулише нпр. товарни лист (не као хартију од вредности) и складишницу,<sup>59</sup> али не регулише коносман (теретница), исправе комбинованог превоза ствари или шпедитерске исправе. Такође, нема ни једне одредбе о путним картама или пртљажници. Све ове исправе, било да имају природу хартија од вредности или легитимационих исправа, данас се издају и у материјалној и у електронској форми и законик мора пратити такав развој и, ако је могуће, својим решењима га предупредити и омогућити.

Треће, посебно, са становишта правне сигурности, осетљиво је питање да ли применити законски концепт тзв. именованих хартија од вредности или отворити простор и за тзв. *неименоване хартије од вредности* (исправе које имају такву природу могло би овлашћено тело утврдити као такве на основу законског овлашћења – Комисија за хартије од вредности код серијских хартија од вредности, Привредна комора код појединачних, на пример).

## VIII Уместо закључка

После конституисања више држава на простору раније Југославије својеврсни национални нормативни романтизам запљуснуо је нове државе. Нови закони се „пишу“ (чудном техником) и тамо где има реалне потребе и тамо где свакако нема, али новокомпоновани суверенитети, ваљда, у правном заокружењу виде и своју целовитост. То је разлог зашто су све раније републике донеле „нове“ Законе о облигационим односима,<sup>60</sup> иако је изворни из 1978. године у струковној и научној јавности оцењиван најпохвалније и најужорније. Србија, која је

58 Вид. ЗОО, чл. 234, 235, 236, 237, 239, 240, 242–247, 248, 249, 260.

59 Вид. ЗОО, чл. 655–657, 740–748.

60 Вид. С. Перовић, „Кодификације уговорног права у савременим условима“, *Правни живоић*, бр. 11/2008, стр. 5–28; Б. Мораит, „О преднацрту Грађанског законика Републике Србије“, *Правни живоић*, бр. 10/2010, стр. 521–534; Г. Галев, „У сусрет кодификацији грађанског права Републике Македоније“, *Правни живоић*, бр. 10/2010, стр. 535–553.

ранијем ЗОО, који у њој с правом и сада важи, дала највише свог и националног и научног легитимитета, не без разлога, одлучила је да не понавља „већ виђено“ и да иде корак даље: припрема и доношење новог Грађанског законика, по систему јединственог уређења грађанских и трговачких послова и уз ослонац на чврст темељ који твори управо Закон о облигационим односима. Како је више од тридесет година његове примене изнедрило и неке његове слабости у контексту новог времена, нових сазнања, развоја правне науке и технике, доминације регионалне и међународне регулативе над националном, то ће свакако бројна решења овог закона бити преиспитана и извесно и на нов начин уређена. У овом раду учињен је управо један покушај оцене неких постојећих решења овог закона у вези са општим институтима, уговорима у привреди, хартијама од вредности и банкарским пословима и, с тим у вези, нацрта основа решења будућег ГЗС.

**Mirko VASILJEVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Belgrade**

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

## ECONOMY AND NEW SERBIAN CIVIL CODE

### Summary

*In this article the author critically analyzes the solutions of draft Serbian Civil code (SCC), in relation to existing Law on Contracts and Torts as well as in comparison to ranges of relevant identical regulations in certain reference countries, which is, in international or regional regulations. Since answers to these questions request previous answer to question of validity of certain codification movement, as well as answer to the question of range and importance of the first Civil code of modern Serbia (1844), the author firstly argues these questions and basically takes a positive stand. Also, the author seeks for answer to the question if the new Serbian Civil code is a need and/or necessity and answers positively: both, the need and the necessity. Further on, critical observations are made of basic postulates of Draft SCC, postulates of commercial contracts regulations – general and special part, postulates of banking contracts regulations and postulates of securities regulations. Giving basically positive judgment of Draft SCC, the author nevertheless criticizes its approach to the banking contracts regulations and securities regulations, advocating even more*

*restrictive approach in banking contracts (especially because of frequent changes and the primary role of autonomous international regulations and more coherent approach to securities system (bearing in mind the fact that numerous other domestic and international sources exist also here).*

**Key words:** *codification, economy, Civil code, general contract rules, commercial contracts, banking contracts, securities, specially about commercial contracts postulates (general and specialized part).*

---

# КОДИФИКАЦИЈА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

---

Dr. Dr. h.c. *Christa* JESSEL-HOLST

Affiliate, Max Planck Institute for Comparative and International Private  
Law, Hamburg, Germany

## RECENT CIVIL LAW CODIFICATIONS IN SOME EU MEMBER STATES AS POSSIBLE MODELS FOR THE WEST BALKAN REGION

### Summary

*Serbia is currently preparing for a new Civil Code. Similar efforts are made in other parts of the West Balkans (Macedonia, Kosovo). This contribution deals with the most Código Civil recent codifications in Europe (new Civil Codes of Hungary, Romania and Czech Republic) before the background of the European private law.*

**Key words:** *new Serbian Civil Code, civil law reform in West Balkan, EU private law, Hungarian Civil Code, Romanian Civil Code, Czech Civil Code.*

### I Introduction

The topic of codification of the civil law has for the West Balkan region a special significance. In comparison with other parts of continental European, codification has in this region much less tradition. It is of course true that positive examples exist. Thus, the Kingdom of Serbia adopted a Civil Code in 1844 which was mainly based on the Austrian Civil Code. Under Prince Nicholas I, Montenegro in 1888 adopted the General Property Law

which at the time received broad international attention and was translated into several foreign languages.<sup>1</sup> However, these two codes are by now far-away legal history.

During the Kingdom of Yugoslavia efforts were made for the creation of a Yugoslav Civil Code<sup>2</sup> which, however, never came into being. In 1946, the People's Republic of Yugoslavia in one single stroke repealed all legal provisions which had been adopted prior to 6 April 1941.<sup>3</sup> Since then, neither Yugoslavia, nor after the disintegration of Yugoslavia, any of the successor states have adopted a Civil Code. In former Yugoslavia, civil law was regulated in special acts, for certain matters on the level of the central state, for others (namely family and succession law) on level of the Yugoslav Republics and Autonomous Provinces. The most prominent of these acts was of course the Yugoslav Law on Obligations of 1978 which, although it has formally been repealed in several of the successor states, still has a dominating influence in all of them.

The Albanian approach<sup>4</sup> towards the issue of codification has been quite different. After Albania's finally gaining independence in 1912, the first Civil Code was adopted in 1929, as a modern codification which was shaped mainly after French and Italian models. After the Second World War, in the early years of the People's Republic of Albania the same tragic mistake was made as in the People's Republic of Yugoslavia (and also in the People's Republic of Bulgaria), namely: all pre-war legislation was repealed in one single legal act.<sup>5</sup> The Civil Code of 1929 was in the following years replaced by separate acts regulating property, obligations, family and succession law, which were based on the communist ideology. Civil law was again codified in 1982, more or less as a compilation of the already existing separate acts. After the collapse of communism, a new Albanian Civil Code has been adopted in 1994.<sup>6</sup> In other words Albania can within one century already look back on

1 The library of the Max Planck Institute in Hamburg possesses translations of the Montenegrin Code into German and French, see Shek, *Allgemeines Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstenthum Montenegro*, Berlin, 1893; Daresté, Rivière, *Code général des biens pour la principauté de Monténégro de 1888*, Paris, 1892.

2 See Eisner, Pliverić, *Mišljenja o predosnovi Gradjanskog Zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Zagreb, 1937; Vorentwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Jugoslawien (1933).

3 *Službeni list FNRJ*, no. 86, 1946.

4 For details see Dollani, "Indirect Germanic influences on Albanian private law regarding the legal regulation of juristic acts. The deviation of Supreme Court jurisprudence concerning registration of the transfer of immovable", in: Vasiljević, Kulms, Josipović, Stanivuković, *Private law reform in South East Europe. Liber Amicorum Christa Jessel-Holst*, Belgrade, 2010, pp. 352–374.

5 Law no. 61 of 1945, *Official Gazette* no. 12/1945.

6 For the 1994 Code, an English translation exists.

three successive comprehensive civil law codifications, reflecting quite different values and influences.

It should be mentioned that near-by Bulgaria, in its whole modern history, from liberation from the Ottoman rule until today never had a Civil Code. Several times attempts were made for codification but they all failed. Therefore Bulgarian civil law is still regulated in a piecemeal-approach. Currently, no comprehensive reform seems in sight.

## II Ongoing regional reform projects

Some West Balkan regions are at present preparing for a codification of their civil law. Various motives for such large-scale projects are conceivable, besides the modernization and further development of the civil law. The creation of one comprehensive Civil Code instead of partial regulations will strengthen the internal coherence and uniform systematics of the civil law of the respective country. The law will also be made more easily accessible. It may be supposed that the aspect of national identity also plays a role in West Balkan countries.

In preparation of a future Serbian Civil Code, which is the most advanced project, proposals on all five parts of the codification have already been published and it is clear that Serbia intends to follow the Pandects' approach. The structure of the Draft is similar to that of the German BGB, with a general part and special parts on obligations, family, property and succession.

Another country preparing a Civil Code is Macedonia; this would be the first Macedonian Civil Code ever. Apparently no parts of the Draft have been published yet, but the reform seems to be in an advanced stage.

There is also a more recent EU project on the way for a Civil Code of Kosovo, on the progress of which no detailed information is yet available.<sup>7</sup>

## III National civil law reform and the EU law

Although the EU has become more and more active in the field of private law, it would be unrealistic to expect a European Civil Code in the foreseeable future. The *Acquis communautaire* so far contains only fragmentary regulations. It deals intensively with issues of consumer protection which are regarded of essential importance for the functioning of the internal market. For the simplification of cross-border trade, the Commission has made a pro-

<sup>7</sup> In past years, Kosovo has already adopted separate pieces of legislation on family law, obligations, property and succession.

posal for the adoption of a Common European Sales Law (CESL).<sup>8</sup> In many parts of the civil law, intensive comparative research is done and will have to be continued. Principles, definitions and model rules of European private law have been analyzed and elaborated in the so-called Draft Frame of Reference<sup>9</sup> which is also intended to serve as a kind of tool-box to national legislators.

EU-harmonization may, or may not be an objective of a civil law codification. The candidate countries for EU accession are in their respective Stabilization and Association Agreement obliged to gradually adapt their legislation to the EU law. However, it is up to the individual state to choose the form and methods for transposition of EU directives into the national legal order. E.g. the recent Consumer Rights Directive<sup>10</sup> has by some Member States been integrated into the Civil Code, whereas others have enacted special legislation on issues regarding the consumers. The same freedom of choice applies for the candidate countries.

To give just two examples: France has transposed directives on consumer protection not in the Code Napoleon but in a separate *Code de la consommation*. In contrast, Germany has integrated into the Civil Code (BGB<sup>11</sup>) not only the Consumer Rights Directive but also many other directives.<sup>12</sup>

8 See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law of 11.10.2011, (COM2011) 635 final, available at: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common\\_sales\\_law/regulation\\_sales\\_law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf).

9 See von Bar, Clive (eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), full ed. vol. 1 to 6, Munich, 2009.

10 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, *OJ L* 304/64.

11 For an English translation of the BGB see [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0022](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0022).

12 Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions (*OJ L* 39 of 14 February 1976, p. 40); Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (*OJ L* 61 of 5 March 1977, p. 26); Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (*OJ L* 372 of 31 December 1985, p. 31); Council Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit (*OJ L* 42 of 12 February 1987, p. 48, last amended by Directive 98/7/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 amending Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit (*OJ L* 101 of 1 April 1998, p. 17); Council Directive



These were not integrated *en bloc*, but in the respective context, with due regard to the systematics and terminology of the German law, so as to preserve the internal coherence of the BGB. Throughout the text of the BGB, official notes indicate when a provision, or a set of provisions, serves to transpose EU law (and also indicate the specific directive). Certain provisions are marked as “*also serving to implement a directive*”. This information is provided for the correct interpretation of the provisions of the BGB, as purely national law, as transposed EU-Directive or as a combination of both.

## IV New civil law codifications in Romania, the Czech Republic and in Hungary

In this contribution the focus shall be on three EU Member States which have only recently adopted new Civil Codes, namely Hungary, Romania and the Czech Republic. For these countries, this is not the first codification of the civil law but a re-codification. It is not possible to provide in this paper a detailed analysis of three rather comprehensive Civil Codes. Instead, the intention of the author is to give a more general overview and to highlight some matters which may be of special interest in the context of the ongoing Serbian civil law reform.

### 1. Hungary

The first systematic civil law codification to be applied on Hungarian territory was the Austrian Civil Code (ABGB) of 1811 which was imposed

90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours (*OJ L 158 of 23 June 1990, p. 59*); Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (*OJ L 95 of 21 April 1993, p. 29*); Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis (*OJ L 280 of 29 October 1994, p. 82*); Directive 97/5/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 1997 on cross-border credit transfers (*OJ L 43 of 14 February 1997, p. 25*); Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts (*OJ L 144 of 4 June 1997, p. 19*); Articles 3 to 5 of Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems (*OJ L 166 of 11 June 1998, p. 45*); Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (*OJ L 171 of 7 July 1999, p. 12*); Articles 10, 11 and 18 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (“Directive on electronic commerce”, *OJ L 178 of 17 July 2000, p. 1*); Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions (*OJ L 200 of 8 August 2000, p. 35*).

on Hungary by an Austrian imperial order of 1852. Due to the political background, the ABGB was formally in force in Hungary less than ten years, but has nevertheless had a considerable influence since then on the development of the Hungarian civil law.<sup>13</sup> The Draft for a Hungarian Civil Code of 1928 failed. The first Hungarian civil law codification was finally accomplished in the year of 1959, that is: in the socialist period. After the fall of the communist regime the 1959 Code has been partially revised; it has since been amended numerous times.

The 1959 codification has been abrogated and replaced by the Law No. V/2013 on the Civil Code which went into force on 15 March 2014. The new Hungarian Code is by now available in German as well as in English translation.<sup>14</sup>

The prehistory of the Hungarian Civil Code may only be described as unusual. A first version was prepared by leading Hungarian scientists who after ten years of work submitted their draft to the government. However, the Ministry of Justice and the Parliament introduced so many changes that the codification committee, led by Prof. Lajos Vékás, withdrew and published their original draft instead.

The version prepared by the Ministry was adopted in Parliament as the Act No. CXX/2009 on the Civil Code. The entry into force was regulated in a special act from early 2010. However, the Constitutional Court declared the Act on entry into force of the Civil Code as unconstitutional. Then, elections were held and the government changed.

The newly elected government in 2010 enacted a law on the non-entry-into-force of the Civil Code of 2009. Then a new codification committee, again led by Prof. Vékás, was established which submitted a new draft by the end of 2011. However, this draft was again changed substantially by the Ministry and the Parliament. Finally, in February 2013 the Hungarian Parliament again adopted a Civil Code, this time successfully, although controversies with parts of the Hungarian legal community remained. Thus, Professor Vékás as head of the former codification committee, before the adoption of the Code, published an article on “Critique and proposals for improving the draft for the new Civil Code” in a leading Hungarian law journal.<sup>15</sup>

13 See Vékás, “Das ABGB und das ungarische Privatrecht”, in: *Festschrift 200 Jahre ABGB*, Vienna, 2011, pp. 307–318.

14 *Polgári törvénykönyv – Bürgerliches Gesetzbuch* [Hungarian and German], Wolters Kluwer, Budapest, 2013; *Polgári Törvénykönyv – Civil Code* [Hungarian and English], Wolters Kluwer, Budapest, 2013.

15 See Vékás, “Bírálat és jobbitó észrevételek az új Ptk. Törvényjavaslatához (a zároszavazás előtt)” [Criticism and improvement suggestions regarding the legislative proposal for the new Civil Code (before the final vote)], *Magyar Jog*, 2013, p. 1.

The Hungarian Civil Code<sup>16</sup> contains no provisions on the repeal or amendment of provisions in other legislative acts which are not in line with the Code. Since November 2013 quite a number of acts have been adopted for harmonizing certain segments of the legislation with the new Civil Code, but this seems to be still an ongoing process. The complexity of the task of adapting the existing Hungarian legislation to the new Civil Code can be demonstrated by Act No. CCLII/2013 “on the amendment of individual acts in connection with the entry into force of the new Civil Code”. This act amended not only 183 Hungarian legal acts. It also amended many provisions of the Civil Code itself, in the very year of adoption, before the Code could enter into force.

The Code stands in the line of Hungarian legal tradition, but has also been influenced in particular by the civil law of the Netherlands, Germany, Switzerland, France, Italy, not to forget Quebec (Canada). The Civil Code of the (French speaking) Province of Quebec entered into force on January 1, 1994; the other parts of Canada are under common law. The Quebec Code received attention in Europe not only from the point of view of comparative law scholarship, but also from legislators especially in Romania, but also in Hungary or the Czech Republic. An indicator for such influence is the introduction of the concept of “trust” in both the Hungarian and the Romanian new Civil Code.

The Hungarian Civil Code also transposes altogether 18 EU directives, in the field of consumer law, company law etc., which are listed in § 8:6 of the Code which is entitled “on conformity with the law of the EU”. The 2009 Hungarian Civil Code (the one which never entered into force) indicated in every single case which provision of the EU directives was transposed in which provision of the Code. This concept has been abandoned. It is therefore not obvious from the 2013 Civil Code which provisions originate from the European law and which don't. Time-sharing has remained outside the Civil Code; for it, a special regulation exists.

The Hungarian Civil Code of 2013 comprises altogether 1,596 provisions (from the three Codes considered in this paper, it is the shortest) and is divided into Eight Books as follows:

- Introductory provisions,
- Natural persons,

---

16 See in this context Küpper, “Ungarns neues BGB”, *Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO)*, 2014 (Teil 1: Entstehung und Inhalt – p. 129 et seq.; Teil 3: Familien- und Erbrecht – p. 205 et seq.; Teil 4: Juristische Personen – p. 234 et seq.; Teil 5: Gesellschaftsrecht Allgemeiner Teil – p. 266 et seq.; Teil 6: Gesellschaftsrecht Besonderer Teil und Sachenrecht – p. 327 et seq.; Teil 7: Allgemeines Schuld- und allgemeines Vertragsrecht – p. 366 et seq.); *WiRO* 2015 (Teil 8: Besonderes Vertragsrecht – p. 12 et seq.; Teil 9 – Gesetzliche Schuldverhältnisse, Wertpapiere, Zivilprozess – p. 46 et seq.).

- Legal persons,
- Family Law,
- Property Law,
- Law of obligations,
- Law of succession,
- Final provisions.

Hungary follows the monistic approach so that the Civil Code covers also the commercial transactions (other than for example the German law).

To begin with a couple of technical remarks: the numbering of provisions is not consecutive, but by Books (for example: § 6:250 indicates section 250 from Book Six), as in the Civil Code of the Netherlands. In the final provisions, the Civil Code provides for (very few) legal definitions (such as: consumer, trader, relatives). It does not follow the Anglo-Saxon tradition of an extensive list of definitions.

There is no General Part. The First Book is very brief and only stipulates some basic principles such as the principle of loyalty and good faith, or prohibition of abuse of rights.

The Second Book on Natural Persons *inter alia* contains an extensive regulation of personality rights, including sanctions for violations. Provisions on the legal consequences of sex change surgery (gender reassignment) were contained in the first draft but have since been deleted from the Code.

The Third Book on Legal Persons covers also most of the company law. For Hungary this is a new concept. Before, associations and foundations were regulated in the Civil Code and commercial companies in the Company Law Act. As a consequence, the Company Law Act has meanwhile been repealed.

Family law has previously been regulated by special legislation and is now transferred to the Civil Code. The Fourth Book on Family Law may be described as following a rather conservative approach. It begins with some general principles (protection of marriage and of family, protection of children, equal rights of spouses, protection of the weaker party). Marriage is defined as a union of man and wife (no same-sex marriage).

Some (few) provisions deal with “domestic partnership”. The legal definition of domestic partnership is provided in the obligation law (§ 6:514 *et seq.*), in the sense of cohabitation of two persons without marriage. This includes heterosexual as well as same-sex cohabitants. The family law section of the Code regulates the consequences of the termination of a partnership, that is: the right to maintenance claims and the right to use the former common home.

The Civil Code in a random way also refers to “registered” domestic partnership (§ 6:514). The first attempt to regulate registered partnerships

was at the time stopped by the Constitutional Court which argued that the introduction of a registered partnership, for same-sex as well as for heterosexual couples, would damage the institute of marriage which enjoys special protection under the Hungarian Constitution. The matter has been regulated separately, in Act No. XXIX/2009 on the registered partnership which applies only for same-sex couples.

Book Five now regulates the “property law”. Previously, the 1959 Civil Code regulated in one part of the Code the “ownership”, and limited real rights in the context of another part, namely the part on obligations as was the socialist tradition. The new part on property law extends also to pledge, including registered pledges on movables and mortgage. It also regulates the substantive land registry law. The Act on land registry has been amended accordingly. Apartment ownership is regulated by special legislation.

Book Six on Obligations regulates the contractual and non-contractual obligations, as well as securities. The Special part contains a very long list of standardized contracts, including modern types of contracts. For provisions on trust see § 6:310 et seq. The individual labor contract is, however, regulated in the Labor Act.

At the very end of the list of standardized contracts we find the contract on the afore-mentioned “domestic partnership” (§ 6:514 et seq). Cohabitants may conclude an agreement on their property relations. Failing such agreement, each partner is entitled to compensation for the property growth which has been acquired during the time of cohabitation, depending on the individual contribution to the increase in value.

Book Seven deals with the law of succession and contains only few novelties. Book Eight regulates entry into force as well as transposition of EU directives.

## 2. Romania

The first Romanian Civil Code was adopted in 1864; it was heavily influenced by the French Code Civil. The 1864 Code was not repealed, but substantially amended in socialist times. In 2009 a new Romanian Civil Code was adopted which went into force on 1 October 2011. There is a French translation available.<sup>17</sup> The reform of the Romanian Civil Code has a complex prehistory. Before the Second World War, the Kingdom of Romania prepared a new Code which was adopted in Parliament but never went into force. Repeated attempts for re-codification in the socialist period also failed. Then, in

17 See Laporte-Legeais, Moreau (eds.), *Noul cod civil-Nouveau code civil roumain, traduction commentée; traduction de la loi roumaine n. 287 du 17 juillet 2009 portant Code civil, telle que modifiée par la loi no. 71 du 3 juin 2011 de mise en application*, Paris, 2013.

the 90ies a codification committee was formed which included leading Romanian experts. They prepared a draft, but then the government changed and the draft was published but not adopted. Another committee finalized the draft, which was adopted in 2009, however without fixing the date of entry into force.

For this purpose, another committee was founded in 2010 which prepared a separate act for entry into force. The Act on entry into force of the Civil Code was adopted in June 2011 (and amended by Act No. 60/2012). In the Official Journal it fills no less than 50 pages. The reason for preparing such a lengthy act was that it contains not only transitory provisions and amendments in other pieces of legislation, but also many changes in the Civil Code itself (from p. 4 to p. 47 of the Official Journal). A large number of amendments to the Code were thus made even before the entry into force.

The Romanian Civil Code on the one hand carries on the Romanian (French-oriented) tradition. But on the other hand there was also a very strong influence from overseas, from the already mentioned Canadian Province of Quebec. The *Agence Canadienne pour le Développement International* supported cooperation between Canadian and Romanian experts. Official language of Quebec is French, the Romanian language belongs to the family of Romanic languages. In Quebec as well as in Romania there has traditionally been a strong influence of the French law. As a consequence of the dialog of experts, the new Romanian Civil Code follows the concept of integrating elements from the Quebec law into a French-based legal system, in combination with transposition of EU law, integration of international transactions law etc.

In the Romanian Code also solutions with origin in the common law can be identified. In addition, there is a substantial influence from soft law sources, e.g. as regards torts from the Draft Common Frame of Reference (DCFR) or, on contracts, from the Principles of European Contract Law (PECL). It is not surprising that the Romanian Civil is not always enough consistent, which may create problems in the practice.

The Romanian Civil Code comprises altogether 2,664 provisions and is divided into seven Books. Following French tradition, there is no general part. The structure of the Code is as follows:

- Introductory provisions,
- Persons,
- Family,
- Property,
- Succession,
- Obligations,

- Prescription etc,
- Private international law.

As regards scope, the Romanian Civil Code reintegrated the family law which previously had been regulated by a special act. The Code extends to private international law but does not regulate company law.

Romania now follows the monistic approach so that the Civil Code covers also commercial transactions. This is a new development. Before, Romania had a dualistic system. Commercial transactions were regulated in the Commercial Code from 1887 which was disregarded in socialist times but applied again after 1990. The new Civil Code will apply to business-to-business, business-to-private and to any other civil law entities (Art. 3).

As has been mentioned before, the Code introduced the concept of “trust” into the Romanian law, by regulating in detail “fiduciary” (Articles 773 to 791) and “administration of another’s property” (Articles 792 to 857). Romanian trust reflects various influences. Many provisions were copied from the Quebec Code, others are based on the French Civil Code as amended in 2007.

The Romanian Code does not expressly refer to any EU directives. As can be seen from the following remarks, EU consumer contract law was on principle transposed outside the Code, by special legislation. The same holds true for product liability (Art. 1.349).

Thus, the Distance Selling Directive (97/7/EC) and the Directive (85/577/EEC) regarding contracts negotiated away from business premises were at the time transposed by separate governmental regulations. The Unfair Terms Directive (93/13) was transposed in the Act No. 193/2000. As regards the Consumer Rights Directive 2011/83/EU, deadline for implementation was 13 December 2013, and for applicability of harmonized provisions – 13 June 2014. To this purpose the Romanian government passed Emergency Regulation no. 34/2014 on 4 June 2014 on the rights of consumers in respect to contracts concluded with traders and on modification and supplementation of some legal acts.<sup>18</sup>

The Code also extends to private international law. The Romanian private international law has first been codified in the Act No. 105/1992 on private international law relationships. This Act has been repealed and the rules on conflict of norms are now to be found in Book Seven of the Civil Code. However, a large number of issues from the field of private international law are now dealt with in regulations of the EU. Within the scope of application of such regulations, the Member States are no longer competent. As regards contractual and non-contractual obligations and maintenance, the Civil Code simply refers to “regulations of the European Union”.

---

18 *Monitorul Oficial* no. 427/2014.

In 2010 the EU adopted a regulation on the law applicable to divorce (Rome III Regulation).<sup>19</sup> The Rome III Regulation was promulgated in the Official Journal of the EU on 29.12.2010. It is applicable in Romania as from 21 June 2012. The Romanian Civil Code was amended in June 2011 and went into force on 1 October 2011. EU law has priority over the national law (Art. 5 Civil Code). Nevertheless, the Romanian Civil Code reserves no fewer than six provisions to the law applicable to the dissolution of marriage (Articles 2597 to 2602 CCiv.). These provisions are not even a copy of Rome III, although similarities exist. Articles 2597 et seq. applied for only a few months, because then the Regulation went into force, but they still have not been deleted from the Civil Code.

It should be mentioned that in the context of private international law, the Romanian Civil Code regulates also the law applicable to fiduciary (Articles 2659 to 2662).

### 3. Czech Republic

Former Czechoslovakia adopted a first Civil Code in 1950 and a second in 1964. The 1964 Code was taken over after the breakup by the Czech Republic and has since been amended many times. It has now been replaced by the new Civil Code (Act 89/2012 Sb.) which went into force on 1 January 2014. In 2012 the Czech Republic also adopted new Acts on company law and on private international law, both of which are regulated by separate acts. So far, apparently no translation of the Civil Code exists.<sup>20</sup>

The Czech Civil Code follows the monistic approach and applies also to commercial transactions. The Code comprises 3,081 provisions and is divided into five parts. The structure is the following:

- General part,
- Family law,
- Absolute property rights,
- Relative property rights,
- Transitional and final provisions.

The “absolute property rights” include property and succession. The expression “relative property rights” designates the law of obligations.

19 Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, *OJ L* 343/10.

20 For details see Bohata, “Neugestaltung des tschechischen Zivilrechts”, *WiRO*, 2011 (Teil 1: Allgemeiner Teil des zukünftigen BGB – p. 353 et seq.); *WiRO*, 2012 (Teil 2: Sachen und Rechtsgeschäfte – p. 7 et seq.; Teil 3: Verjährung und Präklusion – p. 105 et seq.; Teil 4: Juristische Personen – p. 133 et seq.; Teil 5: Internationales Privatrecht – p. 193 et seq.); *WiRO*, 2014 (Teil 6: Einführungsgesetz zur Privatrechtsreform – p. 1 et seq.).



In 2013 an Introductory Act to the Civil Code was adopted. Adaptation of the Czech legal order to the new Civil Code is dealt with in a brief omnibus clause (§ 3029 of Civil Code). The Introductory Act limits itself to those amendments which directly result from the entry into force of the Civil Code. Therefore, in the Czech Republic adaptation of the legal order to the Civil Code is a step-by-step process.

The Czech Civil Code combines various influences. Besides continuation of the own legal tradition, in particular of the draft Civil Code from 1937, it contains elements from the EU law and also reflects the experience from continental civil codes such as Austrian ABGB and German BGB. But also the Quebec Civil Code has been taken into consideration.

The Czech Consumer protection act has remained in force but deals only with the public law aspects. The civil law aspects of the Acquis in the field of consumer law have been integrated into the new Civil Code, including the Consumer Rights Directive. Product liability has been transferred from special legislation to the Civil Code.

Family law has been re-integrated into the general civil law; before, it was regulated by special legislation. Same-sex partnership will also in future be regulated by special legislation and not in the Civil Code.

From the three Codes discussed in this paper, only the Czech Civil Code contains a genuine General Part. In this respect, it follows a pattern similar to that of the Serbian reform project. However, the Czech General Part is much larger and comprises no less than 654 sections. It regulates in detail:

- Selected general principles,
- Persons (natural persons, legal persons),
- Agency,
- Movable and immovable things,
- Arising, change and termination of legal relationships.

As regards the general principles of the civil law, the new Code emphasizes party autonomy. The scope of application of party autonomy has been extended considerably.

Legal person regulated in the Civil Code are in particular associations, foundations and institutions. Section 489 of the Code provides a legal definition of a “thing” (“all that is not a human being and is destined to fulfil human needs”). Therefore under Czech law, even energy, or intellectual property are considered “things”. As regards movable and immovable things, the Code re-introduces in Section 506 the principle of *superficies solo cedit*, meaning that buildings are legally considered part of the land.

## V Final remarks

Continental Europe can look back on a unique heritage of civil law codifications: French Code Napoleon, Austrian ABGB, German BGB, Italian Codice Civile, Swiss Civil Code, Código Civil of Portugal, Código Civil of Spain, Greek Civil Code, Civil Code of the Netherlands, Civil Code of the Russian Federation and others. Intensive comparative legal research has been made on all of these and has proved exceptionally fruitful. The intention of this paper is to draw attention to the new Civil Codes of Hungary, Romania and the Czech Republic as the most recent codifications in Europe.

Др Кристиа Јесел-Холст  
 Макс Планк Институт за упоредно и међународно приватно право,  
 Хамбург, Немачка

## НОВЕ КОДИФИКАЦИЈЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У НЕКИМ ДРЖАВАМА ЧЛАНИЦАМА ЕУ КАО МОГУЋИ МОДЕЛИ ЗА РЕГИОН ЗАПАДНОГ БАЛКАНА

### Резиме

*Србија ипренуићно иприћрема нови Граћански законик. Слични наио-ри се чине и у друићм деловима Заићадноћ Балкана (Македонићја, Косово). Овај рад се бави најновићјим кодификаћјима ираћанскоћ иправа у Евроићи (нови Граћански законик Маћарске, Румунићје и Чешке Реићублике) имајућћи у виду ићозадину евроићскоћ иприваићноћ иправа.*

**Кључне речи:** *нови срйски Граћански законик, реформе ираћанскоћ иправа у Заићадном Балкану, иприваићно иправо ЕУ, маћарски Граћански законик, румунски Граћански законик, чешки Граћански законик.*

Др Небојша ЈОВАНОВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## „ПРЕЛЕТОМ“ ПРЕКО ГЛАВНИХ СЛАБОСТИ ПРЕДНАЦРТА ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА У ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА\*

### Резиме

Писац у раду указује на основне мане предложених измена Преднацрта грађанског законика Србије из 2014. године у односу на правила Закона о облигационим односима из 1978. године. Он се углавном бави неусклађеношћу Преднацрта са правилима међународних конвенција које је Србија ратификовала. Недовољна усклађеност се пре свега тицхе уговора о куйојродаји, али и ојшћее уговорној йрава. Осим тооа, указује се на нелогичност, йа и йрошћивречност, предложених измена у вези са йривредним уговорима, као шћо су оне које се односе на йојам йрџовца (йривредној субјектйа), уговор о йрџовинском засйуууању, ускладишћењу, йревозу и ийри и ойклади. Указује да је Преднацрт йисан офрље, без сйручној удубљивања у мајерију и уз нейојребно йрејисивање хрвайских йравила о облигацијама. Закључује се да на Преднацрту мора још мноо да се ради, јер била би брука да се усвоји као законик у садашњем шексћу.

**Кључне речи:** Грађански законик, йреднацрт, нацрт, облигације.

---

\* Рад се објављује у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду (най. ауй.).

## I Увод

Прошле године је у Србији обележено 170 година од доношења Српског грађанског законика из 1844. године, којег су револуционарне комунистичке власти укинуле 1946. године Законом о неважности правних прописа (чл. 4).<sup>1</sup> Његова правила су се, међутим, и даље примењивала до доношења Општих узанси за промет робом 1954. године, да би највећим делом коначно престала доношењем Закона о облигационим односима 1978. године. Само правила о ортаклуку, поклону, послузи и игри и опклади су остала да се примењују у судској пракси на основу Закона о неважности (чл. 4), јер ти уговори нису били уређени Законом о облигационим односима.

Следећи кодификаторску традицију континенталноправног система Србија је 2006. године одлучила да замени постојећи систем разуђеног уређивања грађанскоправне области путем неколико посебних закона системом обједињеног уређивања путем једног законика, односно кодификацијом. Стога је образовала стручну комисију и задужила је да напише нацрт Грађанског законика.<sup>2</sup> Након вишегодишњег рада Комисија је објавила Преднацрт грађанског законика 2014. године (даље у тексту: Преднацрт), којим су у облигационим односима предвиђене бројне и важне измене у односу на Закон о облигационим односима. Имајући у виду вишегодишњи рад Комисије и чињеницу да је чине истакнути стручњаци за грађанско и трговинско право, могло се очекивати да је припремила ваљан текст Грађанског законика. Разматрањем предвиђених измена стиче се утисак да је Комисија лоше обавила посао у облигационоправном делу (књига друга Преднацрта), због бројних слабости које садржи.

## II Слабости

Главне слабости Преднацрта у облигационим односима су двојаке. Прва је неусклађеност Преднацрта са важећим међународним конвенцијама које је Србија ратификовала, јер је Комисија то усклађивање задала себи као један од битних циљева рада на законик.<sup>3</sup> Друга слабост јесу бројне и зачуђујуће грешке, нелогичности, па и про-

1 *Сл. лист* ФНРЈ, бр. 86/1946.

2 Одлука Владе Републике Србије о образовању посебне комисије ради кодификације грађанског права и израде Грађанског законика Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 104/06, ..., 85/09).

3 Друга књига Преднацрта (Облигациони односи), „Уводне напомене“, стр. 4, доступно на интернет адреси: [http://www.kopaonikschool.org/gradjanski\\_zakonik.html](http://www.kopaonikschool.org/gradjanski_zakonik.html).

тивречности новопредвиђених правила у Преднацрту о многим уговорима, а пре свега о уговорима у привреди или „привредним уговорима“, како су названи Преднацртом (чл. 12).

## 1. Неусклађености

Закон о облигационим односима није усклађен са Конвенцијом УН о уговорима о међународној продаји робе, која је закључена 1980. године у Бечу (даље: Бечка конвенција), као главном конвенцијом у облигационим односима. Ова конвенција је главна за облигационе односе у међународној трговини из два разлога. Први је тај што су је ратификовале 83 државе, међу којима је огромна већина водећих држава света у међународној трговини (нпр. САД, Русија, Немачка, Кина), због чега је она постала готово општеприхваћено право купопродаје у свету. Други разлог је тај што се њом уједначава не само право купопродаје у државама чланицама у међународној трговини, него и друга питања уговорног права (нпр. закључење уговора, раскид уговора, уговорна одговорност за штету). Осим тога, Преднацрт није усклађен ни са Конвенцијом УН о застарелости потраживања у међународној продаји робе која је закључена у Њујорку 1974. године, а измењена Протоколом увојеним у Бечу 1980. године (даље: Конвенција о застарелости).<sup>4</sup>

Због ове неусклађености постоји двојни правни режим српског права о уговору о купопродаји. Један је онај којим се уређује домаћа (унутрашња) купопродаја, а други је режим спољнотрговинске купопродаје. За уговор о купопродаји између домаћих лица важе правила Закона о облигационим односима, док за уговор о купопродаји између домаћих и страних лица, која имају седиште (пребивалиште) у страниој држави уговорници Конвенције, важе правила Бечке конвенције и Конвенције о застарелости (даље заједнички назив за обе конвенције: конвенције о купопродаји). Ово стога што ове конвенције, као и сви међународни уговори, по Уставу Србије из 2006. године имају предност у односу на домаће законе, ако се њихова правила разликују у истом питању које уређују (чл. 16). Стога су правила конвенција о купопродаји постала саставни део нашег унутрашњег права о купопродаји у спољној трговини. Домаћа лица често нису свесна овог двојног режима кад уговарају купопродају са странцима, јер често не знају ни за постојање Бечке конвенције, или за њена правила, мислећи да су она иста као пра-

4 Обе конвенције је ратификовала још социјалистичка Југославија, и то Бечку конвенцију 1984. године (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/1984), а Конвенцију о застарелости 1978. године (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 5/1978). Ове конвенције су ступиле на снагу 1988. године.

вила Закона о облигационим односима. То ствара ризик по домаћа лица од губитка евентуалних спорова, ако олако и из незнања за ову двојност режима закључују уговоре о међународној купопродаји, што може да буде прилично штетно по њихове интересе, али и интересе целе домаће привреде.

Штетност двојства правног режима унутрашње и спољнотрговинске купопродаје у Србији може да се отклони усклађивањем српских правила облигационог права са конвенцијама о купопродаји. Стога је израда новог грађанског законика Србије прилика да се двојност отклони, што је Преднацртом покушано. Мана усклађивања домаћег права са конвенцијама јесте у томе што оно изискује бројне измене важећих правила тренутно садржаних у Закону о облигационим односима, не само у питању купопродаје, него и целог уговорног права. Оне су нужне, јер је бесмислено да се питања закључења, раскида, одговорности за штету и застарелости у уговору о купопродаји уреду друкчије од општег уговорног права. Стога је нужно да се битно измене општа правила уговорног права у питањима које уређују конвенције о купопродаји. То изискује врло пажљив и стручан рад на измени важећих правила уговорног права, а посебно на усклађивању нових (измењених) правила са осталим (неизмењеним) правилима, како не би дошло до њихових противречности, а тиме и до бесмислености и немогућности њиховог тумачења. Овакво „реновирање“ домаћег уговорног права би створило велике тешкоће у примени нових правила, ако буду ступила на снагу, због тога што су правници свикли на важећа правила Закона о облигационим односима, те би морали велики део уговорног права поново да уче. То би сигурно у почетку стварало бројне тешкоће у тумачењу пре свега у судској пракси, што би изазивало и појачану правну несигурност.

Ако се у писању новог грађанског законика определи за такав приступ, који подразумева присиљавање српског правништва на поновно учење великог дела уговорног права, онда ваља да се домаће уговорно право, а посебно право купопродаје, потпуно и доследно усклади са конвенцијама о купопродаји. У Преднацрту се, међутим, није тако поступило, него се прихватио приступ делимичног усклађивања, јер су његова правила само у неким питањима усклађена са Бечком конвенцијом, а у другим нису, при чему се потпуно изоставило усклађивање са Конвенцијом о застарелости. Тиме се не постиже ваљано жељени циљ, јер би по садашњем тексту Преднацрта опстао двојни правни режим за унутрашњу и спољнотрговинску купопродају, иако у мањем броју питања него раније.

## 2. „К’о бајаги“ усклађености

У разматрању питања у којим Преднацрт није усклађен са конвенцијама о купопродаји ваља прво да се укаже на питања у којим је са њима усклађен. То су питања начина и разлога једностраног раскида двострано-обавезујућих уговора уопште, а посебно уговора о продаји.

У питању *начина* једностраног раскида Бечка конвенција усваја систем изјаве (саопштења), док Закон о облигационим односима усваја систем раскида по сили закона протеком накнадног рока. Систем изјаве о раскиду значи да поверилац, по Бечкој конвенцији, мора да саопшти дужнику да раскида уговор због повреде обавезе коју је овај учинио (чл. 49, 64). И кад опоменом остави дужнику додатни рок за отклањање повреде уговора (нпр. доцња у испуњењу, мане ствари), па овај то не учини ни у додатном року, поверилац мора раскид да саопшти дужнику у разумном року након протекла додатног рока, јер иначе уговор опстаје. Систем изјаве о раскиду се примењује без обзира да ли је дужникова повреда уговора битна или није.<sup>5</sup> За разлику од тога, Закон о облигационим односима обавезује повериоца да, у начелу, прво опомене дужника да ће раскинути уговор ако му обавезу ваљано не испуни у накнадном року, тако да се уговор раскида по сили закона протеком накнадног рока, без давања икакве изјаве, ако је дужник не испуни ни у накнадном року (нпр. купац да исплати цену, продавац да испоручи робу, поправи или замени манљиву ствар; чл. 126). Напомиње се да је систем изјаве о раскиду био предвиђен првобитним нацртом Закона о облигационим односима, али да је у коначној верзији замењен важећим системом.<sup>6</sup>

Преднацрт уводи међурешење, предвиђајући три начина раскида уговора, чиме се ни у овом питању не усклађује доследно са Бечком конвенцијом. Прво, ако је испуњење обавезе о року битан састојак уговора, уговор се раскида по сили закона безуспешним протеком уговореног рока, без обавезе повериоца да дужнику остави накнадни рок за испуњење (чл. 77). Овај начин раскида је задржан из Закона о облигационим односима (чл. 125), али га нема у Бечкој конвенцији, јер она не познаје раскид истеком рока по сили закона (по самом праву), осим ако је тако уговорено. Други начин раскида је предвиђен за битну повреду уговора. Она постоји кад неиспуњење обавезе дужника изазива повериоцу такву штету да га суштински лишава користи коју је од уговора оправдано очекивао или услед које не може да оствари сврху уговора.

5 Јелена Вилус, *Коментар Конвенције УН о међународној продаји робе*, Информатор, Загреб 1981, стр. 134, 150, 151.

6 Михаило Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Правни факултет у Београду, Београд 1969, стр. 39, 40 (чл. 93–97).

Због битне повреде уговора поверилац може, али не мора да остави додатни рок за испуњење, већ може одмах да дужнику саопшти да раскида уговор (чл. 79). Овај начин раскида уговора постоји у Бечкој конвенцији (чл. 47, 49, 63, 64), али не и у Закону о облигационим односима.<sup>7</sup> Трећи начин једностраног раскида уговора важи у случају кад испуњење о року није битан састојак уговора. Тада поверилац нема право да одмах раскине уговор, као кад је повреда битна, већ мора дужнику да остави накнадни примерени рок за испуњење. Ако дужник не испуни обавезу ни у накнадном року, поверилац раскида уговор изјавом саопштеном дужнику. Овај раскид уговора уређује Бечка конвенција кад повреда уговора није битна (чл. 49, 64), али не и Закон о облигационим односима, јер се по њему уговор раскида по сили закона истеклом накнадног рока, а не повериочевом изјавом дужнику (чл. 126). Очигледно је да Преднацрт мења правила о разлозима једностраног раскида из Закона о облигационим односима, али да их не усклађује доследно са Бечком конвенцијом.

У питању *разлоја* за једностран раскид двострано-обавезујућих уговора Преднацрт је боље усклађен са Бечком конвенцијом. Бечка конвенција усваја систем разликовања битне од небитне повреде уговора као разлога за његов једностран раскид. Кад је повреда битна, онда поверилац, било да је продавац или купац, има право да раскине уговор без остављања дужнику накнадног рока, тако што му изјаву о раскиду мора да саопшти. Ако повреда није битна, онда мора да дужнику остави додатни рок разумне дужине, како би му омогућио да отклони повреду, односно да ваљано испуни обавезу. Ако дужник то не учини ни у додатном року, онда поверилац има право да изјави дужнику да раскида уговор. Оваквог разликовања разлога за раскид уговора нема у Закону о облигационим односима. Њиме је само предвиђено да поверилац нема право да раскине уговор због неиспуњења незнатног дела обавезе (чл. 131). Преднацрт усклађује наше право са Бечком конвенцијом уводећи битну повреду уговора, као разлог за његов раскид без остављања додатног рока, али уз обавезу повериоцу да га дужнику саопшти (чл. 79, чл. 463, 464). Тиме се у српско уговорно право уводи *common law* систем битне повреде уговора, као разлога за једностран раскид.<sup>8</sup> Он је требало да се уведе већ 1978. године у Закон о облигационим односима на основу првобитног текста његовог нацрта, али је у коначној верзији

7 J. Вилус, *нав. дело*, стр. 131, 132, 149–152.

8 John Cartwright, *Contract Law*, Oxford University Press, Oxford 2007, стр. 256; Guenter Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford 2004, стр. 321; Небојша Јовановић, *Кључне разлике енглеској и српској уговорној права*, Службени гласник, Београд 2008, стр. 93.



искључен.<sup>9</sup> Да је тада уведен, сада не би било главобоље у вези са овим питањем, јер је оно тада било знатно боље уређено него што је данас у Преднацрту.

### 3. Поједине неусклађености

Бројна су питања уговорног права уопште, а посебно уговора о купопродаји, у којим Преднацрт није усклађен са конвенцијама о купопродаји. Неусклађености се састоје у томе што нека питања, која су уређена конвенцијама, уопште нису уређена Преднацртом, док су друга питања уређена, али различито, било да су задржана правила из Закона о облигационим односима било да су предвиђена друкчија правила од конвенција. Од питања која нису уређена Преднацртом спомиње се само неколико најважнијих, јер би детаљно излагање о њима захтевало знатно дужи и озбиљнији научни рад. То су питања права излечења, естопела у споразумном раскиду или измени уговора, правног узнемиравања по основу интелектуалне својине на продатој ствари, преласка ризика на роби током превоза и застарелости.

*Право излечења (right to cure)* јесте право дужника, који је обавезу лоше испунио пре доспелости (нпр. продавац испоручио манљиву ствар, купац платио цену погрешном валутом), да отклони повреду своје обавезе у времену преосталом до доспелости (нпр. да замени лошу ствар исправном, да је поправи, замени погрешну валуту уговореном). Ово право потиче из *common law* система, а прихвата га и Бечка конвенција (чл. 37, 48).<sup>10</sup> Њиме дужник спречава повериоца да олако раскине уговор. Бечка конвенција ово право даје продавцу и кад падне у доцњу у испоруци робе. Наиме, продавац има право да о свом трошку накнадно отклони сваку повреду својих обавеза, под условом да то учини без неразумног одлагања и стварања купцу неразумних тешкоћа. Ако купац сноси неке трошкове задоцнелог „излечења“ повреде продавчеве обавезе, продавац је дужан да му их накнади, као и што је дужан да му накнади сву штету коју претрпи услед оваквог начина испуњења. Кад продавац захтева од купца да се изјасни да ли пристаје на накнадно испуњење обавезе (излечење). Купац може да одбије продавчев захтев, али ако му не одговори у разумном року на захтев, сматра се да је пристао, те да продавац има право да испуни обавезу и у накнадном року који је саопштио купцу у свом захтеву. До истека тог рока купац нема право да раскине уговор, нити да се позива ни на једно друго средство заштите својих права које би било противно продавчевом праву излечења (нпр.

9 М. Константиновић, *нав. дело*, стр. 39, 40 (чл. 94–97); 130, 140 (чл. 417, 418).

10 Roger Miller, Gaylord Jentz, *Business Law Today*, Thomson, Mason 2003, стр. 311.

снижење цене). Овакав захтев продавца обавезује одсутног купца само ако га је примио, што значи да продавац сноси ризик грешке поште у достављању његове поруке купцу (теорија пријема).

Право излечења није потребно дужнику, па ни продавцу, у важећем српском праву, јер, у начелу, поверилац, а пре свега купац, нема право да одмах једнострано раскине уговор због битне повреде, као што га има у *common law* систему. Ово стога што се оно углавном примењује кад продавац испоручи ствар са физичком маном, која се у *common law* систему сматра битном повредом уговора. У српском праву, напротив, купац и други поверилац (нпр. наручилац посла) редовно је дужан да захтева од продавца отклањање мане у накнадном року, што омогућава продавцу, односно другом дужнику у другом уговору (нпр. посленику у уговору о делу) да отклони ману (тј. да излечи лоше испуњење). Ако се, међутим, Преднацртом усклађује српско право купопродаје са Бечком конвенцијом, онда је требало да се њиме и уреди и право излечења.

*Естопел* (*estoppel*) јесте забрана једном уговорнику да оспори своју раније дату изјаву саговорнику (нпр. обећање), који се уздао у њену истинитост у обављању својих послова. Учење о естопелу (*Doctrine of Estoppel*) потиче из енглеског права, а у у Бечкој конвенцији је примењено у питању неформалне измене писменог уговора о продаји (чл. 29).<sup>11</sup> У складу са начелом неформалности, Конвенција допушта да се закључени уговор раскине или измени обичним споразумом уговорних страна, и кад је уговор закључен у писменој форми. Међутим, кад је у писменом уговору углављено да се може раскинути или изменити само у писменом облику, а један од уговорника је својим понашањем одступио од тога, касније нема право да саговорнику захтева поштовање писменог облика измене или раскида уговора, ако се саговорник уздао у такво његово понашање у испуњавању обавеза из уговора. Преднацрт, међутим, не садржи такво правило у вези са формом споразумног раскида или измене уговора (чл. 51–54), те би ваљало да се то учини, како би се доследно ускладио са Бечком конвенцијом.

Бечка конвенција посебно наглашава да је један од начина правног узнемиравања купца онај који се заснива на *индустријској или другој интелектуалној својини*, као што је патент, лиценца или ауторско право (чл. 41–43). Стога обавезује продавца да и из тог разлога заштити купца у случају правног узнемиравања, чега нема ни у Закону о облигационим односима, ни у Преднацрту. Иако је важећа дефиниција правне мане у Закону о облигационим односима (чл. 508), која Преднацртом није мењана (чл. 481), довољно широка да обухвати и ману у интелектуалној својини, ваљало би да се Преднацртом посебно нагласи и таква врста

11 J. Cartwright, *нав. дело*, стр. 129–137; G. Treitel, *нав. дело*, стр. 49, 50, 54–56; Н. Јовановић, *Кључне разлике*, стр. 29.

правне мане ствари, како би се избегла могућа друкчија тумачења у пракси у односу на Бечку конвенцију.

Преднацртом се не мењају правила Закона о облигационим односима, којим се уређује *прелазак ризика* са продавца на купца за случајну пропаст ствари током њене предаје (чл. 426, 427, 478, 443). Суштина тих правила је да продавац сноси ризик до часа предаје ствари купцу, након чега ризик прелази на купца. Ако купац падне у доцњу у пријему ствари (нпр. неоправдано је одбије), ризик на њега прелази у часу падања у доцњу. Суштински иста правила у овом питању садржи и Бечка конвенција (чл. 31, 69). Њом се, међутим, посебно уређује још један случај преласка ризика који није уређен ни Законом о облигационим односима ни Преднацртом. То је случај продаје робе током превоза (чл. 68). Тада ризик са продавца на купца прелази у часу закључења уговора, осим ако из околности случаја проистиче да је ризик прешао на купца већ у часу предаје робе превозиоцу, који је издао исправу којом потврђује да ју је примио на превоз. Међутим, кад је продавац знао или морао знати да је роба изгубљена или оштећена током превоза, ризик остаје његов, ако то није саопштио купцу у часу закључења уговора.

*Рок застарелости* по Конвенцији о застарелости износи четири године од дана доспелости потраживања, с тим да никако не може да буде дужи од 10 година, упркос застојима (чл. 8, 23).<sup>12</sup> Изгледа да овај рок застарелости потиче из права САД, јер га нема у енглеском праву, као колевци *common law* система.<sup>13</sup> У Закону о облигационим односима и Преднацрту тај рок за уговоре о промету робе и услуга, у које спада и уговор о купопродаји робе из Конвенције о застарелости, износи три године. Стога би ваљало да се Преднацртом овај рок продужи на четири године, како би се изједначио рок застарелости у домаћој и спољној трговини. Тиме би се избегла постојећа заблуда домаћих лица да је тај рок и у спољној трговини само три године, што изазива ризик губитка парнице само из разлога непознавања права. Осим тога, ваљало би да се Преднацртом измене још нека важећа правила о застарелости (нпр. о прекиду и застоју, о уговорном продужењу и скраћењу рока застарелости), како би се ускладила са Конвенцијом о застарелости. Она би требало да се измене бар у вези са трговинском купопродајом, ако се нема воље да се то учини и у осталим облигационим односима.

12 Конвенција о застарелости детаљно уређује доспелост тражбине (чл. 9–12), прекид рока застарелости (чл. 13, 14), застој (чл. 15), продужење (чл. 22), скраћење (чл. 23) и последице (неутуживост, чл. 24). За разлику од нашег права које не допушта ни продужење ни скраћење рока застарелости вољом уговорника, Конвенција допушта продужење прописаног рока застарелости писменом изјавом дужника повериоцу, али забрањује уговорно продужење, с тим да допушта његово уговорно скраћење (чл. 23).

13 R. Miller, G. Jentz, *нав. дело*, стр. 326, 327.

#### 4. Питања која су различито уређена

Преднацртом се предлаже неколико нових правила, којим би требало да се домаће право усклади са Бечком конвенцијом. Ипак, та правила су различита од Бечке конвенције, чиме губе смисао. Она се тичу опозивости понуде за закључење уговора, дефиниције физичких мана и рока за приговор због мана ствари.

Бечком конвенцијом се *иретийоставља* да је *йонуда ойозива*, јер се неопозива понуда установљава као изузетак. Неопозива понуда постоји само кад је у њој назначено да је неопозива или кад је понуђени у неопозивост разумно веровао и тако се понашао (чл. 16). Ако је понуда опозива, онда је понудилац може опозвати чак до часа док понуђени не пошаље прихват понудиоцу. Ако је неопозива, онда се, ипак, може опозвати, ако опозив стигне понуђеном пре или истовремено са понудом, што је ранији тренутак у времену у односу моменат слања прихвата (чл. 15). Тиме се у Бечкој конвенцији чини још један уступак правилима *common law*-а.<sup>14</sup> За разлику од тога, Законом о облигационим односима претпоставља се да је понуда неопозива, јер понудиоца обавезује од часа кад ју је понуђени примио, осим ако је понудилац ту обавезу у понуди искључио или то произлази из околности посла. Стога је понудилац може опозвати само ако опозив стигне понуђеном пре или истовремено са понудом, чиме се спречава наступање њеног дејства (чл. 36).

Преднацртом се, међутим, предлаже једно смушено алтернативно решење дејства понуде (чл. 23), којим би наше право требало да се усклади са Бечком конвенцијом, а, у ствари, се његов читалац збуњује. Ево у чему је забуна. Њиме је најпре предвиђено да понуда обавезује понудиоца од часа кад стигне понуђеном (чл. 23 ст. 1). Онда се каже да „понуда, чак и кад је неопозива, може да се опозове, ако опозив стигне понуђеном пре или истовремено са понудом“ (ст. 2). Потом се каже да „све док се уговор не закључи понуда може да се опозове, ако опозив стигне понуђеном пре него што је отпослао свој прихват“ (ст. 3). Најзад, даје се дефиниција неопозиве понуде (ст. 4), која је истоветна са оном из Бечке конвенције (чл. 16). Оваквим уређивањем дејства понуде, а нарочито читањем другог и трећег правила (става 2 и 3 члана 23), закључује се да понудилац може да опозове понуду, и кад је неопозива, до часа док не стигне понуђеном, али да је, ипак, може опозвати и касније, а то значи док му понуђени не пошаље свој прихват. Тиме се, најпре, успоставља начело неопозивости понуде, али се потом понудиоцу даје право да је опозове и пошто ју је понуђени примио, чиме се успоставља начело опозивости. Збуњујуће, зар не? Утисак је да је посреди неумешност писца тих правила у Преднацрту, јер је требало само

14 G. Treitel, *нав. дело*, стр. 20, 21; J. Cartwright, *нав. дело*, стр. 102.

да треће правило стави на место другог, па би било јасније и усклађено са Бечком конвенцијом.

Бечка конвенција уређује појам *физичке мане* робе, како ми кажемо, или „неусклађености робе са уговором“, како се у њој каже (чл. 35), ради постављања критеријума за одговорност продавца. Тај појам је сличан оном у Закону о облигационим односима (чл. 479), али није исти. Стога је Преднацртом предложено да се измени, при чему то није учињено потпуно (чл. 450). Непотпуност усклађивања се схвата простим упоређивањем дефиниција намене робе, као мерила за утврђивање њене физичке мане у Конвенцији и у Преднацрту. Конвенција одређује да мана постоји ако роба „није погодна за нарочиту сврху која је продавцу изричито или прећутно стављена до знања у време закључења уговора, осим кад околности указују на то да се купац није ослонио нији је било разумно ослонити се на стручност и просуђивање продавца“. Преднацрт садржи исту дефиницију, али делимично, јер се не спомиње изузетак који постоји кад се купац није уздао у стручност продавца. Није јасно чему смисао оваквог делимичног усклађивања нашег права купопродаје са Бечком конвенцијом, јер је лагодно могло да се задржи важеће правило Закона о облигационим односима, које је, такође, различито од Бечке конвенције у овом питању. Осим тога, Бечка конвенција одређује да физичка мана испоручене робе постоји и кад роба *није ујаклована* или иначе заштићена на уобичајени начин. Закон о облигационим односима нема тог правила, а ни Преднацрт. Није јасно зашто је уопште мењано правило о појму физичке мане у Преднацрту у односу на Закон, ако није потпуно усклађено са појмом из Конвенције.

Бечка конвенција одређује да је купац дужан да *приговори* продавцу због *физичке мане* робе у *разумном року* пошто ју је открио, а најкасније у року од *две године* од дана кад је роба стварно предата купцу. Изузетно, овај рок се не примењује, кад није у складу са роком у уговорној гаранцији, јер тада може да буде дужи (чл. 39). Ови рокови су различити од правила Закона о облигационим односима (чл. 453). Њиме се „оптерећује“ купац да обавести продавца о видљивој физичкој мани одмах по пријему, а о скривеној у року од осам дана пошто ју је открио у грађанској продаји односно одмах по откривању у привредној продаји. Дакле, нема „разумног рока“ из Бечке конвенције. Осим тога, продавац по нашем закону не одговара за ману која се појави после шест месеци од кад је предао ствар купцу, ако не уговори дужи рок. Преднацртом се не мењају ова правила Закона, иако је Бечком конвенцијом објективни рок за приговор продужен чак на две године. Изостављање у Преднацрту продужења објективног рока за приговор на физичке мане робе са шест месеци на две године још више је збуњујуће, кад се прочита члан Преднацрта, којим се уређује рок за тужбу због правних мана, јер се

у њему предлаже алтернатива да се рок продужи са важеће једне, на две године (чл. 490). Како се Бечком конвенцијом предвиђа преклузија права купца по основу правне мане робе, ако не обавести продавца о узнемиравању у разумном року пошто је за њега сазнао, при чему се не уређује објективан рок за подношење тужбе, питање је да ли се писац ове алтернативе у Преднацрту „преварио“, па је помешао рок за приговор на физичку ману у Бечкој конвенцији са овим роком за тужбу због правне мане, који њом није предвиђен.

### III Остале слабости

Поред неусклађености са конвенцијама о купопродаји, Преднацрт садржи и друге грешке. Њихова бројност и озбиљност указују да Преднацрт није писан довољно пажљиво и стручно. Оне се тичу многих института облигационог права, а неке од значајнијих се односе на равноправност уговорника, појам трговца (привредног субјекта), привредног уговора, опционог уговора и јавног складиштара, затим на испуњење привидном повериоцу, судски депозит, одговорност оставопримца, угоститеља и превозиоца, као и на уговор о превозу, трговинском заступању и игри и опклади.

#### 1. Заштита од монополског положаја (равноправност уговорника)

Закон о облигационим односима забрањује да се у облигационим односима установљавају права и обавезе којим се било за кога ствара или искоришћава „монополски положај“ (чл. 14). Преднацртом је предложено проширење ове забране на све грађанскоправне односе (чл. 4 ст. 1), као и што се забрањује злоупотреба „доминантног положаја“ на тржишту, којом се повређују правила о заштити потрошача (ст. 2). Грешка у овим правилима, која се налазе на самом почетку друге књиге Преднацрта јесте четворострука. Прво, ако се другом књигом уређују облигациони односи, нема потребе да се у њој ова забрана проширује на све грађанскоправне односе. Ако има потребе, онда је њој место у општем делу грађанског законика, те треба да се брише из друге књиге. Друго, израз „монополски положај“ је стари израз, који је данас замењен изразом „владајући (доминантан) положај“ на тржишту. Израз „владајући положај“ јесте шири, јер обухвата већи број моћних привредних субјеката у односу на друге, који су економски знатно слабији. Израз „монополски положај“ се данас односи само на јединог привредног субјекта на посматраном тржишту (нпр. јавно предузеће или служба), који нема такмаца

у својој делатности, иако је раније у економској књижевности имао исто значење као и данашњи израз „владајући положај“.<sup>15</sup> Стога се његовим задржавањем ствара ризик да остали моћни привредни субјекти, који нису чисти монополисти, избегну примену ове забране. Треће, кад је то већ тако, онда није требало да се задржи у истом члану и израз „монополски положај“ и израз „доминантан положај“, јер се може закључити да имају различито значење, иако би требало да упућују на исту економску појаву која нарушава равноправност страна у облигационим односима. Најзад, четврто, у проширењу забране злоупотребе доминантног положаја треба да се прошири и објект заштите, тако да се не спомињу само потрошачи, већ и остали учесници на тржишту, ако је то противно прописима о заштити поштене тржишне утакмице.

## 2. Појам трговца

Озбиљна мана Закона о облигационим односима јесте у томе што нема општу дефиницију трговца. Њиме се само у оквиру дефиниције „уговора у привреди“ набрајају лица између којих уговор треба да буде закључен да би се сматрало да има својство уговора у привреди, за који важе посебна правила Закона (чл. 25). Стога се условно може сматрати да се тим законом трговцем, за потребе примене његових правила, сматра „предузеће и друго правно лице које обавља привредну делатност, као и ималац радње и други појединац који у виду регистрованог занимања обавља неку привредну делатност“. Оваква набрајајућа дефиниција није свакако довољно обухватна, нити довољно јасна да задовољи потребе праксе. Осим тога, изрази „предузеће“ и „ималац радње“ данас су застарели, јер потичу из комунистичког начина управљања привредом, и замењени су изразима „привредно друштво“ и „предузетник“. Истина, Закон о привредним друштвима Србије садржи дефиницију привредног друштва и предузетника, за које се може рећи да заједно чине појам трговца, односно привредног субјекта.<sup>16</sup> Ипак, то су статусноправни појмови који задовољавају потребе Закона о привредним друштвима, али не и облигационог права.

Због тога се могло очекивати да ће се та грешка отклонити Преднацртом, али се то није десило, јер је и у њему учињен исти пропуст, те није дата дефиниција трговца. И у Преднацрту се набрајају „привредни субјекти“ у дефиницији привредног уговора, а то су привредна друштва, друга правна лица и појединци који у виду регистрованог

15 Закон о заштити конкуренције Србије из 2009. године (Сл. гласник РС, бр. 51/09, 95/13), чл. 15.

16 Закон о привредним друштвима из 2011. године (Сл. гласник РС, бр. 36/11), чл. 2 и 83.

занимања обављају неку привредну делатност (чл. 12). Разочарање је тим веће због тога што нови Грађански законик Србије треба уједно да буде и трговински законик. Како све озбиљне државе јасно одређују појам трговца својим трговинским законима, ваљало би да се то учини и нашим Грађанским законом.<sup>17</sup> Поред опште дефиниције трговца, ту је потребно да се из ње искључе поједина лица која не би у пракси требало сматрати трговцем (сужење дефиниције; нпр. уметници, пољопривредници), као и лица која она не обухвата, али их треба сматрати трговцем (проширење дефиниције). Наравно, то треба учинити по узору на неки од водећих трговинских законика у свету.<sup>18</sup>

### 3. Појам трговинског посла

Преднацртом се предлаже измена појма уговора у привреди, како се код нас зове посао који се у свету уобичајено зове трговинским послом. По њему је „привредни уговор“, како се предлаже да се убудуће зове трговински посао, уговор који између себе закључују трговци, односно привредни субјекти. Тиме се прихвата немачко или субјективно схватање трговинског посла, уместо досадашњег швајцарског, објективно-субјективног, схватања. Последица је проширење појма трговинског посла и на уговоре које привредни субјекти закључују изван своје делатности, а не само у или у вези са својом делатношћу, како је важеће решење Закона о облигационим односима. То је ваљано проширење дефиниције, јер је код нас прихваћено да правна лица имају, у начелу, општу правну способност, ако друкчије законом није одређено. Стога су и уговори које закључе изван своје делатности пуноважни, па би то требало да важи и за трговинске послове. Ипак, чини се да је предложена дефиниција недовољно одређена за потребе примене посебних трговинскоправних правила у будућем Грађанском закону. Стога би је у једном делу требало сузити, како би се из ње искључили послови који у пракси немају суштину трговинских (нпр. уговор о превозу за путника), као и што би је требало додатним правилима проширити, како би се у њу укључили послови које она не обухвата, али у пракси јесу трговински (нпр. уговор о превозу путника за превозиоца, уговор о организовању путовања за туристичку агенцију). То је метод уређивања у већини трговинских законика, те би и ми сличан метод требало да применимо.<sup>19</sup>

17 Вид. Трговински законик Француске из 1807., чл. L121-1, L123, L125/134; Немачки трговачки законик из 1897, пар. 1-7. Више Мирјана Радовић, „Појам трговца у немачком трговинском праву“, *Правни животи*, бр. 11/2013, стр. 203-223.

18 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2014, стр. 44, 47.

19 Вид. Немачки трговачки законик из 1897., пар. 343-345; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 44; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Службени лист СРЈ, Београд 1999, стр. 238-240.



#### 4. Појам опционог уговора

Преднацртом се уводи опциони уговор (чл. 34), као нова врста уговора коју не познаје Закон о облигационим односима. Вероватан разлог за то је што је у Србији пре пар деценија поново заживела трговина вредносницама односно серијским хартијама од вредности (нпр. акцијама, обвезницама). Она се често одвија на берзи, на којој се каткад закључују уговори о купопродаји непознати ван берзанске трговине, а који се код нас често зову страним изразима, као што је опција или фјучерс. Добро је што је Преднацртом покушано да се уреди јединствен појам таквог уговора, али је лоше што је то погрешно учињено. Наиме, појам је одређен као уговор којим се уређују услови за закључење другог уговора између истих уговорника, или као уговор којим се једном уговорнику даје право да заснује односе из другог уговора. Из тог произлази да је опциони уговор само основ за закључење другог уговора, што једноставно није тачно, јер тзв. „опција“ може да се остварује и у постојећем уговору, без закључивања другог.

Оно што се Преднацртом назива опционим уговором, требало би назвати уговором о купопродаји са повластицом или премијским послом, како се иначе и називао у праву Краљевине Србије и касније Југославије. Таквим уговором се једној или обема уговорним странама даје повластица у односу на другу страну, која јој омогућава да тражи од друге стране остварење повластице под уговореним условима (нпр. зависно од промена цене предмета уговора на тржишту), при чему је дужна да другој страни плати накнаду за добијену повластицу (премију), макар да је и не оствари. То су готово искључиво уговори о купопродаји, и то рочне природе, јер трају уговорено време (нпр. од једне недеље до више месеци). Бројне су врсте уговора са повластицом, те се они међу собом разликују према врсти уговорене повластице (нпр. одустанак, додатна куповина или продаја). Због ризика великих злоупотреба, такав уговор је ништав, ако повластица, услови њеног остварења и рок за њено остварење нису њиме јасно одређени. Обично их берзе, које организују њихово закључивање, детаљно уређују својим правилима.<sup>20</sup> Стога је и погрешно правило у Преднацрту, којим се суду даје право да накнадно одреди рок остварења повластице у таквом уговору. Значи, ако се одлучило да се оваква врста уговора о купопродаји уреди Грађанским законом, свакако да није довољна једна његова дефиниција да се задовоље потребе праксе, а поготово није довољна погрешна дефиниција, каква је у Преднацрту дата, као ни самовоља суда у уређивању рока. Напротив, реч је о већем броју правила којим морају да се уреде врло сложени односи у рочној трговини робом или вредносницама.

20 Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Правни факултет у Београду, Београд 2009, стр. 376–398.

## 5. Испуњење привидном повериоцу

Зачуђујуће је ново правило Преднацрта, којим се уређује пуно-важност испуњења привидном повериоцу (чл. 286). Наиме, каже се да се ослобађа обавезе дужник „ако је у доброј вери извршио испуњење обавезе *йривидном йовериоцу*“. Тада стварни поверилац нема више потраживање према њему, већ према привидном повериоцу, и то из неоснованог обогаћења. Тиме се пребацује ризик преваре дужника у испуњењу са дужика на повериоца, што повећава могућност злоупотребе. Ово правило је неприхватљиво, јер се њиме крши једно од основних начела грађанског права, а оно је да свако сноси штетне последице грешака у предузимању својих радњи. Њиме се уређује расподела ризика између учесника у грађанскоправним односима. Отуда се очекује од пажљивог дужника да утврди идентитет свог повериоца пре испуњења дуга. Ако он то не учини, или неваљано учини, те испуни дуг неовлашћеном лицу, свакако да ризик треба да буде његов, а не повериочев. Осим тога, није уопште јасно шта значи „добра вера“ у Преднацрту, јер нигде није тај израз дефинисан. Стога је ово правило још бесмисленије у српском облигационоправном систему, те би га требало неизоставно брисати из Преднацрта. Ако има смисла у неком страном правном систему, онда је свакако лоше преписано у Преднацрт.

## 6. Јавнобележнички депозит

Преднацртом је предложено, уз мале измене, уређење полагања дуговане ствари суду (тзв. судски депозит, чл. 315–321) као у Закону о облигационим односима (чл. 327–335), како би се омогућило дужнику да се ослободи своје обавезе, ако без своје кривице није у стању да је испуни повериоцу (нпр. поверилац је непознат или неоправдано одбија пријем испуњења). Заборавило се да је Србија 2014. године поново увела јавне бележнике у свој правни систем после вишедеценијског одсуства. Њима је, између осталог, поверен посао јавнобележничког депозита.<sup>21</sup> Стога би ваљало да се у нови Грађански законик правила о овом начину испуњења обавезе допуне тако да буде јасно да је и јавни бележник надлежан за полагање ствари, поред суда.

21 Закон о јавном бележништву из 2011. године (Сл. *йласник РС*, бр. 31/11, ..., 6/2015), чл. 165–175. Више Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делайности*, Досије, Београд 2014, стр. 18; Небојша Јовановић, „Улога бележника као званичног депозитара“, *Зборник Јавнобележничко йраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2005, стр. 499.

## 7. Превоз

Преднацртом предложене измене у вези са уговором о превозу садрже неколико мана. Основна мана је у томе што су све предложене измене учињене на основу идеје да превоз обавља јавни превозилац за накнаду (превознину). Јавни превозилац је лице које се јавно нуди унапред неодређеним лицима да превози њих или њихове ствари за накнаду под објављеним условима. Значи, то је професионалац који превоз обавља као делатност ради стицања добити. Међутим, и у Закону о облигационим односима и у Преднацрту губи се из вида да су његова правила општа, те да превозилац може да буде и обично лице које бесплатно чини услугу превоза другом лицу (нпр. превоз пријатеља, рођака, аутостопера), или лице које уз накнаду обави превоз, али се тиме не бави као делатношћу (нпр. превоз трактором у приколици намештаја познанику за накнаду). Бесплатни превози се свакодневно дешавају, поготово у превозу путника (нпр. превоз пријатеља до посла), као и што су чести и непрофесионалчеви превози уз накнаду. То су, у ствари, грађанскоправни уговори о превозу, а не привредни уговори. Због тога би Преднацртом требало да се прошири дефиниција уговора о превозу у Закону о облигационим односима, како би обухватила и такве врсте превоза, јер се она односи само на наплатне превозе, било да их обавља професионалац, кад је реч о трговинскоправном послу, или обичан превозилац, кад је реч о грађанскоправном послу (чл. 648). Тиме би се отклонила данашња правна празнина законске неуређености уговора о бесплатном превозу, при чему би требало посебним правилима да се уреди блаже обавезе и одговорност за бесплатног превозиоца. Могуће је да се сматра да се грађанскоправни превоз одвија по основу уговора о делу, а не по основу уговора о превозу, те да није потребно проширење дефиниције уговора о превозу. Ако је то тако, онда би требало да се дефиниција уговора о превозу важећег закона Преднацртом сузи, тако да обухвати уговоре само јавног (професионалног) превозиоца, јер правила којим се уређује овај уговор по строгаћи јесу примерена само јавном превозу. Тада би се, међутим, изгубио смисао уређивања овог уговора Преднацртом, јер се његова правила никад не би примењивала (осим можда на такси превоз), пошто су уговори у јавном превозу уређени посебним законима и међународним конвенцијама у свакој грани саобраћаја.

Значи, ако се не прошири, нити сузи дефиниција уговора о превозу, утисак је да су Преднацртом предложене измене престроге за грађанскоправни уговор о превозу, иако су у складу са савременим решењима строгоће режима за јавног (професионалног) превозиоца у

саобраћајном праву. Неколико је примера такве непотребне строгаће у предложеним изменама у Преднацрту.

Прво, у ситуацији кад наступе сметње у превозу ствари, а превозилац не може да добије накнадно упутство од пошиљаоца ствари, по Закону о облигационим односима дужан је да поступи како би у датим околностима поступио добар привредник односно добар домаћин (чл. 661). Преднацртом се предлаже поштрење ове пажње на ниво „разумног и доброг стручњака“ (чл. 858). Свакако да се такав степен пажње може законом да захтева од јавног превозиоца у привредном уговору о превозу, али је то престрого очекивати од грађанскоправног превозиоца, макар и кад наплати превоз, а поготово од оног који превоз обавља бесплатно. Стога би ту требало да се задржи стандард пажње доброг домаћина, односно привредника из Закона о облигационим односима без икакве измене. Пажња јавног превозиоца у случају сметњи у превозу детаљно је уређена посебним законима и конвенцијама у свакој саобраћајној грани (нпр. Законом о уговорима о превозу у друмском саобраћају из 1995. године, Бернска конвенција у железничком превозу из 1999. године), те Преднацртом предложено поштрење пажње и одговорности нема значаја за такву врсту превозиоца, јер он иначе по посебним законима мора да поступа с пажњом доброг стручњака у обављању превоза.

Друго, слично је и са правилом Преднацрта којим се предлаже обавезивање превозиоца да изда пошиљаоцу ствари превозну исправу која има својство хартије од вредности (чл. 851, 852). Таквог правила нема у Закону о облигационим односима, јер се има у виду и грађанскоправни превоз, а не само трговинскоправни. Стога би нови чланови у Преднацрту о превозној исправи требало да се бришу, или бар да се из те обавезе изостави грађанскоправни превозилац. Уосталом, превозне исправе су детаљно уређене посебним законима и конвенцијама у свакој грани саобраћаја. Погрешно је и то што се у Преднацрту инсистира да превозне исправе, које се издају на папиру (неелектронски), потпишу оба уговорника (чл. 851 ст. 4), јер се тиме одступа од правила у поморском превозу да теретницу потписује само бродар, као њен издавалац (дужник), а не и крцатељ, као њен ималац (поверилац).

Непримереност изједначавања привредног (јавног) и грађанскоправног превозиоца исказује се и у питању *ослобађајуће разлоја* код превозичеве одговорности за смрт и телесну повреду путника, као и за закашњење. Грешка се чини и у Закону о облигационим односима и у Преднацрту. Док Закон о облигационим односима одређује да за закашњење путника, превозилац не одговара кад је закаснио услед узрока који није могао да се отклони пажњом стручњака (значи, субјективна одговорност; чл. 683), Преднацрт одређује да је ослобађајући раз-

лог „околност која се није могла предвидети, ни избећи или савладати“ (чл. 880). То је свакако мање јасно правило него што је важеће, јер се не одређује степен пажње превозиоца, те није јасно да ли је реч о субјективној или објективној одговорности превозиоца за закашњење. Слично је учињено и у вези са смрћу и телесном повредом. Свакако да професионални превозилац, као стручњак, треба да одговара строго за штету услед закашњења, смрти и телесне повреде (нпр. по правилима објективне одговорности), али то не значи да тај режим треба да важи и за грађанскоправног превозиоца. Отуда је потребно и у овом случају да се Преднацртом блаже уреди одговорност грађанскоправног превозиоца у односу на привредног. Иначе, објективна одговорност привредног (јавног, професионалног) превозиоца јесте данас општеприхваћена у свим гранама превоза путника, али и у превозу робе, осим у морском превозу робе, где бродар и даље одговара на основу претпостављене кривице за губитак и оштећење робе, као и за закашњење.

Најзад, *мешовити (комбиновани) превоз* је велика празнина у нашем праву, јер није уређен јединственим правилима, него је делимично уређен по „систему мреже“, посебним законима сваке гране саобраћаја. То у пракси мешовитог превоза, који се све више развија као посебна грана саобраћаја, ствара правницима озбиљан проблем меродавне гране саобраћајног права. Стога је доношење грађанског законика прилика да се та врста превоза уреди на једном месту, јединственим правилима и систематски само за мешовити превоз, као да је посебна грана саобраћаја, поред постојећих „класичних“ грана (нпр. морског, железничког, друмског). Ту би требало уредити права, обавезе и одговорност предузетника мешовитог превоза у односу на наручиоца, као и предузетников однос према потпревозиоцима. Тако је поступљено у Немачком трговачком законуку по изменама из 1992. године, као и у Холандском грађанском законуку. Узор за уређивање би требало да буде Конвенција УН о међународном мултимодалном превозу робе (Женева) из 1980. године.<sup>22</sup>

## 8. Остава

Непримереност изједначавања грађанскоправних и трговинско-правних послова у Преднацрту постоји и у вези са уговором о остави. Она се огледа у предлогу за подизањем степена пажње оставопримца при чувању ствари са стандарда доброг привредника односно доброг домаћина из Закона о облигационим односима (чл. 714) на степен

22 Више Небојша Јовановић, „Одговорност предузетника мешовитог превоза робе“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2004, Удружење правника у привреди Србије, Београд, стр. 29–62.

пажње „разумног и пажљивог стручњака“ у Преднацрту (чл. 912). Свакако да јавни складиштар, као професионалац у чувању ствари, треба да се обавезе на пажљивије чување, јер се јавно издаје за стручњака. Међутим, законом не би требало наметати такву обавезу оставопримцу у грађанскоправној остави, јер се он за стручњака не издаје у јавности, без обзира што може да уговори за себе накнаду за чување ствари. Њему би требало наметнути пажњу доброг домаћина. Најзад, пажњу „разумног и пажљивог стручњака“, што је англо-саксонски синоним за наш важећи израз „добар стручњак“, не треба наметати ни привредном друштву или другом привредном субјекту, који се не бави пословима ускладиштења, у случају кад прими на чување робу било ког лица, макар уз накнаду. Такви послови, чак и бесплатни, практикују се између привредних субјеката, нарочито ако чешће пословно сарађују. За њега би требало да важи стандард „доброг привредника“, јер се ни он не издаје за стручњака у чувању робе. Стога би у том смислу требало прилагодити стварности и пракси предложене измене у Преднацрту, иначе се ствара ризик престроге одговорности оставопримца, ако тако буду усвојене у коначном тексту грађанског законика.

Иначе, доказ да је Преднацрт у многим питањима писан брзо-плето и без довољног удубљивања у материју, јесте израз „оставилац“, који се у њему користи на неколико места у оквиру правила о уговору о остави, поред и уместо израза „оставодавац“. Оставилац је наследно-правни израз који се код нас користи за умрло физичко лице иза кога се расправља заоставштина (*de cuius*). Стога би ту грешку требало отклонити што пре у тексту Преднацрта, да се његови писци не би више брукали у стручној јавности (нпр. чл. 917).

## 9. Угоститељска остава

Преднацртом се у угоститељској остави предлаже да се важеће правило Закона о облигационим односима, којим се одређује да се *износ одграничене одговорности* угоститеља за нестанак и оштећење ствари госта у хотелу утврђује посебним прописом (чл. 724), замени правилом по којем би се тај износ одређивао „посебним узансама у угоститељству“ (чл. 924). Таква измена би срзала важећи ниво заштите гостију за случај крађе њихових ствари у хотелу, јер угоститељске узансе доносе струковне организације угоститеља, те је логично да би, штитећи своје интересе, њима предвиделе ниске границе одговорности угоститеља. Стога би предлог такве измене требало брисати из Преднацрта. Напротив, чак би требало грађанским закоником предвидети новчане износе ограничене одговорности за нестанак и оштећење ствари гостију у хотелу по узору на правила саобраћајног права у вези са губитком регистрованог пртљага путника.

## 10. Јавне гараже

У пракси су наши судови створили посебан проблем аналогне примене правила о угоститељској остави из Закона о облигационим односима на сличне ситуације, као што су „болнице, позоришта, гараже, кола за спавање...“ (чл. 729). Угоститељ објективно одговара за нестанак или оштећење ствари (ЗОО, чл. 724, ст. 2), при чему нема право да једностраним објавама искључује, ограничава или условљава своју одговорност за ствари које су гости донели у угоститељски објект (728). Такав режим одговорности би морао да аналогно важи и за нестанак или оштећење возила, које његов ималац паркира у јавној гаражи, јер тако одређује Закон о облигационим односима. Међутим, по правилима српских јавних гаража (односно гаражера) и објавама на њиховим улазима, њихова одговорност је искључена за случај нестанка или оштећења паркираног возила, упркос императивним правилима Закона о облигационим односима. Судска пракса, међутим, одбија тужбене захтеве оштећених ималаца возила и корисника услуга јавних гаража, уз образложење да јавне гараже закључују са имаоцима паркираних возила „уговор о обезбеђивању паркинг места“, а не уговоре о закупу паркинг места, те да немају дужност чувања возила. Тиме оснажују једнострану искључења одговорности јавних гаража за нестанак паркираног возила, упркос императивној забрани Закона о облигационим односима, чиме незаконито штите јавне гараже у њиховом лошем пружању услуга грађанима.<sup>23</sup>

Због те незаконите праксе вођен је спор пред Уставним судом Србије, како би се огласила неуставним правила услова пословања јавних гаража о једностраном искључењу одговорности, а из разлога њихове супротности законским правилима. Уставни суд је, међутим, одбацио иницијативу за оцену уставности, уз образложење да јавне гараже имају на то праву у складу са прописима о комуналним делатностима, као и да се правило Закона о облигационим односима о аналогној примени правила о угоститељској остави на гараже односи само на хотелске гараже.<sup>24</sup> Овакво образложење Уставног суда не само да је неуставно, него је и лицемерно, па и поспрдно за озбиљног и ученог правника. Оно је понижавајуће и за иницијаторе и за сам Суд, јер се руга не само јасном правилу Закона о облигационим односима о забрани једностраног искључења одговорности свих гаража, укључујући и јавне, него и целој правној струци, па и здравом разуму. Ако је и од Уставног суда, који је

23 Светислав Јанковић, „Проблем одговорности јавне гараже за нестанак возила из гаражног простора“, *Право и привреда*, Београд 10–12/2011, стр. 184–202.

24 Закључак Уставног суда бр. I Уо.-17/2013 од 6.11.2012. године, стр. 2 (потписник судија Весна Илић Прелић).

код нас постао познат по својим одлукама којим крши Устав, уместо да га штити, много је.

Преднацртом се објашњена правила о одговорности из Закона о облигационим односима не мењају. Ипак, како би се прекинула даља незаконита пракса судова у овом питању, прилика је да се правило о аналогној примени режима одговорности угоститеља појасни, тако што би се нагласило да њему подлежу „јавне“ гараже, а не само гараже. Тиме би се избегло подругљиво и бесмислено тумачење Уставног суда да се правило о аналогној примени из Закона о облигационим односима односи само на хотелске гараже. Тиме би се вероватно прекинуло са незаконитом и неоправданом заштитом у овом питању јавних гаража, као моћних привредних субјеката у односу на кориснике њихових услуга. Тиме би се боље заштитили јавни интереси, јер ће ускоро поред градских јавних гаража почети да се јављају и јавне гараже у приватној својини. Ако се незаконитом праксом судова у овом питању штити градски буџет, упркос лошем раду запослених у јавној гаражи, као јавном предузећу, свакако да такав мотив за заштиту не би требало да постоји у погледу јавних гаража у приватној својини.

## 11. Јавни складиштар

Преднацртом се предлаже наметање посебних обавеза „јавном складишту“ у вези са чувањем робе у односу на „оставиоца“ у уговору о ускладиштењу (нпр. да брижљиво чува и надгледа робу, да обавештава оставиоца о променама на роби; чл. 936), којих наводно нема у Закону о облигационим односима. Овом наметању могу да се ставе бар три примедбе.

Прва је суштинска и састоји се у томе што се предлогом, у ствари, не намећу било какве нове обавезе јавном складишту, које већ нису наметнуте Законом о облигационим односима обичном складишту. Ако му већ јесу наметнуте, онда је такво правило Преднацрта сувишно, те треба да се брише, како не би збуњивало читаоце.

Друга замерка је да израз „јавно складиште“ упућује не на субјекта, који чува робу, већ на посебно ограђен и заштићен простор за њено чување. Како само субјект може да буде уговорник, онда би ваљало да се израз „јавно складиште“ замени изразом „јавни складиштар“. Тај израз упућује на субјекта права, док је складиште само објект права.

Најзад, трећа замерка је што се јавно складиште помиње, као посебна врста складишта, односно складиштара, али се оно не дефинише, те се јавља забуна о томе шта тај израз значи и у чему је разлика у односу на „нејавног“ складиштара. Јавни складиштар је складиштар



који се јавно нуди другим лицима да прима и чува њихову робу под објављеним условима, за разлику од приватног, који то не чини, те нема ни обавезу да закључи уговор о ускладиштењу кад му неко лице понуди робу на чување. Стога би требало да се Преднацртом јасно одреди појам „јавног складиштара“, како би се знало која посебна правила важе само за њега, а не и за обичног складиштара.

У томе би добар узор требало да буде право Краљевине Југославије, где је важио Закон о јавним складиштима из 1930. године. Њиме је заведен строжи режим у обављању њихове делатности него обичним складиштима. Између осталог, само јавна складишта, односно јавни складиштари смели су да издају оставодавцима складишнице, као хартије од вредности, што је било забрањено обичним складиштарима. Осим тога, само јавни складиштари су морали да се осигурају од одговорности за штету на роби у складишту. Таквог разликовања у Закону о облигационим односима нема (нпр. чл. 740), те сваки складиштар данас може да издаје складишнице, иако нема обавезу да се осигура од одговорности.<sup>25</sup>

Осим изнетих примедиби, и остале Преднацртом предложене измене важећих правила у вези са ускладиштењем су беспотребне, те их треба брисати. Ово стога што су иста правила већ садржана у општим правилима о остави или другим одредбама о ускладиштењу. Тако, рецимо, треба да се бришу правила о ослобођењу од одговорности (чл. 936, ст. 2) и о мешању замењивих ствари (чл. 941).

## 12. Трговинско заступање

Преднацртом су предложене бројне измене важећих правила у вези са уговором о трговинском заступању. Оне су, међутим, препуне нелогичности, нејасноћа и противречности, те би било врло шкодиљиво да се усвоје у законик у. Указаће се само на неке, јер би разматрање свих грешака захтевало врло дугачак рад.

Као прва измена предлаже се да се уговор о трговинском заступању прошири, тако да не обухвата само трајније посредовање из Закона о облигационим односима („стално старање“), него и обично преговарање са трећим лицем, а за рачун властодавца (чл. 1002). Тај предлог је прихватљив, али већ следеће правило (став) у истом члану Преднацрта потпуно је нејасно. Оно гласи: „Заступником из претходног става неће се сматрати лице које је по овом или посебном закону овлашћено на заступање другог лица“. Овде није јасно које је то „друго

25 Вук Радовић, „Недостајући концепт јавног складиштара“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2012, стр. 76–92.

лице“ које је неко лице овластило да га заступа. Осим тога питање је шта је, ако није заступник, лице којег је друго лице „по овом или посебном закону овластило на заступање“. У овом правилу јасно је само да такво лице није жена којој је муж рекао („овластио“) да скува ручак, а шта заиста јесте, то ником није јасно.

Следећа предложена измена се састоји у томе што се каже да „заступник може захтевати од налогодавца да му изда пуномоћје“ (чл. 1005). Ова допуна, јер таквог посебног правила нема у Закону о облигационим односима, потпуно је непотребна. Она је непотребна, јер се то подразумева на основу општих правила о уговору о грађанскоправном заступању, које је основ трговинскоправног заступања. Због тога таквог правила нема у Закону о облигационим односима, па треба да се брише и у Преднацрту. Њој је евентуално место у општим правилима грађанског законика.

Непотребно је и инсистирање Преднацрта (чл. 1009) *на савесности и њошћењу* заступника у његовој дужности да се стара о интересима налогодавца, јер се то подразумева на основу начела о савесности и поштењу у грађанском праву, те се то очекује од сваког дужника, укључујући и заступника. У истом правилу се захтева од трговинског заступника да у заштити интереса налогодавца поступа са пажњом разумног и пажљивог стручњака. Иако се може прихватити поштривање степена пажње у односу на Закон о облигационим односима са „доброг привредника“ на „разумног и пажљивог стручњака“ скреће се пажња на једну нејасноћу. Она се своди на питање каква је то пажња „пажљивог стручњака“. Да ли је то врло пажљив, просечно пажљив или мало пажљив стручњак?

У истом члану Преднацрта (чл. 1009) захтева се од заступника да се држи „разумних упутстава налогодавца“ у извршавању своје обавезе старања о налогодавчевим интересима. То значи да има право да одбије извршење неразумних упутстава. Ако се већ на то овлашћује, није јасно зашто му исто право није дато у правилу о обавези да поступа по упутствима налогодавца, него се ту захтева да их се дословно придржава (чл. 1012). Очигледно је да су ова два правила у сукобу, те да једно друго искључују. Које од њих суд треба да примени у евентуалном спору?

Посебна пикантерија у Преднацрту тиче се обавезе заступника да чува тајне налогодавца (чл. 1013). Ту му се у односу на Закон о облигационим односима (чл. 799) додатно намеће обавеза да чува не само *исловну* тајну, већ и *службену* тајну налогодавца. Чудно је да се грађански законик бави чувањем службених тајни. Ипак, ако се заступнику неке јавне уставнове или државног органа хтела да наметне обавеза да чува његове тајне у обављању надлежности, онда се, ипак, чини да

се погрешило. Такав заступник није трговински, већ грађанскоправни, јер државни органи и јавне установе нису набројани као привредни субјекти у дефиницији привредног уговора на почетку Преднацрта. Стога, ни уговор о заступању јавне установе, јавне службе или државног органа (односно државе, града или општине) није привредни, већ грађанскоправни. Осим тога, то је још један доказ потребе и правног значаја јасног дефинисања трговца (привредног субјекта) у нашем праву.

Остале предложене измене у Преднацрту у оквиру уговора о трговинском заступању садрже сличне грешке и бесмислице, те није вредно ни да се разматрају. Стога је најбољи савет писцима Преднацрта да правила о овом уговору оставе таквим каква јесу у Закону о облигационим односима, како његова правила, која су у овом питању иначе ваљана, не би покварили. Ово стога што није потребна њихова измена ни ради усклађивања са Конвенцијом о заступању у међународној продаји робе (Женева) из 1973. године, пошто она није ступила на снагу, а Србија је није ратификовала.

Остаје да недоумица о узроку превеликог броја бесмислених новопредложених правила у вези са трговинским заступањем у Преднацрту. Утисак је да оне потичу из жеље да се наша правила у овом питању ускладе са Упутством бр. 86/653 Европске економске заједнице о усклађивању права држава чланица у вези са самосталним трговинским заступницима из 1986. године.<sup>26</sup> То усклађивање је обављено површно и лошим преписивањем хрватског Закона о обвезним односима у овом питању.<sup>27</sup>

### 13. Игра и опклада

Последњи „скуп“ мана Преднацрта односи се на уговоре о игри и опклади (чл. 1252–1257). Добро је да је најзад схваћена потреба да се ови уговори законом уреде, јер у Србији већ дужи низ година послују овлашћени приређивачи игара на срећу. У њиховој делатности се закључује свакодневно велики број оваквих уговора, тако да је опклада и коцка постала једна привредна грана, где се обрће доста новца. Лоше је, међутим, што је концепт уређивања ових уговора погрешно постављен. Суштина правила Преднацрта у овом питању јесте у томе да се сви уговори о игри и опклади проглашавају забрањеним (ништав-

26 Council Directive ... on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (*Official Journal* L 382, 31.12.1986, P. 0017–0021). Вид. чл. 1, ст. 2 и 3; чл. 3–5.

27 *Народне новине РХ*, бр. 35/05, 41/08, 125/11, чл. 804–834.

ним), с тим да ако губитник, ипак, добровољно („драговољно“) плати добитнику награду, нема право на повраћај датог.

Том забраном се заборавља да не смеју да се ниште уговори који се закључују у организацији овлашћеног приређивача игара на срећу. Њима се мора признати пуноважност, јер се обесмишљава делатност приређивача, ако учесници игара немају могућност да се судски заштите у остваривању својих потраживања из таквих уговора. Једино што се Преднацртом каже за овлашћене приређиваче јесте да „за овлашћене кладионице и лутрије важе посебни прописи“ (чл. 1257). Како у Србији нема посебних прописа о имовинским питањима игара на срећу и клађења, већ само јавноправних, такво правило о упућивању на посебне прописе нема никаквог значаја.<sup>28</sup> Осим тога, за разлику од Хрватске, из чијег закона су преписивана правила о овим уговорима, у српском јавноправном закону се не користе изрази „овлашћене кладионице и лутрије“, већ изаз „приређивачи игара на срећу“, тако да би грађанским закоником требало да се његови изрази ускладе са домаћим, а не страним изразима. Најзад, лоше су уређени и пратећи уговори уз уговоре о играма на срећу, као главних, као што су зајам, новација, опрост дуга, пребијање и други.<sup>29</sup> На небригу чак и у преписивању хрватских правила указује и израз „драговољно“, који се спомиње у Преднацрту, уместо уобичајених српских израза „добровољно“ или „вољно“.

## IV Закључак

У писању Преднацрта у делу о облигацијама могло се приступити на два начина. Први начин је скромнији, а састојао би се у томе што би се њиме оставила сва правила Закона о облигационим односима неизмењена, с тим да се уреде само односи које не уређује, како би се попуниле празнине у нашем облигационом праву. Оне су уговор о поклону, ортакудуку, послузи и игри и опклади. Мана таквог приступа је у томе што би се задржала различита правила купопродаје у унутрашњој трговини у односу на спољну. Предност је што се правници и остала стручна лица не би присиљавала да поново изнова савладавају битно измењена правила у облигационом праву. Други начин је озбиљнији, а састојао би се у томе што би се Преднацртом предложило доследно и потпуно усклађивање са важећим међународним конвенцијама које је Србија ратификовала, и то пре свега у купопродаји. Предност овог при-

28 Закон о играма на срећу (Сл. гласник РС, бр. 88/2011 и 93/2012).

29 Више Н. Јовановић, „Уговор о игри и опклади“, Зборник радова *Усклађивање њо-словној љрава Србије са љравом ЕУ*, Правни факултет у Београду, Београд, 2013, стр. 261–316.

ступа је у томе што се тиме уједначавају правила у домаћој трговини са оним у међународној. Мана му је што се тиме присиљавају правници да изнова савладавају бојне измене и новине у грађанском законнику, као и што захтева озбиљан, врло пажљив, стручан и дуготрајан рад у писању законика.

Писци су се, међутим, одлучили за средњи, и то најгори, приступ. Он се састоји од делимичног усклађивања српског облигационог права са међународним конвенцијама, уз настојање да се обухвате сви могући правни послови, укључујући и оне који су већ уређени посебним законима (нпр. финансијски лизинг, факторинг, итд.). Због тога Преднацрт има мане оба чиста приступа, а то је да се правници присиљавају да поново савладавају бројне измене важећих правила, с тим да се задржава различит режим између домаће и међународне трговине. Предности овог приступа готово да нису никакве, јер је Преднацрт прилично лоше написан, тако да је далеко испод нивоа Закона о облигационим односима, а поготово Скице за Законик о облигацијама и уговорима проф. др Михаила Константиновића. У питању усклађивања са конвенцијама о купопродаји боље да законописци препишу правила из Скице, него да то сами раде, јер је то у Скици учињено знатно боље, са знатно више разумевања и дара.

Закључује се да се само делимичним усклађивањем са конвенцијама задржава двојни режим купопродаје у домаћој и спољној трговини, због чега нема смисла да се мења важеће право купопродаје. Тиме се не постиже циљ који је постављен новом грађанском законнику, а у пракси се стварају проблеми у тумачењу нових правила. На Преднацрту мора још много да се ради, јер би била брука да се усвоји у садашњем накарадном тексту. Ако Влада инсистира да се Грађански законик изгласа поштопото, онда је боље да се садашња правила Закона о облигационим односима унесу у његов облигационоправни део без икаквих измена, него да се допусти усвајање овако лошег Преднацрта.

**Nebojša JOVANOVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **AN “OVER-FLIGHT” THROUGH THE MAIN WEAKNESSES OF THE CIVIL CODE PRE-DRAFT WITH REGARD TO OBLIGATIONS**

### **Summary**

*In this contribution for the conference the author points out to the main defects of the proposed amendments of Serbian Civil Code Pre-Draft from 2014 comparing with the rules of the Obligational Relationships Act from 1978. He mainly deals with the Pre-Draft's inconsistencies with the rules of the international conventions, which Serbia ratified. These inconsistencies concern mainly the contract of sale, but also the general contract law. Besides, the author explains non-logical, even controversial, solutions within the proposed amendments concerning commercial contracts, such as those which relate to the notion of merchant (economic subject), contract of commercial agency, storage, carriage and gaming and wagering. The cause of these mistakes is that the Pre-Draft is written speedily and blowzily, with no profound expertize in the matter and with wrongful copying of Croatian rules on obligations. The conclusion is that there is still to be done much hard work on the Pre-Draft and that it would be shameful to enact the current text.*

**Key words:** Civil Code, Pre-Draft, Draft, obligations.

Др *Јагранка* ДАБОВИЋ-АНАСТАСОВСКА  
редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“  
при Универзитету „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Република  
Македонија

Др *Горан* КОЕВСКИ  
редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“  
при Универзитету „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Република  
Македонија

Др *Ненад* ГАВРИЛОВИЋ  
доцент Правног факултета „Јустинијан Први“ при Универзитету  
„Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Република Македонија

## ИМЕНОВАНЕ И НЕИМЕНОВАНЕ УГОВОРНЕ ОБЛИГАЦИЈЕ У ПРОЈЕКТУ ГРАЂАНСКЕ КОДИФИКАЦИЈЕ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

### Резиме

*У раду, аутори се баве истраживањем уређивања појединих уговора у пројекту истраживања књиге Грађанског законика Републике Македоније, која се тиче облигационих односа. После навођења правних извора уговорног, међународног и европског права, као и појединих правних пројеката и неформалних правних докумената уговорног права коришћених као узор при изради алтернативних решења, даје се приказ предложених решења за посебне именоване уговоре. У наставку рада се разгледа дилема о потреби правног кодифицирања и уређивања посебних правила о изв. уговорима аутономне правничке праксе.*

**Кључне речи:** *грађанско право, облигације, кодификација, именовани уговори, неименовани уговори.*

## I Увод

У Републици Македонији, почевши од 2011. године,<sup>1</sup> је у току израда Грађанског законика Републике Македоније (у даљем тексту: ГЗРМ). У актуелном моменту у најнапреднијој је фази кодификација материје облигација, имајући у виду да је израђена радна верзија треће књиге ГЗРМ у којој се уређују облигациони односи.<sup>2</sup> После јавне расправе, у којој су учествовали судије, адвокати, нотари, извршитељи, удружења привредника, итд., израђена је финална верзија књиге о облигацијама која тек треба да се усвоји од стране Комисије за израду ГЗРМ. Што се тиче облигација, пројекат треће књиге ГЗРМ је израђен у смислу измена и допуна македонског Закона о облигационим односима из 2001 године.<sup>3</sup> Не улазећи у целокупни процес грађанске кодификације у Републици Македонији,<sup>4</sup> у овом се раду указује једино на нека отворена питања у вези кодификације македонског облигационог права, са посебним акцентом на питања везана са уређивањем и обухватом правила која се односе на неке посебне уговоре.<sup>5</sup>

- 1 Вид. Одлука о формирању Комисије за израду Грађанског законика Републике Македоније (мк. Одлука за формирање на Комисија за изготвување на Граѓански законик на Република Македонија) (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 04/11) и Одлука о изменама и допунама Одлуке о формирању Комисије за израду Грађанског законика Републике Македоније (мк. Одлука за изменување и дополнување на Одлуката за формирање на Комисија за изработување на Граѓански законик на Република Македонија) (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 19/12).
- 2 Пројекат грађанске кодификације, начелно, се састоји од пет књига. Прва књига се односи на општи део грађанског права, друга на стварноправне односе, трећа на облигационе односе, четврта на наслеђивање, док се пета књига односи на породичноправне односе. У моменту писања овог рада, завршене су једино радне верзије треће и четврте књиге. Друга и пета књига су у процесу израде, док је планирано да се прва књига изради после финализирања израде свих осталих књига. Вид. Пројекат о изради Грађанског законика Републике Македоније (мк. Влада на Република Македонија, Проект за изработка на Граѓански законик на Република Македонија), Скопје, 2009.
- 3 Закон о облигационим односима Македоније (мк. Закон за облигационите односи) (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13 и 123/13; даље у тексту: ЗОО).
- 4 Вид. Gale Galev, Jadranka Dabović-Anastasovska, Neda Zdraveva, Nenad Gavrilović, „Predmet i metod građanskog prava kao osnovne determinante i vodilje u pripremi i izradi Građanskog zakonika Republike Makedonije“, *Pravni život*, бр. 10/2011, стр. 387 и даље.
- 5 Иначе, пројекат треће књиге ГЗРМ је израдила посебна радна група за облигационо право, формирана у оквиру Комисије за израду Грађанског законика Републике Македоније. При том, радна група о облигационим односима је првенствено и активно сарађивала са радном групом за трговачке уговоре, док је свој допринос имала и радна група за банкарске послове и хартије од вредности.



У току израде пројекта треће књиге ГЗРМ одговарајуће радне групе су анализирале и имале у виду посебна решења садржана не само у бројним правним изворима упоредног, међународног и европског права, него и поједине правне пројекте, као и неформалне правне документе уговорног права. Што се упоредног права тиче, консултирана су решења садржана у грађанским и трговачким законима земаља које првенствено припадају континенталном праву, као што су швајцарске, холандске, италијанске, немачке, руске, јапанске, француске, турске, мађарске и чешке грађанске и/или трговачке кодификације. Затим, у обзир су узета сва решења садржана у позитивном или *de lege ferenda* праву земаља бивше Југославије у којима је важио исти Закон о облигационим односима из 1978. године<sup>6</sup> и у суштини имају сличну економску, политичку и правну историју и традицију.

Што се међународних извора тиче, посебна пажња је посвећена Бечкој конвенцији Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године. Радне групе су, такође, имале у виду и међународне модел законе који су веома ефикасан инструмент унификације права, као што су Модел Закон о међународном кредитним трансферима из 1992. године, Модел Закон о електронској трговини из 1996. године и Модел Закон о електронском потпису из 2001. године. Даље, имајући у виду да су међународне збирке правила један од најбољих примера такозваног „меког права“ као извора за уређење уговора аутономне трговачке праксе,<sup>7</sup> посебно су консултована решења UNIDROIT Начела о међународним трговачким уговорима (2010) и Начела европског уговорног права. Коначно, у погледу европског права, поред бројних директива Европске уније, одговарајуће радне групе су имале у виду решења Нацрта заједничког референтног оквира као и решења Предлога Регулативе Европског парламента и Савета о заједничком европском праву о продаји.<sup>8</sup>

Сви су наведени правни извори, пројекти и неформални правни документи имали свој утицај на финалну радну верзију пројекта треће књиге ГЗРМ. Наравно, као последица јавне расправе, финална радна верзија је инкорпорисала ставове праксе, било преко прихватања предлога одређених решења, било преко конкретизације постојећих решења.

6 Закон о облигационим односима (мк. Закон за облигационите односи) (*Службен лист* на Социјалистичка Федеративна Република Југославија, бр. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 и 57/89; даље у тексту: ЗОО 78).

7 Вид. Јадранка Дабовић-Анастасовска, Горан Коевски, Валентин Пепељугоски, Ненад Гавриловић, *Дојовори на авіономнајша йрјовска йракійика* (срп. *Уовори ауіономне йрјовачке йраксе*), Скопје, 2012, стр. 31–33.

8 Детаљније, вид. Ненад Гавриловић, „Кон заедничкото европско право за продажба“ (срп. Ка заједничком европском праву продаје, *Евројско йраво*, бр. 1–2/2012, стр. 43–47.

У даљем тексту ћемо разгледати неке конкретне аспекте уређивања појединих уговора у пројекту треће књиге ГЗРМ. Пре тога, међутим, сматрамо потребним да наведемо неке основне принципе на којима се базира наведени пројекат.

## II Основни принципи

У пројекту треће књиге ГЗРМ посебним уговорима је посвећен шести део, задржавајући при том системски приступ ЗОО и ЗОО 78. Извршена је, ипак, нешто другачија систематизација, док су инкорпорисани и нови уговори и унесена нова решења у постојећим посебним уговорима. Овим се демистифицира, мање или више, устаљена представа да је кодификација облигационог права била најмање спорна при изради ГЗРМ, с обзиром на већ постојећи систем ЗОО. При том, одговарајуће радне групе су пошле од претпоставке високог квалитета постојећих одредаба ЗОО, јер смо слободни рећи да ЗОО стоји раме уз раме са савременим грађанским и трговачким кодификацијама.<sup>9</sup> Стога, основни приступ одговарајућих радних група је подразумевао дужно поштовање ка одредбама ЗОО, са једне стране, и интервенисање само у случајевима када то захтевају измењени привредни односи и потребе праксе, са друге.

Даље, имајући у виду да ЗОО, поред општих питања која су заједничка за све уговоре, уређује и највећи део грађанских и трговачких уговора, одговарајуће радне групе су одлучиле да одрже наведени приступ. Наиме, више од 700 чланова актуелног ЗОО, у 44 појединачна поглавља, уређују посебне уговоре и правне институте блиске њима, као што су продаја, зајам, закуп, дело, грађење, ортаклук, превоз, лиценца, складиштење, налог, комисион, трговачко заступање, посредовање, шпедиција, контрола робе и услуга, организовање путовања, алотман, осигурање, гаранција, асигнација, банкарски депозити, банкарски текући рачун, кредит, акредитив, банкарска гаранција, поравнање, итд.

Надовезујући се на претходно, начелно и елементарно питање које се поставило при изради грађанске кодификације, а следствено и при изради пројекта треће књиге ГЗРМ, је било питање уређивања трговачких уговора. Наиме, питање је било да ли да се остане и даље на уређивању грађанских и трговачких уговора јединственим правним извором, уз извесна посебна правила за трговачке уговоре, или пак да се отвори пут израде трговачког законика. Другим речима, поставила се дилема да ли задржати постојећи монистички или, пак, прихватити дисперзирани,

9 Вид. Гале Галев, Јадранка Дабовић Анастасовска, *Облигационо право*, Скопје, 2008, стр. 19-20.

односно подељени, модел регулисања трговачких уговора. На ставу смо да је ипак доминантан монистички приступ или јединствено уређивање грађанских и трговачких уговора. Стога, одговарајуће радне групе су, ипак, уважиле постојећу концепцију ЗОО, која је не само резултат тзв. комерцијализације грађанског права, са једне стране, него и генералног преиспитивања потребе посебних правила за трговачке уговоре, са друге.<sup>10</sup>

Ово, наравно, отвара и питање примењивих правних извора на трговачке уговоре. Наиме, одговарајуће радне групе, а нарочито радна група за облигационо право и радна група за трговачке уговоре, су се суочиле са питањем адекватности тзв. субјективне концепције примене обичаја на терену трговачких уговора. Став наведених радних група је био да се одржање концепта јединства облигационог права не чини супротно потребама праксе. Због тога, као својствена противтежа овом концепту, у пројекту треће књиге ГЗРМ је уведен концепт објективне примене трговачких обичаја, што ће рећи да се између трговаца<sup>11</sup> имају првенствено применити трговачки обичаји или трговачка пракса коју су уговорне стране успоставили између себе, осим ако уговорне стране нису ову примену искључиле. На овај начин, пројекат треће књиге ГЗРМ коначно прихвата озбиљне аргументе правне науке<sup>12</sup> о примени трговачких обичаја испред резервних диспозитивних норми ЗОО, биле ове норме јединствене за грађанске и трговачке уговоре или, пак, специфичне само за трговачке уговоре.<sup>13</sup>

Наравно, овим се приступом начелно решава и питање примене узанси. При том, радна група за облигационо право и радна група за трговачке уговоре су стале на став да се питање примене узанси треба решити идентично као и питање примене трговачких обичаја, имајући у виду правни природу узанси.<sup>14</sup> Са друге стране, питање да ли узансе имају предност примене у односу на некодификоване трговачке обичаје,

10 Вид. Vladimir Kapor, „Jedinstvo obligacionog prava i posebna pravila za ugovore u privredi“, *Zbornik radova sa savetovanja o Zakonu o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb – Beograd, 1978, стр. 28–30.

11 Поред односа између трговаца, као односи у којима првенство примене имају трговачки односи и устаљена трговачка пракса, предвиђени су и односи између трговаца и лица јавног права (као лица на која се примењују правила од јавним набавкама).

12 Вид. Aleksandar Goldštajn, *Privredno ugovorno pravo*, 3. izdanje, Zagreb, 1980, стр. 29–30.

13 Вид. Nenad Gavrilović, Neda Zdraveva, „Običaj kao izvor obligacionog prava“, *Pravni život*, br. 10/2012, стр. 485–486.

14 Вид. Ненад Гавриловић, „За узансите“ (срп. О узансама), *Правник*, бр. 240/2012, стр. 41 и даље.

иако се ово чини логичним,<sup>15</sup> није изричито уређено у пројекту треће књиге ГЗРМ. Наиме, радна група за облигационо право и радна група за трговачке уговоре су питање утврђивања садржаја трговачких обичаја<sup>16</sup> потпуно препустиле пракси. Ово је учињено из разлога што садржина трговачких обичаја подлеже променама тако да сама чињеница да постоји трговачки обичај који је кодификован не мора нужно повући закључак да садржина оваквог обичаја није промењена. Стога, пракса би ово питање требала решити применом процесних правила о доказивању.

Начело јединства облигационог права, наравно, захтева постојање јасне дефиниције појма трговачког уговора. Пројекат треће књиге ГЗРМ дефинише трговачке уговоре као уговоре које трговци и друга правна или физичка лица која врше трговачку или другу делатност склапају између себе у вршењу делатности које чине предмет њиховог пословања или су у вези са тим делатностима. Јасно је, одатле, да пројекат треће књиге ГЗРМ и даље у основи задржава тзв. субјективно-објективну концепцију<sup>17</sup> трговачких уговора. Такође, задржан је и постојећи приступ ЗОО у односу на третирање једино двостраних трговачких послова<sup>18</sup> као трговачких. Наиме, радна група за облигационо право и радна група за трговачке уговоре су сматрале да би увођење појма једностраних трговачких послова пракси створило вишак проблема, него што би било позитивних резултата. Стога, имајући у виду претходно наведене новине у систему облигација, евентуално увођење појма једностраних трговачких послова је остављено за евентуалне касније реформе.

Конечно, имајући у виду да македонски ЗОО, као што је случај и у другим државама бивше Југославије, подразумева матичну кодификацију типичних именованих уговора који су уобичајени у правном промету, одговарајуће радне групе су начелно одлучиле да одредбе ЗОО, односно одредбе пројекта треће књиге ГЗРМ, не треба преоптерећивати преузимањем одредба посебних закона којима се уређују уговорне облигације. Наиме, за одређене уговоре који су само на општи начин уређени правилима ЗОО постоје посебни закони који их уређују на детаљнији начин.<sup>19</sup> У смислу одредбе чл. 16 ЗОО, одредбе посебних

15 Вид. Aleksandar Goldštajn, „Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima“, у: Aleksandar Goldštajn (ур.), *Obvezno pravo: prva knjiga*, Zagreb, 1978, стр. 36-37.

16 Вид. Jakša Barbić, „Primjena trgovačkih običaja u hrvatskom trgovačkom pravu“, *Rad Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti: Razred za društvene znanosti*, бр. 43/2005, стр. 83-84.

17 Вид. Ивица Јанковец, *Привредно право*, 4. издање, Београд, 1999, стр. 235-236.

18 Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 24-25.

19 За македонско право, вид. Nenad Gavrilovic, „Legal Autonomy and its Limits in Macedonian Law of Obligations: with Particular Reference to Special Laws“, у: Adrian

прописа и међународних уговора имају предност примене у односу на питања која су уређена овим правним изворима другачије. Овај је приступ одабран из једноставног разлога што се посебним прописима уређују и питања која нису грађанскоправне природе, па се оценило да би преузимање њихових уговорних одредаба довело до веће, а не до мање, фрагментације правног система.

### III Кодификација посебних уговора у пројекту треће књиге ГЗРМ

#### 1. Именоване уговорне облигације

Традиционално, подела уговорних облигација на именоване и неименоване се врши на основу тога да ли закон садржи посебна правила за одређену врсту облигационог уговора или је садржину облигационог уговора закон потпуно препустио вољи уговорних страна. Тако, на пример, тзв. уговори аутономне трговачке праксе су по правилу неименовани. Другим речима, ови се уговори непосредно уређују правилима постављених од уговорних страна, за разлику од именованих уговора када закон садржи низ специфичних правила која се односе на одређени тип уговора, било да се та правила јављају као императивна или као диспозитивна. У овом делу ћемо укратко подсетити који се уговори сматрају именованим и по чему се разликују од неименованих. Све ово, наравно, у контексту одредаба пројекта треће књиге ГЗРМ.

Како је наведено, именовани су они уговори који су регулисани законом који им је истовремено одредио и посебно име (назив). Ови су уговори, од прошлости до садашњости, обично најпримењиванији при одвијању правног промета. Главно место међу њима, наравно, припада уговору о продаји. У овој групи, до сада, су спадали и уговори којима су уређени зајам, закуп, послуга, депозит, размена, поклон, дело, доживотно издржавање, као и сви остали уговори које је посебно уређивао ЗОО. Именовани уговори настају постизањем сагласности везане за битне елементе уговора. На односе који нису регулисани уговором примењују се резервне диспозитивне одредбе закона који уређују одређене врсте уговора. Из разлога што су одредбе закона којим се уређују именовани уговори по правилу диспозитивног карактера, стране су овлашћене да такве односе уреде и другачије, у смислу одредбе чл. 14 ЗОО, нешто што наравно уважава и пројекат треће књиге ГЗРМ.

Новине код уговора о продаји се односе на прецизирање појма уговора а, консеквентно томе, са изменама општих правила форме уго-

---

Nuni et al. (eds.), *Civil Law Forum for South East Europe: Collection of Studies and Analyses, Third Regional Conference in Tirana (2013)*, Skopje, 2014, стр. 383 и даље.

вора мењању се и правила о форми продаје. Даље, прецизира се када и под којим условима оспорено право може бити предмет продаје. У погледу одговорности за материјалне недостатке праве се измене и допуне постојећих правила по угледу на правила Директиве 1999/44/ЕЗ Европског парламента и Савета од 25. маја 1999. године о појединим аспектима продаје потрошачких добара и повезаних гаранција,<sup>20</sup> као и на правила Немачког грађанског законика, Аустријског општег грађанског законика, Француског грађанског законика, Италијанског грађанског законика, Швајцарског закона о облигацијама и Бечке конвенције. У контексту последњег, оценило се да су потребна посебна правила у односу на потрошачке уговоре, али је заузет став да се због честих измена правила о заштити потрошача у Европској унији, као и због специфичности материје потрошачког права, ова правила требају да уреде посебним прописом. Даље, код посебних случајева продаје направљена су прецизирања продаје са правом прече куповине, тако што се уводи одредба која се односи на основ права прече куповине (уговор и закон) и, одговарајуће томе, постојеће одредбе су измењене и допуњене новим одредбама са којима се одређује појам ових случаја продаје и начин њиховог вршења.<sup>21</sup>

Што се уговора о поклону<sup>22</sup> тиче, предложене су алтернативе које омогућавају његово прецизно и јасно концептуално дефинисање а, додатно томе, уређује се и питање правних последица узрокованих предајом поклона пре прихватања поклона од стране поклонопримца. Значајно је и то што се уводе посебне врсте уговора о поклону, и то поклон са теретом или налогом, наградни поклон, уговор за међусобно даривање и мешовити уговор о поклону.

У односу на уговор о доживотном издржавању и уговор о одступању имовине за време живота,<sup>23</sup> врши се померање позиције одредаба ЗОО како би се ови уговори и према систематици убројали у групу уговора за пренос права својине. Појмовно утврђивање као и услови пуноважности ових уговора проширени су и прецизирани, нарочито у погледу форме. Прецизирана су и питања уписа у одговарајући регистар,

20 Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (*Official Journal of the European Communities*, L 171, 7.7.1999).

21 Иначе, у правнотехничком смислу, све су измене и допуне вршене преко предлагања алтернатива на постојећа решења ЗОО. Упор. Комисија за израду Грађанског Законика, *Грађански Законик Републике Србије, група књига: Облигациони односи*, преднацрт, Београд, 2009.

22 Одредбе о уговору о поклону су по први пут уређене у македонском праву 2001. године, приликом доношења македонског ЗОО.

23 Одредбе о овим уговорима су 2001. године, приликом доношења македонског ЗОО, преузете у ЗОО из наследноправних прописа.

као и питања раскида уговора и правних последица раскида, и то како у погледу једностраног и уговорног раскида, тако и у погледу раскида или измена услед промењених околности.

Појмовно одређивање уговора о закупу је проширено и прецизирано. При том, постоје компаративни примери где се посебно уређују закуп (који пружа економску експлоатацију ствари) и најам (где није заступљена таква економска функција). И поред овога, одговарајуће радне групе су одлучиле да не следе пример Закона о обвезним односима Републике Хрватске<sup>24</sup> при одвојеном уређивању уговора о најму. Даље, направљена су одређена термилошка прецизирања у погледу подзакупа. Битна дилема одговарајућих радних група је било питање увођења нових одељака у којима би биле смештене одредбе које регулишу посебне уговоре о закупу. Тако, прва верзија пројекта треће књиге ГЗРМ је садржала решења која се тичу уговора о лизингу, уговора о закупу стана, уговора о закупу пословног простора, уговора о дугорочном закупу пољопривредног земљишта, уговора о дугорочном закупу грађевинског земљишта, уговора о краткорочном закупу грађевинског земљишта и уговору о концесијском закупу. У финалној радној верзији треће књиге ГЗРМ, међутим, наведене одредбе су отпале, и то из горе наведених разлога. Наравно, извршене интервенције могу послужити као основа за измену и допуну *lex specialis* прописа.

Измене које се предлажу у погледу уговора о делу се односе једино на прецизирање појединих питања. Тако, проширују се и групирају у једно поглавље одредбе које се односе на право наручиоца да врши надзор над делом, на интеракцију наручиоца и вршиоца и на одговорност за насталу штету. Прецизирање је извршено и код одредби које регулишу склапање уговора путем надметања. Такође, рок у коме вршилац дела одговара за недостатке је продужен на две године.

Полазећи од важности уговора о грађењу у систему уговорног права, одговарајуће радне групе су предложиле неколико алтернативних одредби на већ постојећим члановима које произилазе из потребе прецизирања постојећих одредби у складу, првенствено, са одговарајућим општим условима FIDIC-а. Такође, многе од предложених одредаба прате решења Посебних узанси о грађењу.<sup>25</sup> Предложене алтернативе у овом одељку односе се на дефинисање уговора о грађењу, на форму уговора, на хитне непредвиђене радове и на цену радова (укључујући и одредбе о повећању цене, непроменљивости цене и праву наручиоца да тражи смањење уговорене цене). Даље, прецизирају се и одредбе о одговор-

24 Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine Republike Hrvatske, бр. 35/05, 41/08 и 125/11).

25 Посебни узанси за градењето (срп. Посебне узансе о грађењу) (Службен лист на Социјалистичка Федеративна Република Југославија, бр. 18/77).

ности извођача радова, пројектанта и лица које је вршило надзор. Као посебне новине које се предлажу су увођење нових одредби са којима се дефинишу категорије радова (мањак радова, вишак радова и допунски радови), дефинише се појам разумног рока, проширује се право надзора и у односу на контролу квалитета материјала који се треба произвести, уређује се положај подизвођача и слично.

Код уговора о ортаклуку (заједници)<sup>26</sup> су извршене интервенције у погледу имовине ортака, разрађене су одредбе о форми уговора као и одредбе о иступању и искључењу ортака и допуњене су одредбе о заступању. Посебно треба напоменути да се уводи нови одељак у којем се уређује уговор о заједничкој изградњи, који се третира као посебна врста уговора о ортаклуку. При том, редактирана су правила која се односе на појам, форму, склапање, садржину, дејство и престанак уговора о заједничкој изградњи. Прва верзија пројекта треће књиге ГЗРМ је, такође, садржала посебна правила о уговору о заједничком улагању, уговору о јавно-приватном партнерству и уговору о конзорцијуму, али су и ове одредбе остављене *lex specialis* прописима.

Иначе, уређење уговора о заједничкој изградњи је првенствено наметнуто потребама праксе и то у циљу регулисања одређених правила за уговорне односе лица која удружују имовину ради изградње заједничке грађевине. Тако, уговор се дефинише као уговор којим се два или више лица (ортака) међусобно обавезују да сваки од њих удружи одређени део своје имовине и рад или само свој рад, у циљу заједничке изградње одређене грађевине, од које ће свако од њих, након изградње, у зависности од висине свог улога, добити тачно одређени реални део. Даље, јасно се дефинишу стране уговора и стицање статуса стране након склапања уговора. У том смислу, јасно се дефинишу обавезе инвеститора – наручиоца, предмет заједничке изградње, како и правила о односу на ортакчу главницу.

Имајући у виду да уговор о превозу има суштинску улогу у реализацији транспорта робе у домаћем и међународном промету, а ослањајући се на промене које је захватила светска привреда у области транспорта, приступило се прилагођавању правног оквира превоза пратећи при том савремене светске трендове у области уређивања овог сектора. Посебно су се имале у виду трансформација превозника и шпедитера у логистичке операторе, експанзија мултимодалног транспорта и, следствено, уређивање транспортне маршруте мултимодалним транспортним документима.<sup>27</sup> Све је ово извршило нужни утицај у неколико

26 Овај је уговор, такође, по први пут уређен у македонском праву 2001. године, приликом доношења македонског ЗОО.

27 Вид. Борка Тушевска, Шпедицијата во домашниот и во меѓународниот промет на стоки (срп. Шпедиција у домаћем и међународном промету робе), докторска дисертација, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2011, стр. 251–257.



сегмената, па су одговарајуће радне групе приступиле модернизацији и адаптацији решења ЗОО, пратећи већину међународних извора транспортног права, а истовремено не занемарујући потребе праксе. Анализирајући потребе привреде, извршено је брисање нејасних одредби, лексичко и семантичко уређивање текста, као и адаптација текста потребама модерне трговине и транспорта, што је у великој мери допринело појашњавању постојећих решења, нарочито у погледу превозних исправа.

Имајући у виду специфичности развоја права интелектуалне својине, уопште и посебно у погледу промета права интелектуалне својине, јавила се потреба о измени одредаба које се односе на уговор о лиценци. У погледу појма уговора и његовог времена трајања, направљене су измене у правцу усаглашавања са Законом о индустријској својини<sup>28</sup> и Законом о заштити топографије интегралних кола.<sup>29</sup> Форма уговора је усаглашена са другим предложеним изменама у погледу форме. Дефиниција о искључивој лиценци је прецизирана, а уводи се и соло лиценца. У погледу просторног ограничења права на коришћење, уводе се прописи из области права конкуренције и резервна диспозитивна норма о подручју важности лиценце. Корекције се чине и у погледу обавеза даваоца и корисника лиценце. У вези са обавезама корисника, оне се проширују у погледу гаранција, а чине се и одређена појашњења у вези са класификацијама робе и услуга у складу са одговарајућим међународним изворима права индустријске својине. Што се тиче надокнаде, конкретизирају се начини одређивања висине надокнаде као и обавеза за подношење извештаја.

Предлози одговарајућих радних група у делу уговора о комисиону подразумевају одредбе којима се заокружују постојећа решења које се односе на положај и на права и обавезе комисионара. Одређен део предлога у овом делу је мотивисан садржином Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

У погледу уговора о организирању путовања направљене су значајне измене које су усмерене ка усклађивању домаћег законодавства са Директивом Савета 90/314/ЕЕЗ од 13. јуна 1990. године о пакет аранжманима<sup>30</sup> и одговарајуће праксе Суда правде Европске уније. Интервенције су направљене у смислу појмовног одређивања уговора о

28 Закон за индустријску сопственост (срп. Закон о индустријској својини) (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 21/09, 24/11, 12/14 и 41/14).

29 Закон за заштита на топографијата на интегралните кола (срп. Закон о заштити топографије интегралних кола) (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 05/98, 33/06 и 136/11).

30 Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours (*Official Journal of the European Communities*, L 158, 23.6.1990).

организовању путовања, са појашњењем обима примене одредаба овог уговора и дефинисањем организатора путовања као уговорне стране. Даље, дефинисане су обавезе у погледу садржаја рекламног материјала и претходних обавештења. У погледу форме и садржине уговора и заштите права путника, такође, су направљене одговарајуће измене и допуне. Што се тиче одговорности организатора, а у правцу усаглашавања, уведене су две нове одредбе које предвиђају обавезно осигурање од штете и гаранцију организатора за свако путовање. У том правцу, измењене су одредбе о посебним правима и обавезама уговорних страна, а нарочито у погледу промене уговорене цене и права путника и организатора на раскид уговора и на измену садржаја уговора.

Највеће измене, предложене са стране одговарајућих радних група, се тичу уговора о осигурању. Полазећи од економског значаја уговора о осигурању, предвиђен је низ одредаба којима се прецизирају постојећа и уводе нова решења у циљу покривања нових производа у сектору осигурања. Пошто је реч о уговорном сегменту који је, иначе, уређен и посебним прописима, посебно Законом о супервизији осигурања,<sup>31</sup> предлози у овом одељку се односе једино на уговорне аспекте. У делу елемената уговора о осигурању, одговарајуће радне групе су предложиле алтернативне одредбе у циљу прецизирања ризика и осигураног случаја. С обзиром на чињеницу да је реч о адхезионом уговору, предлози се посебно односе на уређивање садржаја полисе осигурања и листе покрића. Слично, предлажу се алтернативе постојећим одредбама које се односе на осигурање имовине и на животно осигурање. Пратећи најновије трендове и нове производе у сектору осигурања, предложене су посебне одредбе којима се врши прецизирање осигурања од одговорности. Нарочито је битно уређивање питања почетка и дејства обавезних осигурања од одговорности.

Пројектом треће књиге ГЗРМ се, такође, обухвата уговор о залози, на начин што се у основи врши преузимање одредаба Закона о уговорном залогу<sup>32</sup> и врше се нека допунска прецизирања и појашњења ових одредаба. При том, као облици уговорног заложног права се уређују регистрована залога, нерегистрована залога и хипотека.

Конечно, у пројекту треће књиге ГЗРМ се уређује и уговор о преносу права својине на ствари, односно одступања права, ради обезбеђења. Реч је, наиме, о тзв. фидуцијарном преносу права својине над покретном или непокретном имовином или о фидуцијарном одступању права.

31 Закон за супервизију на осигурување (срп. Закон о супервизији осигурања) (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 27/02, 84/02, 98/02, 33/04, 79/07, 08/08, 88/08, 56/09, 67/10, 44/11, 112/11, 07/12, 45/12, 60/12, 64/12, 23/13, 188/13, 30/14, 43/14 и 112/14).

32 Закон за договорен залог (срп. Закон о уговорном залогу) (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 05/03, 04/05, 87/07, 51/11, 74/12 и 115/14).

Наведене одредбе, у основи, подразумевају преузимање одговарајућих одредаба Закона о обезбеђивању потраживања.<sup>33</sup> При том, реч је о одредбама које се односе на појам и начин закључивања уговора, на врсте потраживања која се на овај начин могу обезбедити, на право којим дужник обезбеђује потраживање повериоца, на основ потраживања које се обезбеђује, као и на време његовог доспевања. Даље, уређује се питање уписа у јавне књиге и регистре као и услови за ово. У посебним поглављима уређена су права и обавезе уговорних страна.

Наравно, листа претходно наведених интервенција нити је коначна, нити је исцрпна. Покушали смо, имајући у виду просторна ограничења, да прикажемо најбитније интервенције у постојећи текст ЗОО и главне идеје које су водиле одговарајуће радне групе при изради предложених алтернатива. Такође, биле су извршене измене и допуне и код других именованих уговора уређених одредбама ЗОО. Тако, мање измене су извршене у односу на уговор о размени, уговор о послуги,<sup>34</sup> уговор о депозиту, уговор о складиштењу, уговор о налогу, уговор о трговачком заступању,<sup>35</sup> уговор о посредовању, уговор о шпедицији, уговор о алотману, уговор о гаранцији, уговор о сефу, итд.

## 2. Неименоване уговорне облигације

Што се тиче неименованих уговора, који се у принципу третирају као тзв. уговори аутономне трговачке праксе, одговарајуће радне групе су биле исправљене пред дилемом да ли се ови уговори требају уопште уређивати пројектом треће књиге ГЗРМ. При том, наравно, од велике користи су била компаративна искуства уређивања ових уговора. Истраживања одговарајућих радних група су резултирала сазнањем да постоје велике разлике у уређивању ове материје у модерним законодавствима.

Тако, на пример, уговор о дистрибуцији није посебно уређен у Француској, Немачкој, Великој Британији и Грчкој. Међутим, судови у овим земљама дуже време врше примену законских правила које се односе на дело или пак на заштиту самосталног трговачког заступни-

33 Закон за обезбедување на побарувањата (срп. Закон о обезбеђивању потраживања) (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 87/07).

34 Уговор о послуги, као што је случај и са уговором о поклону и уговором о ортаклуку, је по први пут уређен у македонском праву 2001. године, приликом доношења македонског ЗОО.

35 Одредбе овог уговора су изменама ЗОО из 2008. године усаглашене са одредбама Директиве Савета 86/653/ЕЕЗ од 18. децембра 1986. године о усклађивању права држава чланица о самосталним трговачким заступницима (енгл. Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents) (*Official Journal of the European Communities*, L382, 31.12.1986).

ка. Таква су нарочито правила у односу на компензацију због губитка клијентеле, превремени једнострани раскид уговора, дужину отказног рока у случају једностраног раскида уговора, итд. Ово, наравно, имајући у виду то што у већини европских земаља уговор о трговачком заступању је именован уговор, односно уговор који је посебно уређен у националним законодавствима. Такође, на уговоре о дистрибуцији се примењују и општи принципи трговачког и уговорног права садржани у законима који уређују ову материју. У односу на уговор о дистрибуцији, радним групама занимљива је била Шпанија, јер тамо већ дуже времена постоји Нацрт закон о уговорима о дистрибуцији од јуна 2011. године. Даље, компаративно искуство САД о уговорима о дистрибуцији је показало да се примењују општа начела уговорног права. Међутим, у законима којима се уређују одређени привредни сектори као што су тешка машинерија, алкохолна пића или опрема у пољопривреди, сусрећу се одредбе које се односе на дилере, препродавце и сл.

Када говоримо о уговору о франшизингу ситуација је другачија. У ствари, понегде се и код овог уговора примењују општа правила уговорног и трговачког права, док се за поједине аспекте овог уговора у националним правима могу наћи *lex specialis* решења. Тако, на пример, у Шпанији се уговор о франшизингу уређује Краљевским декретом 201/2010 о франшизингу. Даље, у Француској поједини аспекти предговорног информисања су уређени одредбама Трговачког законика. У САД постоје федерална правила у односу на предговорно информисање Комисије за федералну трговину, док у неким законодавствима чланица САД постоје и правила о садржини уговора, посебно у смеру заштите франшизаната. У Аустралији постоји тзв. Франшизни кодекс понашања из 1998. године, са изменама и допунама из 2008. и 2010. године, као правно обавезујући акт у сектору франшизинга. У региону, правила о уговору о франшизингу садржи Грађански законик Албаније.

Што се тиче уговора о факторингу, у Хрватској је 2014. године донесен посебни закон којим се уређује ова материја. Реч је о Закону о факторингу.<sup>36</sup> Овим се законом не уређују једино уговор о факторингу и права и обавезе субјеката у пословима факторинга, већ и услови за оснивање, пословање и престанак рада факторинг друштва, начин и услови за прекогранично обављање делатности, извештавање, надзор пословања факторинг друштва и управљање ризицима. Такође, Хрватска агенција за надзор финансијских услуга је 2015. године донела посебни Правилник о садржају уговора о факторингу.<sup>37</sup> У Србији су посебни прописи о факторингу донети годину дана раније.<sup>38</sup> Српским законом

36 Zakon o faktoringu (*Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 94/14).

37 Pravilnik o sadržaju ugovora o faktoringu (*Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 16/15).

38 Закон о факторингу (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 62/13).

се уређују појам и предмет факторинга, учесници у факторингу, услови и начин обављања факторинга, врсте факторинга, права и обавезе учесника у факторингу, уговор о факторингу, обрнути факторинг и надзор над обављањем факторинга. У региону посебни прописи о факторингу постоје и у Албанији (Закон бр. 9630 од 10.10.2006. године).

Када је реч о уговору о лизингу, у Албанији уговор о финансијском лизингу је уређен посебним Законом бр. 9396 од 12.5.2005. године. У Србији постоје посебна правила о финансијском лизингу од 2003. године.<sup>39</sup> Законом се уређују посао финансијског лизинга, уговор о финансијском лизингу, права и обавезе субјеката у послу финансијског лизинга, услови под којима се могу обављати послови финансијског лизинга, надзор над пословањем давалаца лизинга и Регистар финансијског лизинга. У Хрватској је у 2013. години донесен нови Закон о лизингу<sup>40</sup> којем је стављен ван снаге претходни закон из 2006. године. Интересантно је да хрватски закон уређује и оперативни лизинг. Такође, Хрватска агенција за надзор финансијских услуга је 2014. године донела посебни Правилник о садржају и облику уговора о лизингу и методологији израчунавања ефективне каматне стопе.<sup>41</sup>

Што се тиче компаративних искуства кодификације уговора аутономне трговачке праксе, битно је нагласити да су у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије ревидиране посебне одредбе за уговор о франшизингу (глава XLVII), уговор о факторингу (глава XLVIII), уговор о форфетингу (глава LXIII), уговор о дистрибуцији (глава XX) и уговор о лизингу (глава XXV). При изради прве верзије пројекта треће књиге ГЗРМ, како је споменуто, било је одлучено да се кодифицира једино уговор о лизингу. Ипак, имајући у виду раније речено, у финалној верзији пројекта треће књиге ГЗРМ ове су одредбе изостављене. Наиме, као што показују искуства Србије и Хрватске, *lex specialis* прописи садрже и решења која нису грађанскоправне природе. Стога, оценило је се да би преузимање једино уговорних одредаба из посебних прописа довело до веће фрагментације правног система, што је пак супротно идеји саме кодификације. Што се тиче неименованих уговора аутономне трговачке праксе, ово питање и даље остаје отворено, нарочито имајући у виду дискусије о самој потреби законског уређивања ових уговора, уопште.<sup>42</sup>

39 Закон о финансијском лизингу (Службени гласник Републике Србије, бр. 55/03, 61/05, 31/11 и 99/11).

40 Zakon o leasingu (Narodne novine Republike Hrvatske, бр. 141/13).

41 Pravilnik o sadržaju i obliku ugovora o leasingu te metodologiji izračuna efektivne kamatne stope (Narodne novine Republike Hrvatske, бр. 66/14).

42 Вид. Ненад Гавриловић, Споредбеноправни аспекти на договорот за франшиза (срп. Упоредноправни аспекти уговора о франшизи), докторска дисертација, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2011, стр. 714–725.

## IV Закључна разматрања

Имајући у виду предложена решења пројекта треће књиге ГЗРМ, нарочито у односу на уређивање посебних уговора, можемо указати на то да су одговарајуће радне групе које су учествовале у изради решења из јавне расправе очекивале допринос у правцу решавања питања која и даље остају отворена. Прво од тих питања је да ли ће уговор о расподели имовине за време живота и уговор о доживотном издржавању остати у пројекту треће књиге ГЗРМ или ће постати део пројекта четврте књиге ГЗРМ која се односи на наслеђивање. Друго, да ли ће ауторски уговори,<sup>43</sup> међу којима је најзначајнији издавачки уговор, бити кодификовани у пројекту треће књиге ГЗРМ или ће остати изван кодификације.<sup>44</sup> Од јавне расправе се очекивао и одговор на питање о потреби кодификације неких аутономних трговачких уговора, као што су уговор о франшизингу, уговор о дистрибуцији, уговор о факторингу, уговор о форфетингу, уговор о инжењерингу и други већ у пракси познати и коришћени уговори.

Наравно, од праксе се очекивало и на даља указивања о потреби појашњења, прецизирања и хармонизирања одређених правних норми које су показале одређене недостатке приликом примене права у прошлом периоду. Такође, очекивани су и коментари на предложена алтернативна решења. Ипак, како је споменуто претходно, крајем 2014. године је израђена финална радна верзија пројекта треће књиге ГЗРМ. Другим речима, јавна расправа је завршена и одговарајуће радне групе су имплементирале део коментара на предложена решења пројекта треће књиге ГЗРМ које су сматрале одговарајућим.<sup>45</sup> Нажалост, мора се извући закључак да је већина коментара била техничке, а не суштинске, природе. Што се тиче суштинских коментара, који су већином прихваћени, они су се претежно односили на предложена решења, а не на евентуалне потребе праксе о новим и разрађенијим решењима.

У контексту последњег, на пример, очекивало се да банкарски сектор изнесе свој став о банкарским пословима и уговорима, јер се чини да постојећа решења ЗОО не одговарају потребама модерног банкарског промета. Са друге стране, доминантни интерес банкарског сектора је

43 Ауторски уговори су уређени посебним прописима. Вид. Закон за ауторското право и сродните права (срп. Закон о ауторском праву и сродним правима) (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 115/10, 140/10, 51/11 и 147/13).

44 Тако, издавачки уговор се уређује у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије (глава XXIX), што је било случај и са Скицом за Законик о облигацијама и уговорима проф. Константиновића (одељак XII).

45 Битно је споменути да су одговарајуће радне групе, тамо где су одлучиле да дати коментари нису одговарајући, дале образложење одлуке о неприхватању.

била висина стопа казних и уговорних камата. Чак ни остала отворена питања повезана са кредитирањем, као што су питања која се односе на превремену отплату зајмова и кредита, на висину провизија и осталих трошкова, на каматни рачун који се примењује при амортизацији зајмова и кредита, на варијабилне каматне стопе, итд., нису била апсолвирана.<sup>46</sup> Истини за вољу, једино је Народна банка Републике Македоније дала неке суштинске предлоге и коментаре. Укратко, очекивања да ће јавна расправа поводом пројекта треће књиге ГЗРМ о облигацијама решити одређене дилеме у односу на потребу континуираног усклађивања различитих решења у македонским законима се нису потпуно остварила.

При изради предложеног пројекта треће књиге ГЗРМ о облигационим односима, одговарајуће радне групе су успеле да нека од отворених питања затворе. Наравно, затварање ових питање није дефинитивно, па и даље остаје могућност да се решења предложеног пројекта треће књиге ГЗРМ допуне и побољшају. Што се тиче неименованих уговора, како је споменуто, намера одговарајућих радних група је била да се коначна одлука о њиховом (не)кодифицирању донесе као резултат професионалне јавне расправе. Тако, на пример, став банкарског сектора је нарочито битан у односу на редакцију решења за уговор о факторингу и уговор о форфетингу, имајући у виду да банке ове полове ретко нуде у њиховом „чистом“ облику, па се поставља елементарно питање да ли је боље предвидети посебна правила која могу бити неодговарајућа или задржати садашње стање које подразумева примену општих, али и еластичнијих правила општег дела уговорног права. На крају крајева, правна правила постоје баш због потреба праксе. Стога, оно што остаје је нада да ће у пракси доћи до помака који ће придонети квалитетнијим решењима.

---

46 Вид. Јадранка Дабовић-Анастасовска, Ненад Гавриловић, „Структура и висина банкарских кредитних потраживања у праву Републике Македоније: са посебним освртом на стопе уговорних камата“, у: Миодраг Мићовић (ур.), *Услужни њослови*, Крагујевац, 2014, стр. 267–276.

**Jadranka DABOVIĆ-ANASTASOVSKA, PhD**  
Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University  
“Ss Cyril and Methodius” in Skopje, Republic of Macedonia

**Goran KOEVSKI, PhD**  
Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University  
“Ss Cyril and Methodius” in Skopje, Republic of Macedonia

**Nenad GAVRILOVIĆ, PhD**  
Assistant Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”,  
University “Ss Cyril and Methodius” in Skopje, Republic of Macedonia

## NOMINATE AND INNOMINATE CONTRACTUAL OBLIGATIONS IN THE CIVIL LAW CODIFICATION PROJECT OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA

### Summary

*In this paper, the authors deal with the issue of legal regulation of special contracts in the project of the third book of the Civil Code of the Republic of Macedonia concerning the law on obligations. After referring to the legal sources of comparative, international and European law, as well as to certain legal projects and informal legal documents of contract law used as a model in the drafting of the alternative proposed rules, an overview of the proposed solutions for special nominate contracts is given. The remainder of the paper examines the dilemma of whether to codify and draft special rules on the so-called contracts of autonomous commercial practice.*

**Key words:** *civil law, obligations, codification, nominate contracts, innominate contracts.*



Др Јован ЂИРИЋ  
директор Института за упоредно право, Београд

## ДА ЛИ СЕ ЖИВОТ МОЖЕ КОДИФИКОВАТИ? – Поводом доношења Грађанског законика Србије –

### Резиме

У овом чланку, аутор покушава да одговори на неколико интересантних питања. Прво питање је: „да ли је касно за доношење Грађанског законика?“ Није довољно познато да је Србија свој грађански законик имала још 1844, одмах након Француске, Аустрије и Холандије. Тај законик је био један лош превод аустријског законика и због тога тај законик није заживео, па је ипак тек у последњих неколико година одлучено да се највише грађански законик. У том смислу историја српског грађанског законика је историја Србије и њених заблуда и прешака. Са друге стране данас се у многим земљама доносе грађански законици, као на пример Холандија, земље Латинске Америке, Јапан, Пољска, Чешка, Румунија. Ту је ипак и питање да ли се може говорити о декодификацији грађанског права. Многе друштвене и економске промене, нове технологије директно су утицале на развој нових области права, као што су саобраћајно право, радно право, право осигурања, компанијско право, итд. У том смислу је ипак највише један законик који би све то обухватио. С друге стране поставља се питање да ли можемо говорити о кодификацији грађанског права у процесима глобализације. Србија је члан УН, Савета Европе, а жели да постане и члан ЕУ. Србија мора да прихвати одређена правила тих организација, а то значи да можемо говорити о декодификацији српског грађанског права. Тако би неко могао рећи да је доношење Грађанског законика у Србији, нешто што је неопходно, али аутор сматра да то није тачно. Он

смајра да писање Грађанској законика може врло позитивно утицати на развој правне науке и културе. Све у свему доношење Грађанској законика је један мултидимензионалан феномен.

**Кључне речи:** Грађански законик, српска историја, друштвене и економске промене, декодификација, глобализација, правна култура.

Када лаик каже „право“, он најчешће помисли на „правду“, иако ни он, као ни филозофи, далеко ученији од њега, не знају да одговоре на питање „шта је то правда?“<sup>1</sup> Да ли је правда дати свима једнако, тј. дати им различито у зависности од кривице и заслуга,<sup>2</sup> или је правда у томе да онима који имају мање треба дати више како би се њихове стартне позиције изједначиле?<sup>3</sup> Да ли је оно што називамо „афирмативна акција“, или „позитивна дискриминација“,<sup>4</sup> синоним за правду?

Лаик верује да се и највећи друштвени проблеми могу сасвим једноставно решити путем права – треба само донети закон и онда га стриктно примењивати. Међутим, шта ако је закон лош и неправедан? Дотични лаик не зна наравно ни оно што је још Аристотел говорио да је закон једна општа норма, а да има много појединачних ситуација које не могу бити успешно и праведно третиране уколико се примењује само та општа норма.<sup>5</sup> Ради се о томе да основни принципи правде и морала, критеријуми моралности (па и Кантов критеријум универзализације) какви год били, могу бити неспорни *in abstracto*, али чим је реч о примени у конкретним околностима, они могу давати повода бескрајним противуречностима.<sup>6</sup>

Ни право, као ни живот уосталом, нису обична математика у којој су два и два увек само четири. Нема различитих болести, већ различитих болесника,<sup>7</sup> па исто тако може се рећи да увек има различитих људских ситуација у којима правник мора на различите начине да примењује опште правне норме.

Ствари се додатно компликују ако се и када се ради о ономе што би се могло називати неправедно право, као што је то био случај у

1 Ханс Келзен, „Шта је правда?“, *Правни животи*, бр. 12/95, стр. 23.

2 Тома Живановић, *Систем синтетичке филозофије права*, Београд, 1959, стр. 675–681.

3 Никола Висковић, *Право као култура*, Ријека, 1990, стр. 77–78.

4 Владимир Ђурић, *Афирмативна акција*, Београд, 2007, стр. 7.

5 Аристотел, *Никомахова етика* (превод са грчког), Београд, 1970, стр. 138.

6 Хаим Перелман, *Право, морал и филозофија* (превод са француског), Београд, 1983, стр. 203–204.

7 Самуило Пејаковић, *Судскомедицинска експертиза*, Београд, 1986, стр. 77–78.

нацистичкој Немачкој,<sup>8</sup> или пак у послератној Источној Немачкој, а у вези са „чувеним“ случајем дечака Петера Фехтера, којег су убили граничари, док је покушавао да побегне преко Берлинског зида.<sup>9</sup> Било како било, тек, имало би разлога да се каже да су тумачење и примена права, подједнако важни колико и оно што пише у самом закону.

Није у том смислу чудно што многи теоретичари кажу да је основ и срж онога што називамо „правна држава“ и „владавина права“, у ствари независно судство.<sup>10</sup> Познато је да је Велика Британија колевка конституционализма, земља која у ствари уопште нема писани Устав.<sup>11</sup> На основу тога би се могло рећи да писани закони нису толико важни, па би се слично могло рећи и за оне државе које немају свој писани грађански законик. Односно, испоставља се да је систем, обичајних, прецедентних правних норми у ствари производ потресима непрекидане, смирене еволуције у којој сачувана традиција јесте основ његове посебне вредности.<sup>12</sup> Рекли бисмо, да је у свему томе пре свега реч о правној сигурности и предвидивости, где систем прецедентног права, карактеристичан за Велику Британију и САД, полази од правила: „придржавати се већ донетих одлука и не нарушавати решена питања“.<sup>13</sup> Да би правни систем био стабилан, успешан оквир за успостављање правне сигурности, ефикасности и просперитета, он уопште не мора имати писане законе. Показује се дакле да за успостављање успешног, функционалног правног система, сам закон и не мора бити од кључне важности.

## І Да ли је Србија закаснила са доношењем Грађанског законика?

Када се узме у обзир да је Србија свој први грађански законик донела још 1844. године и да је тада била четврта земља у Европи (после Француске, Аустрије и Холандије) која је имала свој Грађански законик, могло би се заиста рећи да је Србија данас по том питању у „дебелом за-

8 Радивој Степанов, „Пет минута филозофије права Густава Радбруха“, *Гласник Агвокајске коморе Војводине*, бр. 12/2009.

9 Јован Ђирић, „Rechtstaat, Schulz, Radbruch i Fehter“, у: Мирко Васиљевић, Владимир Чоловић (приредили), *Увод у право Немачке*, Правни факултет у Београду и Институт за упоредно право, Београд, 2011, стр. 37–53.

10 Един Шарчевић, „Појам правне државе“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4/89.

11 Лидија Баста, *Полиџика у границама права*, Београд, 1984.

12 Милан Галогача, Мирослав Микеш, *Теорија и пракса правне државе и владавине права*, Бања Лука, 2008.стр. 50–51

13 Јелена Ђеранић, „Извори америчког права“, у: Јован Ђирић (приредио), *Увод у право САД*, Институт за упоредно право, Београд, 2008, стр. 36.

остатку“. Тај Законик није био много вешт превод аустријског законика, превод који је сачинио Јован Хаџић, а који сам није био много велики зналац ни језика, нити пак права.<sup>14</sup> И поред тога што тај законик практично није заживео у правом смислу, сама та чињеница доста говори о читавом низу различитих ствари, а пре свега о својеврсним историјским лутањима,<sup>15</sup> кроз које је Србија пролазила у минулим временима.<sup>16</sup> Пре многих других земаља Србија је имала и државу и историју и заставу и химну и законе и идентитет, али, када се деведестих година СФРЈ распала, догодило се да су све друге новонастале државе, одмах снашле и „добиле“, „створиле“ и историју и законе и заставе и химне и идентитет. У процесима упоредно-правних истраживања, али и законодавним процесима, Србија данас у великој мери за узор узима земље из непосредног окружења, а пре свега бивше југословенске републике.<sup>17</sup> Од оних којима је даривала макар део сопственог суверенитета и идентитета, Србија је данас принуђена да учи. Апсурдно, зар не?

У ствари је прича о српском грађанском законнику једна сасвим парадигматична прича о српској, не само правној историји. Када се све то има у виду, онда се може констатовати да је Србија уистину закаснила са доношењем свог Грађанског законика. Зато се с пуним правом може поздравити рад на доношењу Грађанског законика у Србији. Јер, у не само симболичном смислу, тај рад на Грађанском законнику, јесте рад на враћању државно-правној традицији Србије. С друге стране међутим, истовремено се може поставити и питање да ли је време великих грађанскоправних кодификација, неко прошло време националног романтизма из деветнаестог века.

## II Да ли је време грађанских кодификација, време романтичарске прошлости?

Сматра се да је доношење грађанских кодификација јединствен социо-историјски феномен, чији се историјски коренови налазе у својеврсној интелектуалној револуцији која се одиграла у Европи у 18. веку, а која се базира на просветитељству, рационализму, природном

14 Мирослав Ђорђевић, „Правни транспланти и Србијански грађански законик из 1844.“, *Сѝрани ѝравни живоѝ*, бр. 1/2008, стр. 62–85.

15 Овде наравно првенствено мислимо на југословенство и комунизам, који ни један ни други нису поговали пројекту званом Српски грађански законик.

16 О многим од тих ствари, видети и у добро документованој и обимној књизи (укупно 592 стране) Слободана Вуковића, *Срѝско друшѝтво и економија (1918–1992)*, Сремски Карловци – Нови Сад, 2012.

17 Јован Ђирић, „Невоље са упоредним правом“, *Сѝрани ѝравни живоѝ*, бр. 1/2008, стр. 12.

праву, буржоаском либерализму и национализму.<sup>18</sup> Ипак, ако би се овде имали у виду примери неких земаља Европе, онда би се могло констатовати да време грађанских кодификација још увек није прошло. Мислимо пре свега на холандски грађански законик, који је не тако давно ступио на снагу – 1992. године, али, ту је такође и Грађански законик Португалије, из 1966–67. године.<sup>19</sup> Треба поменути и да су Француска, Немачка, Белгија, Италија, Швајцарска и Шпанија, недавно спроводиле делимичну реформу својих старих кодификација у појединим областима, пре свега у породичном праву, стварном праву, индивидуалним правима, итд.<sup>20</sup> Неке ваневропске земље, такође су, недавно доносиле своје грађанске кодификације – Квебек (1994), Венецуела (1982), Перу (1984), Парагвај (1987), због чега су многи били спремни да говоре о виталности, па и о својеврсној „рекодификацији“ грађанског права.<sup>21</sup>

Јапан је посебна прича. Јапански грађански законик донет је 1896. године, у одређеној мери под утицајем кодификаторског рада нашег Валтазара Богишића.<sup>22</sup> Међутим, данас, а у вези са савременим глобалним процесима, законик је у језичком смислу морао бити модернизован 2004. године, али је главни део, нарочито регулативе о облигационим односима тада ипак остао нетакнут.<sup>23</sup> Упркос јапанском инсистирању на традицији, друштвене и економске промене у Јапану, су утицале на то да је Министар правде 2009. године, после консултација са законодавним саветом из Министарства правде, формирао радну групу која има за задатак да ради на ревизији постојећег Грађанског законика, нарочито у области облигационих односа,<sup>24</sup> што ће рећи да су процеси кодификација у јапанском грађанском праву врло актуелни. Није нам у овом тренутку познато докле се стигло са радом, али, оно што желимо да кажемо, јесте да пример Јапана казује да грађанске кодификације нису превазиђена ствар, романтичарских времена.

Земље бившег „реал-социјализма“ такође могу бити добар пример. Мислимо овде на Румунију. Румунија је, слично као и Србија, давно имала свој Грађански законик – свега 20 година након Србије – 1864.

18 Maria Luisa Murillo, „The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification“, доступно на адреси: [archive.law.fsu.edu/journals/transantional/vol11\\_1/murillo.pdf](http://archive.law.fsu.edu/journals/transantional/vol11_1/murillo.pdf), стр. 3.

19 M. L. Murillo, *нав. чланак*, стр. 15.

20 *Ibidem*, стр. 14.

21 *Ibidem*, стр. 14.

22 Kazuhiro Takii, „Valtazar Bogišić und Hirobumi Ito: Zwei Schüler Lorenz von Steins“, у: *Сјоменица Валтјазара Бојишића – о сјојодишњици његове смрти*, књига 1, Лука Бренеселовић (приредио), Београд, 2011, стр. 221–230.

23 Доступно на адреси: [www.moi.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR\\_00001.html](http://www.moi.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_00001.html).

24 *Ibidem*.

године. Имајући у виду културне и политичке везе Румуније и Француске, у суштини се код овог румунског законика ради о прерађеној верзији чувеног Наполеоновог законика из 1804. Након 1945. године, судбина Румуније у историјском, политичком и правном смислу, била је слична српској судбини, тако да је тек након свог транзиционог периода, Румунија 2011. године добила свој (нови) Грађански законик.<sup>25</sup>

Пољска је такође недавно добила свој нови Грађански законик. Ради се о августу 2006. године,<sup>26</sup> док је у Чешкој републици, Грађански законик донет 2012. године, а ступио је на снагу 1. јануара 2014. године.<sup>27</sup> Дакле није Србија никакав изузетак када се ради о писању и доношењу грађанских кодификација. Напротив, евидентно је из примера многих земаља које смо овде помињали да постоји тренд који неки називају „рекодификација“ грађанског права – законодавства. Треба међутим рећи да, паралелно са процесима рекодификације грађанског права, постоји и нешто што би се могло назвати „декодификација“.

### III Обимност материје и „декодификација“ грађанског права

Паралелно са процесима кодификације и „рекодификације“ грађанског права, одвија се и нешто што неки теоретичари називају „декодификација“, а што би се могло означити као процес ширења посебног законодавства, које се налази изван једног општег грађанског законика а што ствара бројне проблеме и нејасноће, односно пре свега правне неконзистентности.<sup>28</sup> Јасно је да се у 20. веку, као одговор на бројне социо-економске промене и изазове, грађанско право суочило са бујањем новог права и нових закона, који се налазе изван традиционалних грађанских кодификација. Реч је о, на пример, радном законодавству, о ауторском праву индустријске својине, о лизингу, о праву осигурања, о саобраћајном праву и уговорима о промету робе, о праву конкуренције и антимонополском законодавству, о законодавству о заштити потрошача, о компанијском праву, итд., што не може бити третирано као део традиционалног грађанског законодавства.<sup>29</sup> Реч је о посебном законодавству које самостално егзистира, а које у

25 Silvia Lucia Cristea, „Mortgage Regulations in the New Romanian Civil Code. Practical Aspects“, доступно на адреси: [www.businesslawconference.ro/revista/articole/an1nr1/SilviaCristeaEng.pdf](http://www.businesslawconference.ro/revista/articole/an1nr1/SilviaCristeaEng.pdf).

26 Доступно на адреси: [www.ejcl.org/112/greekbookfinal-2.pdf](http://www.ejcl.org/112/greekbookfinal-2.pdf).

27 Доступно на адреси: [www.czechlegislation.com/en/89-2012-sb](http://www.czechlegislation.com/en/89-2012-sb).

28 M. L. Murillo, *нав. чланак*, стр. 11.

29 *Ibidem*.

појединим ситуацијама у мањој или већој мери противуречи основним одредбама из традиционалних грађанских кодификација. Реч је о некој врсти „новог“ права које до пре неколико деценија као такво није ни било развијено, чак ни познато, а које је често настајало и под утицајем развоја међународног права, читавог низа међународних уговора и правно-политичких принципа, који се могу везивати за УН, за ЕУ, за Савет Европе, итд.<sup>30</sup>

Јесте тачно да су односи у данашњем друштву, пре свега захваљујући техничко-технолошким променама знатно комплекснији и компликованији него што су били пре само двадесет година, те да много шта данас треба правно регулисати, при чему ту мислимо и на (грађанско-правне и кривично-правне) санкције, но питање да ли се ту не ради о нечему што би се могло назвати претерани нормативизам. Као да држава жели да све регулише и стави под контролу. Као да морал и савесност више немају значаја ако нема санкције.

Као да право (грађанско или кривично) треба да одлучујуће допринесе томе да људи постану савеснији и професионалнији. Но, питање, које се само по себи намеће, јесте питање: „да ли ће возачи, лекари, или неки други професионалци, бити савеснији, моралнији, пажљивији, професионалнији само зато што је прописана строга казна?“<sup>31</sup> Питање професионалности и савесности јесте и питање перманентне едукације припадника дотичних професија. Претерани нормативизам јесте дакле нешто што карактерише савремени друштвени и правни тренутак, па се у вези са тим као питање данас поставља: не ремети ли се на тај начин сама концепција грађанског права просто зато што поједина законска решења донета у различитим временима, једна другом могу противуречити? Поставља се питање: није ли претерани нормативизам нешто што само по себи противуречи идеји либерализма, идеји слободног тржишта?<sup>32</sup>

Развој друштвеног живота и савремене економије, а можда понајпре развој нових технологија, нужно захтева и нову правну регулативу, те се због тога јављају нове гране права и нове норме које више не могу да „стану“ у једну кодификацију, но, питање које ми овде постављамо јесте и питање: да ли се у томе ипак претерало? Ово није карактери-

30 О свему томе и Владимир Медовић, „Међународно право као извор права Европске уније“, *Стирани правни животи*, бр. 2/2008, стр. 24–40.

31 Јован Ђирић, „Професионални нехат“, у: *Проблеми реинтеграције и реформе југословенској кривичној законодавства*, Институт за криминологија и социологија истраживања, Будва, 1995.

32 Donald Nicolson, „The Rule of Law in English Criminal Law – Rhetoric or Reality – Criminal Law, The Citizen and The Rule of Law“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 3/1991.

стично само за грађанско право, већ постаје све карактеристичније и за кривично-правну област, поводом чега се може говорити о правом бујању новог, споредног кривичног законодавства,<sup>33</sup> где долази до бројних противуречности, а првенствено у смислу неусклађености казнене политике, тј. казни прописаних за поједина кривична дела.

Све то још увек не даје одговор на питање: „зар не би било боље и сврсисходније постојање једног законика, који би обухватао на једном месту свеукупну грађанскоправну материју? Неко би можда рекао да би то било прегледније, јер би се на једном месту, у једном законнику налазиле све норме грађанског права. Међутим, такав грађански законик би био исувише гломазан, те самим тим, на неки начин и непрегледан и тежак за свакодневну употребу и сналажење, пре свега од стране правника – практичара. Неко би свему томе могао додати и следеће: уопште није важно да ли се (грађанско) право налази у једној, или у више књига?<sup>34</sup> Важно је да право обухвата, покрива актуелну друштвену и економску реалност, реалност која је подложна све бројнијим и све бурнијим свакодневним техничким и технолошким променама. Ко је на пример пре само неколико година могао предвидети тако бурни развој компјутерске и интернет технологије, те потребе да се на све то одговори новим правним нормама, новом правном регулативом.<sup>35</sup> Уколико би постојао само један грађански законик, то би најчешће значило управо то да би се тај и такав законик морао често мењати и допуњавати, а што не би било ни рационално, ни прегледно. Право је међутим систем који је сам по себи конзервативан, који захтева стабилност, сталност и непроменљивост, а што је нешто што је директно супротно бурним, свакодневним социоекономско-технолошким променама. У том смислу је боље да се закони не мењају, већ да се „само“ доносе нови закони. Једноставно речено: закони уопште, а посебно законици (кодификације) не трпе честе и брзе промене, те би се, можда управо и зато могло рећи да није сврсисходно кодификовати све на једном месту, у једном законнику, односно, то је то разлог својеврсне „декодификације“ као појаве, појаве која егзистира паралелно са појавом „рекодификације“. Наравно, овде би се могло говорити и о глобализацији која има вишеструког утицаја и значаја на процесе „декодификације“.

33 Катарина Дамјановић–Лазаревић, „Споредно (допунско) кривично законодавство“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 1–2/93.

34 Ма колико то банално звучало, неко би чак могао констатовати и следеће: књига у којој би се налазило целокупно грађанско право, лакше и брже би се „хабала“, него када би се радило о неколико засебних књига. Ово би могло имати и одређено преносно значење, у смислу да би се због промена у једном делу, морао мењати и прилагођавати и читав законик.

35 О томе на пример, Драган Прља, Андреј Дилигенски, „Правни аспект неутралности интернет мреже“, *Сирани правни животи*, бр. 3/2011, стр. 124–140.



## IV Глобализација и „декодификација“

Каква је веза између глобализације и декодификације, односно да ли глобализација нужно подразумева неку врсту декодификацију? Одговор може бити врло једноставан: кодификација је на неки начин синоним за јачање националног суверенитета, а што је управо било карактеристично за филозофски и историјски тренутак просветитељства, француске буржоаске револуције, либерализма, Наполеона, итд. Глобализација сама по себи нужно подразумева одређене процесе „десуверенизације“,<sup>36</sup> те је у том смислу и разумљиво то што се говори о „декодификацији“ као другом имену за десуверенизацију. У крајњој линији, свака држава која прихвати чланство у УН, ЕУ, ММФ-у, ЦЕФТИ, мора прихватити и одговарајућу стандардизацију права и понашања, које уводе ове организације и тиме се одређи дела свог суверенитета.<sup>37</sup> Другим речима, овде се поставља питање да ли је то што Србија жели да уђе у чланство ЕУ и да своје право хармонизује са правом ЕУ, процес који је супротан процесу кодификације грађанског права.

Наравно, сама по себи, глобализација јесте један вишезначан феномен, који може изазивати читав низ различитих политиколошких, моралних, социолошких, правних дискусија и критичких размишљања.<sup>38</sup> Једно је у сваком случају јасно: глобализација води уједначавању, унификацији, пре свега у области грађанског права, мада не само када је реч о грађанском праву.<sup>39</sup>

Ствари су у суштини врло једноставне и лако објашњиве: савремена глобална економија и највећи „играчи“ у тој економској, на светском тржишту – мултинационалне компаније „желе“ да ограниче сваку врсту посебности и националне специфичности изражене у закону, или на било који сличан начин. Због тога су национални закони и кодификације нешто што је са становишта великих мултинационалних компанија непожељно. Интерес тих компанија јесте непрекидно разарање тради-

36 Овде треба поменути и један запажени и обимни тематски зборник радова из 2013. године под интригантним и упечатљивим насловом: „Глобализација и десуверенизација“, а који су заједнички објавили Институт за упоредно право, Српско социолошко друштво и Филозофски факултет у Косовској Митровици. Зборник садржи око 60 чланака који на различите начине третирају ову занимљиву проблематику глобализације и десуверенизације.

37 Рајко Кузмановић, „Право, правни стандарди и њихово нарушавање“, *Правна ријеч*, бр. 35/2013, стр. 15–16.

38 Јован Бабић, „Један свет и ми у њему – прилог критици глобализације“, *Сјирани љавни животи*, бр. 3/2014, стр. 13–30.

39 Јелена Перовић, „Унификација као будућност уговорног права“, *Економика љредузећа*, бр. 5–6/2000, стр. 223–228.

ционалних вредности, националних посебности и идентитета.<sup>40</sup> Великим банкарско-трговинским међународним корпорацијама никако не одговара индивидуалност и идентитет било кога у било ком смислу: чак и када је реч о (поп)културном,<sup>41</sup> а о економском и законском да не говоримо. Потенцијалном бизнисмену – инвеститору који се спрема да послује са Србијом, једноставније да оперише са нечим што је њему блиско, са опште познатим правом и законодавством, а то ипак није српско право и српско законодавство. У условима глобализације, једноставно нема места за много националних посебности.

Осим тога, глобализација подразумева и унификацију у правно-политичком смислу, а првенствено када је реч о људским правима. Европски суд за људска права и Венецијанска комисија Савета Европе,<sup>42</sup> играју важну улогу у развоју демократије, права и законодавства у Србији. Ниједна земља у Европи, па тако ни Србија, не може, а и не треба да буде изоловано острво. Србија није дакле ни фактички, ни формално у могућности да занемарује и пренебрегава препоруке, савете и мишљења различитих међународних форума, те се у том смислу може поставити питање да ли је и колико Србија уопште самостална да данас доноси своје законе, а без „помоћи“ од стране различитих (не)владиних организација из иностранства. У том се смислу дакле може поставити питање сврсисходности актуелног рада на доношењу Грађанског законика Србије.

Међутим, управо се имајући то у виду може оправдати рад на писању Грађанског законика, као један вид одбране достојанства и суверенитета Србије, који је по много чему, у економском, политичком, правном и културном смислу доброано уздрман. Неко би можда могао рећи како то на неки начин звучи исувише патетично, али суверенитет заиста не чине само родољубиве песме, традиционална јела и прославе националних празника, већ чине и право и закони самостално писани и донети, а не под притиском из иностранства. То наравно не значи да не треба узимати у обзир и искуства из иностранства, односно да не треба примењивати, па понекад чак и потпуно копирати страна закон-

40 „Путем обесмишљене масовне културне индоктринације, ради се на неутралисању историјског и културног континуитета и етничке самосвојности уопште.“ Срђа Трифковић, „Постмодерни Макијавелизам: Запад и Срби 1991–2011“, у: Бранислава Кнежић, Јован Ђирић (приредили), *20 година од разбијања СФРЈ*, Институт за упоредно право, Београд, 2011, стр. 22.

41 Масовна поп култура у том смислу игра врло важну улогу у процесима савремене глобализације. О свему томе Јован Ђирић, „Мека моћ и глобално управљање светом“, *Сирани ѿравни животи*, бр. 3/2014.

42 Предраг Вукасовић, „Венецијанска комисија и њено бављење Србијом“, *Сирани ѿравни животи*, бр. 1/2010, стр. 7–30.

ска решења. У свему томе треба бити више него опрезан, јер упоредно право ипак не треба схватати само као преписивање туђих законских решења, већ као холистичко сагледавање читавог правног, економског и друштвеног система.<sup>43</sup>

Глобализација дакле води декодификацији права у једној земљи, односно води томе да право у једној земљи више не зависи само од те земље, од правника из те земље. Рекодификација би дакле у том смислу могла водити „ресуверенизацији“, али, постоји овде још једна ствар коју треба поменути, а на неки начин јесте у вези са „ресуверенизацијом“. Ако нам законе пишу или „суфлирају“ експерти из иностранства, који наравно о Србији и Србима,<sup>44</sup> не знају много више од онога што се може прочитати на википедији,<sup>45</sup> јасно је до каквих све бесмислених ствари то може довести. Једна од бесмислица јесте и у занемаривању струке, науке, свеукупне правничке културе. Готово да би се ствар могла довести до крајњих апсурда, па и до тога да законе у Србији не само што доносе, него и да их примењују страни експерти – правници, судије из иностранства. Све то не мора звучати баш као велико претеривање.<sup>46</sup> У ситуацији, када се као нешто сасвим позитивно истиче то колико је закона Парламент изгласао и колико су ти закони усаглашени са европским, све је могуће. У читавом том бесмислу и апсурдности, рад на писању Грађанског законика има свог смисла који треба истаћи, а који се састоји и у ширењу знања, правничке културе и науке.

## V Кодификација и ширење правничког знања и културе

Право се не састоји само у томе да се напише један закон, једна норма и да се онда, та норма, тај закон, стриктно и доследно примењују. Тако нешто би било једна бесмислена казуистика, или би било отелотворење неке очигледне неправде, која би, по систему *dura lex sed lex*, могла оправдавати све, па чак и то да се људи не третирају као људи, већ као ствари – робови.<sup>47</sup> Због тога правник никако не сме да буде инжењер (људских душа), пуки техничар, који размишља само по једноставном

43 Јован Ђирић, „Невоље са упоредним правом“, *Сѝрани љравни животи*, бр. 1/2008.

44 Србима који ће те законе примењивати.

45 Током авионског лета из Америке у Европу.

46 Различите судске институције из земаља у региону су у крајњој линији сачињене, између осталог, од стране судија. Зар Уставни суд БиХ није добар пример за то. О косовској квази држави да и не говоримо. Уосталом, за класично образоване правнике, какав је и потписник ових редова, свака држава у којој законе доноси неко други, а не домаћи познаваоци права, професори, судије, адвокати, јесте квази-држава,

47 Георг Ф. Хегел, *Филозофијска љројдеуишка* (превод са немачког), Београд, 1975.

силогизму: ако је А једнако Б, а Б једнако Ц, онда је А једнако Ц. Човек и људско друштво су увек нешто што је више и компликованије од тога,<sup>48</sup> те је за једног правника од изузетне важности да буде целовита личност, са целовитим образовањем и културом, како правничком, тако и општом. Због тога нису у праву они, који са иронијом кажу да након што дипломирају, наши правници не знају да напишу тужбу или жалбу. Научити тако нешто уопште није неки велики проблем<sup>49</sup> и то је ствар техничке рутине. За правника који данас – сутра треба да одлучује о људским судбинама, од круцијалне је важности да научи да мисли, односно да буде човек широких схватања и широких погледа на свет.<sup>50</sup>

Нису важни само норма и спровођење те норме, већ су важни и бројни коментари, чланци и књиге написани о неком проблему и то нарочито ако су и када су написани по систему *pro et contra*.<sup>51</sup> У том смислу важна су и саветовања и симпозијуми, на којима се могу чути и дискусије и критичке полемике. Просечан правник кроз те дискусије и полемике, као у некаквој античкој Академији изоштрава свој дух, ослобађа га од профане и тривијалне свакодневице, али га истовремено припрема да у тој свакодневици буде што бољи и што праведнији.

Право и општа правничка култура су често значајнији од онога што је написано у једној норми и онога како се та норма примењује. Да није тако, онда нам право и правна наука у малим земљама каква је Србија не би ни били потребни. Било би довољно унајмити странце да напишу једну норму (један закон) и те исте, или неке друге странце унајмити да ту норму (тај закон) примењују. Неко би можда рекао да би то било вишеструко корисно, јер би ти странци занемарили све локалне конзервативизме, схватања, обичаје, традицију и менталитете који представљају кочницу напретку. Тиме би се занемарило локално поимање правде и легитимитета, обичан човек тада би био још више разочаран тиме што су право и правда толико раздвојени,<sup>52</sup> но, „кога је брига за то?“

48 Bizina Savanelli, „Mutual Transition, Spiral Evolutionary Development on Single Positive Law and Plural Normative Order“, *Сџрани љравни живој*, бр. 1/2011, стр. 29-60.

49 То уосталом врло брзо науче и судске записничарке, дактилографкиње.

50 Имајући то виду ми сматрамо да за студије права нису важни само позитивно-правни предмети, већ су важни и ванправни предмети, јер је утицај бројних ванправних фактора на судску праксу од посебног значаја. О томе Јован Ђирић, *Друштвени утицаји на казнену њолишику судова*, Београд, 2001.

51 И не само то. За једног правника, практичара, може бити корисно и то да има у виду какви су све предлози и алтернативе постојали приликом писања једног закона, шта су све размишљали они који су писали закон, те каква је идеја самог законписца. У проналажењу „соломонског решења“ у једном конкретном случају, ово може бити врло значајно.

52 Ремон Полен, „Филозофска анализа појма легитимитета“, *Гледишта*, бр. 5-6/84.

Ми међутим мислимо да је то суштински погрешно, иако је такво схватање у последње време све присутније. Утолико сматрамо да пројекат Грађанског законика Србије и његово писање, доприноси ширењу дискусија и расправа у правничкој јавности, односно томе да се о појединим правним институтима шире сазнања и нови видици, што све доприноси јачању свеопште културе нашег права и наших правника. Упркос томе што би неко рекао да нама недостају пракса и практична знања, сигурни смо да би једно систематичније истраживање показало да српској правничкој јавности још у већој мери недостају теоријске расправе, чланци и монографије који третирају многе опште правне институте. Доношење Грађанског законика Србије би, могло дати одговарајући импулс настанку бројних радова, исто као и симпозијума на којима би правници полемисали о новим речењима, што би допринело побољшању правничког духа и правничке културе.

Све у свему, заиста се може рећи да писање Грађанског законика нема само правно-технички значај, нити пак само значај повраћаја, поновног успостављања, сада већ прилично окрњеног суверенитета и пољуљаног националног самопоуздања и достојанства, већ има и значај за ширење расправа, дискусија, па самим тим и проширење општег правничког знања и културе, а што је нешто што, чини нам се заслужује да буде посебно истакнуто. На питање из наслова овог текста: „Да ли се живот може кодификовати?“, одговор наравно мора бити негативан. Живот је као вода, он увек пронађе неку пукотину кроз коју може да прође, он је као биљка која често изникне и у самом бетону. То међутим не значи да не треба писати грађанску кодификацију, већ напротив, треба покушати, у што је могуће већој мери, одупрети се пракси која је тренутно актуелна, а то је да страни експерти пишу домаће законе који су супротни овдашњој традицији и менталитету, а што се обично правда европским интеграцијама, страним инвестицијама или на неки сличан начин. Тако усвојени и донети закони, представљаће пуку форму и празну љуштuru, која неће имати никаквог ауторитета и која се уопште неће поштовати. То је врло значајан разлог да се подржи пројекат писања Грађанског законика, као пројекат ширења знања и јачања културе, не само када је реч о праву и правницима.

**Jovan ĆIRIĆ, PhD**

**Director of the Institute of Comparative law, Belgrade**

## **COULD THE LIFE BE CODIFIED – On the Occasion of Adoption of the Serbian Civil Code –**

### **Summary**

*In this text the author tries to answer on few interesting questions. The first question is: “Is it too late for adoption a Civil Code?” It is not very well known that Serbia got its own Civil Code in 1844 immediately after France, Austria and Holland. That Code was a bad translation of Austrian Code and due to that, Serbian Code did not begin to live. In last few years, finally it was decided to make a Civil Code. In that sense the history of Serbian Civil Code is the history of Serbia and its fallacies and mistakes. On the other side, new civil codes are adopted nowadays in many countries, such as Holland, Latin American countries, Japan, Poland, Czech Republic or Romania. There is also another question: could we speak about the decodification of the civil law. Many social and economic changes and new technologies developed some new fields of law, such as traffic law, labour law, insurance law, company law, etc. In that sense, it is very difficult to make only one code that could include all of that. On the other hand, the question is could we speak about the codification of the civil law in the period of globalization. Serbia is the member of UN, Council of Europe and wants to become a member of EU. Serbia has to accept general rules of those organizations and it does mean that we can speak about the decodification of Serbian Civil law. So, somebody could say that the Civil Code is something unnecessarily in Serbia, but the author thinks that it is not true. He considers that the writing of Civil Code could have very positive influence on the development of legal science and legal culture. So, the adoption of Civil Code is one very multidimensional phenomenon.*

**Key words:** *Civil Code, Serbian history, social and economic changes, decodification, globalization, legal culture.*

---

# ОБЛИГАЦИОНИ ОДНОСИ – ОПШТИ ДЕО

---

Др Зоран ИСАИЛОВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини

## ИНСТИТУТ ЗАСТАРЕЛОСТИ У ПОРЕСКОМ И ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

### Резиме

Неминовна примена институција застарелости у приватном и јавном праву последица је његовој позитивної утицаја на сигурности и стабилности правних односа и ошклањања неизвесности и омоућавања смањења неоптребних сиорова насталих оштежаним доказивањем давно насталих права. Аутор у овом раду уредно анализира примену овој институцији у пореском и грађанском праву. С тим у вези, истичући њихову одређену истовестности и сличности он указује и на њихове различитије правне природе, које релевантно утичу на различитије правне ефектије у пракси. У контексту изложеној, аутор доводи у питање важећа позитивно правна решења институција застарелости, везана за различитије правни третман, зависно од тога да ли се ради о примени грађанској или пореској права.

**Кључне речи:** пореско право, грађанско право, време застарелости, процедурална облиација, застој и прекид застарелости.

### I Општа разматрања

Протек времена у праву је релевантан за стицање и губљење одређених права. У једном случају се путем дужег држања, коришћења и

употребљавања неке ствари у одређеном временском трајању, одржајем стиче право својине. У другим приликама, протек времена код више правних грана условљава престанак неког права због његовог невршења у законом одређеном периоду. У последњом случају говоримо о примени тзв. института застарелости.<sup>1</sup> Предмет наше пажње у овом раду је упоредна анализа примене овог института у грађанском праву (припаднику породице приватног права)<sup>2</sup> и пореском праву (припаднику јавног права). Заинтересованост за поменути материју поред истоветности и сличности произилази из суштински различитих ефеката које производи поменути институт застарелости код ових грана права, због различите њихове природе. С тим у вези, потребно је аргументовано анализирати да ли је у пракси у одређеним случајевима неопходно давати различити правни третман, зависно од тога да ли се ради о примени грађанског права или пореског права. У контексту изложеног, у правној теорији се институт застарелости првенствено везује за грађанско право, а и нека законодавства поменути институт увршћују у супсидијарни извор за пореско право.

Институт застарелости није случајно акцептиран у свим савременим правним системима. Поред начела да сваки овлашћеник мора да води рачуна о благовременом остваривању својих права, наводе се правна сигурност у имовинским односима те толико теже доказивање настанка и постојања разних права и обавеза за што је више времена прошло од њиховог настанка. Често и накнадна промена обвезничког имовинског стања онемогућава наплату.<sup>3</sup>

Дакле, у теорији и пракси се истиче нужност примене института застарелости у потреби смањења правне несигурности. Прецизније, оп-

- 1 Поменути начини утицаја времена на право представљају два различита института и регулисана су различитим законима. У том смислу у грађанском праву институт застарелости регулисан је по правилу Законом о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, у даљем тексту: ЗОО), а у пореском праву Законом 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, 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 и 105/14, у даљем тексту: ЗПППА). У вези с наведеним, у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, одредбе о застарелости садржане су у делу Грађанског законика о облигационим односима, док су у Општем делу унете оне одредбе о застарелости који важе и за друге грађанско правне односе, с тим да су одредбе о роковима застарелости садржане у одговарајућим – посебним деловима Грађанског законика. У вези с наведеним Комисија ће се накнадно определити о систематизацији одредаба о застарелости.
- 2 „Губљење захтева, односно тужбе у материјалном смислу због протекла времена, зове се застарелост“. Вид. Андрија Гамс, Љиљана М. Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1994, стр. 187.
- 3 Група аутора, *Велики финансијски њриручник*, Том I, Београд, 1974, стр. 350.



шта функција поменутог института је да заштити узнемиравање дужника. Другим речима, обавезивање повериоца да редовно врши своја права заштићује дужника од могућности предугог временског чекања повериоца да врши реализацију свога права. Потенцијална могућност санкционисања невршења права од стране повериоца поред позитивног утицаја на сигурност и стабилност правних односа и отклањања неизвесности, омогући ће значајно редуцирање непотребних спорова оптерећених проблематиком отежаног доказивања давно насталих права.

Раширеност примене института застарелости говори о општости овог института у праву. Међутим, осетљивост, сложеност и диференцираност природе друштвеног живота захтевали су да се овај институт не примењује у бројним случајевима. С тим у вези, у грађанском праву не застаревају сва права, већ само облигациона права која немају свој извор у породичном праву. Према томе не застаревају: апсолутна права, односно стварна и лична права (то правило се може модификовати код залогe због њене акцесорности; облигациона права која имају свој извор у породичном праву, као, на пример, право на издржавање између чланова породице (не и сам досуђени износ издржавања који може да застари). Разуме се ни брачна ни породична права, која дакле нису имовинска, не могу да застаре, али она не спадају у грађанско право.<sup>4</sup>

У пореском праву видну пажњу теорије и праксе изазвало је питање правног третмана везаног за плаћање доприноса за обавезно социјално осигурање. Недоумица је да ли и код овог прихода треба примењивати институт застарелости или не? Претходним важећим прописом<sup>5</sup> јасно је регулисано да се одредбе ЗПППА о застарелости права на утврђивање, наплату и повраћај не примењују на доприносе за обавезно социјално осигурање. Међутим, новим важећим правилом,<sup>6</sup> по мом мишљењу, непотребно и сложено је речено да се одредбе ЗПППА о застарелости права на утврђивање, наплату и повраћај примењују и на све јавне приходе за које је застарелост прописана другим пореским законом на друкчији начин. Поменуто решење, пракса је индиректно протумачила да су и доприноси за обавезно социјално осигурање подложни застарелости под условима прописаним ЗПППА, са применом од 30.5.2013. године. До таквог одговора се дошло повезивањем поменутог новог члана 114е ЗПППА са чланом 69. Закона о доприносима за оба-

4 А. Гамс, Љ. М. Ђуровић, *нав. дело*, стр. 187 и 188.

5 ЗПППА (*Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02 – исправка, 23/03 – исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06 – др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 – др. закон, 53/10, 101/11, 2/12 – исправка, 93/12), чл. 114е.

6 Законом о изменама и допунама ЗПППА (*Сл. гласник РС*, бр. 47/13) измењена је одредба чл. 114е.

везно социјално осигурање<sup>7</sup> који прописује да: „контролу обрачунавања и плаћања доприноса врши Пореска управа, у складу са прописима који уређују порески поступак и пореску администрацију“.

Поред компликованог начина увођења доприноса, у правни систем института застарелости у Србији, у теорији и пракси се отворила жучна дискусија о оправданости поменутог чина. С тим у вези, по мом мишљењу, лакше је у нашим условим оправдати увођење застарелости код поменутог прихода са аспекта теорије, а много теже са аспекта праксе. Покушаћу то да докажем релевантним аргументима. Наиме, у финансијској теорији допринос се по својим обележјима као јавни приход сврстава у тзв. парафискалне приходе. Ти приходи се по својим карактеристикама разликују од традиционалних фискалних прихода. Основне карактеристике ових прихода су следеће:

- плаћање парафискалних прихода врше само чланови друштвених група повезаних економским и социјалним интересом;
- средства прибављена применом парафискалних прихода не улазе у буџет;
- парафискалитети су дестинирани приходи, јер служе за остварење економских и социјалних циљева чланова друштвених група који их плаћају итд.

У теорији се истиче да због ширења функција савремене државе буџет добија исувише уске оквире и постаје недовољан за финансирање нараслих јавних потреба. Због тога се читав низ активности постепено преноси са државних органа на одговарајуће институције и финансира се ван буџетских оквира.<sup>8</sup> Међутим, и поред поменутих разлика у савременој теорији раширено је схватање о блиској вези парафискалитета и пореза. Истиче се да је парафискални приход дестинирана дажбина, наметнута као обавеза лицима која се нађу у одређеној, општим прописом предвиђеној ситуацији. Често се у самом закону постављају основи система одређеног парафискалитета, чиме се у значајној мери лимитирају овлашћења парастаталних организација. Поступак утврђивања, наплате и контроле парафискалитета и пореза је, по правилу, идентичан и поверен надлежним државним органима. Повезано са поменутих излагањем, најиздашнији парафискалитети – доприноси за обавезно социјално осигурање – у ОЕЦД класификацији пореза сматрају се посебном врстом пореза, сврстаном у групу 2000. Истина, аутори те класифи-

7 Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање (*Службени гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06, 7/08, 5/09, 3/10, 4/11, 52/11, 101/11, 7/12, 8/13, 47/13, 108/13, 6/14, 57/14).

8 Дражена Томљановић, *Парафискална давања*, Загреб, 1972, стр. 10.

кације истичу да се доприноси могу разликовати од пореза утолико што накнада из социјалног осигурања зависи од околности да ли је прописани износ доприноса уплаћен, али размере те накнаде, у начелу не зависе од величине нечијег плаћеног доприноса.<sup>9</sup> У контексту изложеног чини се да теоријски није тешко бранити тезу о ширењу институције застарелости и на доприносе за обавезно социјално осигурање, јер се поменути приходи као што је речено, међународним правилима сврставају у посебну врсту пореза.

Међутим, другачија је ситуација практичне имплементације поменуте институције у Србији. Истиче се, да власници фирми и предузећа широм Србије и даље негују праксу да не плаћају редовно својим радницима доприносе. Због тога, постоји бојажљивост код синдикалних и пензијских организација и Управног одбора Пензијског фонда да ће примена застарелости омогућити неажурним послодавцима да након пет, односно десет година дуговања Фонду ПИО буду амнестирани од своје обавезе, а радници ускраћени за пензијски стаж. Поред поменутих субјеката и бројни теоретичари сумњају у оправданост практичне примене застарелости. Конкретније говорећи, наводи се да многи не знају да имају рупе у стажу, па то открију пред крај радног века, када поднесу захтев за пензију. У том смислу би застаревање обавезе плаћања социјалних доприноса било штетно за раднике. Тај би закон могао да буде користан и применљив у неком „нормалном систему“, где постоји фискална дисциплина и где не би било могуће да послодавци годинама не плаћају своје обавезе, а да и даље функционишу на тржишту.<sup>10</sup> Дакле, изгледа да се непотребно пожурило са применом застарелости код доприноса као јавног прихода, иако се у пракси нису још створили минимално потребни услови.

## II Утицај правне природе пореског и грађанског права на функционисање института застарелости

Суштинско разликовање грађанског и пореског права релевантно утиче на теорију и законодавство у одређивању правних последица застарелости. Тако, по правилу у грађанском као приватном праву правни субјекти су равноправни и због тога односи код овог права су различито уређени у односу на порескоправне односе код којих због другачије материје фигурирају аутономна правна правила. С тим у вези, истиче

9 Р. М. Gaudemet, *Finances publiques, Emprunt et impot*, Paris, 1975, стр. 105–107. Наведено према: Дејан Поповић, „Теоријске основе разграничења између појединих облика јавних прихода“, *Правни животи*, бр. 10/2000, стр. 257.

10 Милојко Арсић, *Новости*, Београд, од 25.4.2013. године.

се: будући да се субјективно право (код приватног права – прим. З.И) састоји од повериочевог овлашћења да га користи или не користи, као и од права на судску заштиту, може се закључити да наступом застарелости поверилац није изгубио овлашћење које чини садржај његовог субјективног права. Другим речима, „застарелосту не пропада право у целини већ само захтев, услед чега се оно не може или утужити, или ако је већ судски утврђено, принудно наплатити“.<sup>11</sup> Према томе, дужник своју обавезу може извршити, а поверилац може примити испуњење. Ако дужник изврши застарелу обавезу нема право на поврат.

ЗОО одређеним решењима избегава се крутост правних последица застарелости. Тако, чл. 366. поменутог Закона се писменим признањем застареле обавезе тумачи као одрицање од застарелости. Такође, исто дејство има давање залог или ког другог обезбеђења за застарело потраживање. Доследно наведеним решењима и кад протекне време застарелости, поверилац чије је потраживање обезбеђено залогом или хипотеком може се намирити од оптерећене ствари, ако је држи у рукама или ако је његово право уписано у јавној књизи. Међутим, застарела потраживања камата и других повремених давања не могу се намирити ни из оптерећених ствари. У контексту изложеног, да би дужник могао да оствари своје право неопходно је да истакне приговор застарелости у судском поступку поведеном од повериоца ради извршења правне обавезе.<sup>12</sup> У случају да то дужник не уради, суд ће пресудити у корист повериоца, јер се у приватном праву о застарелости не води рачуна по службеној дужности.<sup>13</sup>

У порескоправном односу појављују се два субјекта, порески повериоци и порески дужници. Порески повериоци су носиоци субјективног пореског права које им даје право и овлашћење да наметну обавезу плаћања дажбине (активни субјекти), док су други субјекти физичка и правна лица – порески дужници (пасивни субјекти) чија је обавеза да изврше дуговану радњу из порескоправног односа.

Природа порескоправног односа која се манифестује између пореског повериоца и пореског дужника не доводи их у једнаки положај.

11 А. Гамс, Љ. М. Ђуровић, *нав. дело*, стр. 191.

12 Наиме, „у правима у којима је застарелост материјалноправне природе, у која спада и наше право, застарелост нема дејство *ex lege*, те о њој суд не води рачуна по службеној дужности, већ само на приговор заинтересоване стране. С друге стране, у оним правима у којима је застарелост процесноправне природе, суд о њој води рачуна *ex officio*“. Вид. Оливер Антић, *Облигационо право*, 2. издање, Београд, 2008, стр. 188.

13 Вид. Наташа Жунић Ковачевић, „Застара – о примени грађанскоправних правила у порезном праву и судска пракса“, *Зборник Правној факултету Свеучилишта у Ријеци*, 2009, стр. 687; ЗОО, чл. 360, 367 и 368.

Држава (пореска власт) која се појављује као порески поверилац је та која је супериорнија и која утврђује правила игре. Ту своју супериорност држава изражава преко утврђивања права и обавеза за себе и за пореске дужнике. Она се стара да се њена воља преточена у прописе реализује имајући право да примењује санкције на оне који се оглушују о норме, прописе. Држава има право да одлучи о временском трајању дужности плаћања обавеза. Пошто доноси прописе, она може и да их измени и допуни, а може их и заменити новим. Из наведених односа, у теорији и пракси се изводе закључци да активни порески субјект („држава“) има не само право, већ и дужност да утврди и наплати пореску обавезу. У том смислу се истиче да јавноправно тело има обавезу да предузме радње како би настао порескоправни однос и то је, између осталог, његов задатак и сврха постојања.<sup>14</sup> Поменути разлози наводе бројне теоретичаре и законодавства да закључе о непостојању натуралне обавезе код пореског права за разлику од грађанског у коме она постоји. Доследно томе, по овом резонувању Пореска управа о застарелости пази по службеној дужности. Евентуално плаћен порез пошто је наступила застарелост не представља натуралну облигацију, с обзиром на природу порескоправног односа као односа јавног права. Отуда порески обвезник који се нађе у таквој ситуацији има право на повраћај. Овакво резонување произилази и из решења у ЗПППА у којем је застарелост пореза сврстана у разлоге за престанак пореске обавезе заједно са наплатом пореза (плаћањем, компензацијом или давањем уместо плаћања у складу са законом), отписом пореза и осталим разлозима прописаним законом. Међутим, у теорији постоје и другачија мишљења.<sup>15</sup>

По мом мишљењу у савременим условима поменути аргументи о суштинској потреби разликовања ефеката застарелости у пореском и грађанском праву у многоме губе у значају. Наиме, и поред своје надмоћне улоге савремена држава је морала предузети и одређене обавезе ради заштите стабилности свога система и лојалности пореских дужника томе систему. Те обавезе државе су, на другој страни, права за пореске дужнике. Бројна су права пореских дужника утврђена у пореским законима савремених држава. У неким земљама материја пореских права обухваћена је посебним документима тзв. Повељама пореских обвезника. Наведене Повеље се појављују као додатна средства објашњења одређених компликованих и сложених пореских питања. Због изложених разлога, у пореској литератури наилазимо и на мишљења, да пореска администрација у циљу поштовања начела законитости неопходно је, не само да заштити интересе пореских субјеката који долазе у кон-

14 Н. Жунџић Ковачевић, *нав. чланак*, стр. 688.

15 Вид. Alfred Leitner, *Увод у сјудиј и поресној йрава*, Загреб, 1939, стр. 213.

такту са њом, него још треба да успостави баланс између својих овлашћења и права пореских обвезника.

Поред изложеног, у прилог неразликовања ефеката застарелости у пореском и грађанском праву говори и савремена теорија о оправдању плаћања пореза. С тим у вези, познато је да је тржиште најприкладнији механизам алокације ресурса. Оно даје практичан одговор на питања: шта, како и за кога производити. Међутим, услов за деловање поменутог механизма јесте постојање савршене конкуренције привредних субјеката. Објективно то се не може постићи свуда. Дакле, у одређеним сегментима друштвеног живота немогуће је функционисање тржишта. Прецизније говорећи, бројне услуге државе као што су народна одбрана, полиција, судство, образовање, здравство, култура итд., представљају јавна добра која се по правилу не могу размењивати на тржишту. Другим речима, због њихове природе то се не може урадити поштовањем начела „*quid pro quo*“.

За задовољење поменутих потреба потребно је било пронаћи финансијска средства путем других механизма имајући у виду да се у пракси по правилу ниједно добро и услуга не могу добити бесплатно. Према томе, и за наведена јавна добра неопходно је пронаћи финансијско покриће. То покриће у савременим условима обезбеђују физичка и правна лица који се појављују као обвезници пореза. Међутим, цена јавног добра и преференције за тим добрима, утврђују се у политичком процесу гласања за одређени буџет те његову величину и структуру. Уместо „економског“, користи се својеврсно „политичко тржиште“.<sup>16</sup> Најзад, принудност оптерећења обвезника у савременим условима не настаје приликом увођења пореза.<sup>17</sup> Она настаје онда када држава наплаћује порез. Прецизније, када одређени субјект стекне имовину, оствари доходак итд., дужан је да плати порез. Дакле, објективно плаћање пореза је неминовно и да има логике изједначити ефекте застарелости у пореском и грађанском праву везано за тзв. натуралну облигацију.

У изложеном амбијенту, мишљења сам да је неопходно испитати могућност усмеравања пореског законодавца у правцу решења утврђених у грађанском праву без обзира на природу порескоправног односа. Другим речима, гледајући са аспекта правичности, ефикасности и рационалности наплате пореза добровољним плаћањем застареле обавезе, обвезник је платио оно што је био дужан као лојалан грађанин. Дакле, државни орган није изгубио право као такво, већ могућност да га покретањем административно-казненог поступка користи. Мотив за овакво резонување код мене произилази и из практичне чињенице, да

16 Перо Јурковић, *Јавне финансије*, Загреб, 2001, стр. 17.

17 Порези се установљавају и уводе доношењем закона у парламенту од стране демократски изабраних посланика.

пореска власт тешко враћа порез и обвезницима који су га неосновано платили, а нису у вези са застарелом обавезом. Поред тога, у савременим условима дошло је до узнемиравајућег односа између оних пореских обвезника који плаћају порез и оних који у великом броју због разних разлога остају заштићени од пореског терета. Прецизније речено, поред нужне ангажованости пореске власти у ефикасној наплати пореза, треба поздравити и сваку активност обвезника усмерену у правцу своје грађанске дужности плаћања пореза. Дакле, ако порески обвезник плати добровољно своју обавезу, поступио је праведно и то треба похвалити, али му онемогућити да због протекла времена поврати нешто што није његово. Имајући у виду да Пореска управа има прецизне податке о обавезама пореских обвезника, није тешко доказати о стварном пореском дугу и то неће представљати неко посебно оптерећење за пореског обвезника и поред протекла одређеног времена.

### III Време потребно за застарелост

Важно питање у грађанском и пореском праву је законско утврђивање рокова у којима застаревају поједина права. У грађанском праву разликујемо опште и посебне рокове застарелости. Поред тога разликују се релативни и апсолтни рок застарелости. У пореском праву институт застарелости је уређен пореским законима у којима се по правилу разликују релативан и апсолутни рок застарелости. У контексту изложеног, пракса показује честе промене рокова у правним системима савремених држава. С тим у вези, уопштавајући поменуто питање, може се извући закључак да код појединих земаља у грађанскоправној пракси рокови застарелости имају тенденцију скраћивања (нпр. у Хрватској и Словенији општи рок застарелости је скраћен на пет година) а у порескоправној продужавања (нпр. у Србији у одређеним случајевима). Међутим, појављују се и одређена одступања од поменутих правила. Тако, наш ЗОО је предвиђао као општи рок застарелости пет година, за разлику од ранијег Закона о застарелости потраживања, по коме је општи рок застарелости био десет година. Најзад, важећим ЗОО општи рок застарелости је поново десет година.

У грађанском праву општи рок застарелости се примењује на све случајеве, осим на оне код којих је нешто друго у закону одређено. Због природе материје које регулише, бројни су случајеви егзистирања посебних рокова (осетно краћих у односу на Општи рок) у ЗОО и у Преднацрту у делу Грађанског законика о облигационим односима. Примера ради, ти посебни рокови застарелости појављују се код:<sup>18</sup> потраживања

18 Вид. ЗОО, чл. 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378 и 379.

повремених давања која доспевају годишње или у краћим одређеним размацима времена (повремена потраживања); потраживање закупнице; потраживање накнаде штете и др.

Од доношења ЗПППА, поред других измена и допуна у делу који регулише застарелост, дошло је у више наврата до одређених промена. Оне су за праксу релевантне и прави су изазов за вођење рачуна о правилима утврђивања застарелости. У кратким цртама изложићу те промене.

ЗПППА (чл. 114 ст. 1)<sup>19</sup> било је прописано да право Пореске управе на утврђивање пореза и споредних пореских давања, као и право пореског обвезника на повраћај пореза и споредних пореских давања, застарева за три година од дана када је застарелост почела да тече. Поред тога, право Пореске управе на наплату пореза и споредних пореских давања застаревало је за пет година од дана када је застарелост почела да тече.

Прописани рокови су имали карактер апсолутних рокова застарелости. У контексту изложеног, законодавац је покушао да санкционише оне обвезнике који нису извршили своје обавезе подношења пореске пријаве и/или су избегли порез. Конкретно, у том случају се за утврђивање пореза и споредних пореских давања продужавао рок застарелости са три на пет година од дана када је застарелост почела да тече. Међутим, ако избегавање плаћања пореза конституише пореско кривично дело, право на утврђивање пореске обавезе и тада застарева за пет година, али се на право на кривично гоњење примењују одредбе о застарелости из Кривичног закона, које разликују релативни од апсолутног рока застарелости.<sup>20</sup>

Изменама и допунама ЗПППА (чл. 114д ст. 1)<sup>21</sup> у наш систем се уводи институт прекида застарелости. Тим путем Законом утврђени рокови добијају релативни карактер. Међутим, интересантно је да поменуте одредбе о прекиду застарелости су важиле само за радње Пореске управе, а не за поднете радње пореског обвезника у циљу заштите њихових права, што је очито било неправедно.

Након више промена, у позитивном пореском праву Републике Србије рокови застарелости су за све порезе уједначени, што се може оценили позитивном појавом. Дакле, важећим ЗПППА застарелост је нормирана овако:

19 Службени гласник РС, бр. 80/02.

20 Детаљније о томе вид. Дејан Поповић, *Коментар Закона о пореском поседујуку и пореској администрацији*, Београд, 2003, стр. 177 и 178.

21 Службени гласник РС, бр. 61/07.



- право Пореске управе на утврђивање и наплату пореза и споредних пореских давања застарева за пет година од дана када је застарелост почела да тече;
- застарелост права на утврђивање пореза и споредних пореских давања почиње да тече од првог дана наредне године од године у којој је требало утврдити порез, односно споредно пореско давање;
- застарелост права на наплату пореза и споредних пореских давања почиње да тече од првог дана наредне године од године у којој је обавеза пореског дужника доспела за плаћање.

Застарелост се прекида сваком радњом Пореске управе предузетом против пореског дужника у циљу утврђивања и наплате пореза и споредних пореских давања. Након прекида, застарелост почиње тећи изнова, а време које је протекло пре прекида не рачуна се у законом одређени рок застарелости.

Пореско-прекршајни поступак не може се покренути ако протекне пет година од дана када је прекршај учињен. На питања застарелости покретања и вођења првостепеног пореско прекршајног поступка, прекид застарелости, застарелост извршења казне и друга питања која нису уређена овим законом примењују се одредбе закона којим се уређују прекршаји.

Право на утврђивање, наплату, повраћај, рефакцију, рефундацију као и намирење доспелих обавеза по другом основу путем прекњижавања пореза, увек застарева у року десет година од истека године у којој је порез требало утврдити или наплатити, односно у којој је извршена претплата (апсолутна застарелост). Пореска управа, по истеку наведеног рока по службеној дужности доноси решење о престанку пореске обавезе, односно о престанку права на повраћај, рефакцију, рефундацију као и намирење доспелих обавеза по другом основу путем прекњижавања пореза, због застарелости.

#### IV Застој и прекид застарелости

У оквиру регулисања института застарелости ЗОО (садржина истог нормирања налази се и у Преднацрту Грађанског законика у делу о облигационим односима и у Општем делу) и ЗПППА, унета су правила о застоју и прекиду застарелости, природно разликујући се у зависности од специфичности материје која је регулисана. Међутим, заједнички су ефекти који се остварују у једном и другом праву. Конкретно, под застојем застарелости подразумевамо егзистирање чињеница која

оногоућавају почетак наступа процеса застарелости или за извесно време застарелост не тече због неког законског узрока. Ако је застаревање почело тећи пре него што је настао узрок који је зауставио његов даљи ток, оно наставља да тече када престане тај узрок, а време које је истекло пре заустављања рачуна се у законом одређени рок застарелости.

Природно је, да је број чињеница које узрокују застој застарелости значајно већи у грађанском праву у односу на пореско право. Тако, у ЗОО таксативно су наведени случајеви кад застаревање не тече. То су потраживања између одређених лица (брачних другова; родитеља и деце док траје родитељско право; између штићеника и његовог стараоца, као и органа старатељства, за време трајања старатељства и док не буду положени рачуни; између два лица која живе у ванбрачној заједници, док та заједница постоји; за време мобилизације, у случају непосредне ратне опасности или рата у погледу потраживања лица на војној дужности итд.<sup>22</sup> За разлику од наведеног броја застоја застарелости у облигационом праву, застој застарелости у пореском праву своди се на само два случаја. Наиме, према ЗПППА (чл. 114з), застарелост права Пореске управе на утврђивање и наплату пореза и споредних пореских давања не тече: 1) за време од покретања управног спора до правоснажности судске одлуке и 2) за време када је другим законом прописано да се порески поступак не може отпочети, односно да се започети порески поступак прекида.

Као и код застоја застарелости природа материје која се регулише одражава се и на прекид застаревања. Међутим, заједничко за обе гране права је то да после прекида застаревање почиње тећи изнова, а време које је протекло пре прекида не рачуна се у законом одређени рок застарелости. У грађанском праву застаревање се прекида: када дужник призна дуг, подизањем тужбе и сваком другом повериоачевом радњом предузетом против дужника пред судом или другим надлежним органом, у циљу утврђивања, обезбеђења или остварења потраживања.

Са друге стране, ЗПППА застарелост се прекида сваком радњом Пореске управе предузетом против пореског дужника у циљу утврђивања и наплате пореза и споредних пореских давања, односно радњом пореског обвезника предузетом у циљу остваривања права на повраћај, порески кредит, рефакцију и рефундацију, као и намирење доспелих обавеза путем прекњижавања и повраћај споредних пореских давања. По мом мишљењу наведена порескоправна решења у Републици Србији су недовољно прецизна и захтевају одређене промене. Наиме, сматрам да је поменути важећи пропис потребно променити и прецизније дефинисати тако што ће гласити: „да се застарелост прекида

22 Вид. ЗОО, чл. 381, 382 и 383.

сваком радњом Пореске управе усмереном на утврђивање или наплату пореза и споредних пореских давања<sup>23</sup> која је достављена на знање пореском обвезнику, односно радњом пореског обвезника предузетом у циљу остваривања права на повраћај, порески кредит, рефакцију и рефундацију, као и намирење доспелих обавеза путем прекњижавања и повраћај споредних пореских давања која је достављена на знање Пореској управи“.

## V Закључак

Несумњива је корисност примене института застарелости у остваривању сигурности и стабилности правних односа и редуцирању спорова оптерећених тешким доказивањем права након дужег протекла времена. У контексту изложеног, уважавајући потребу постојања одређених специфичних решења застарелости у приватном и јавном праву због њихове различите правне природе, то се по мом мишљењу не мора односити на један важан сегмент везан за тзв. натуралну облигацију. Наиме, у теорији и пракси за поменути материју заступљено је мишљење о неопходности суштински различитих правних последица застарелости у грађанском и пореском праву. С тим у вези, истиче се да у грађанском праву учесници у правне односе улазе својом сагласношћу воља, док се у порескоправни однос улази принудно (испуњењем законом прописаних услова).

Наведене суштинске разлике код поменутих грана права условиле су да се у грађанском законодавству повериоцу након протекла законских рокова ускраћује судска заштита, али оставља право да не врати оно што је дужник испунио иако је обавеза застарела. С друге стране, то није случај у пореском праву. Код овог права се полази од тога да је дужнику обавеза наметнута, те због тога протеклом времена застарелости његова обавеза престаје, јер је заснована на закону који одређује кад настаје и кад престаје основ плаћања. Једноставније речено, нема тзв. натуралне обавезе у пореском праву. Доследно наведеном, у теорији и пракси се истиче, да у пореском праву ако порески обвезник или порески дужник жели испунити обавезу која је застарела он то не може учинити, јер је престала постојати. Такође, поверилац не може примити испуњење застареле обавезе због поменутог разлога. Порески дуг по наведеном мишљењу, наступом застарелости постаје недуг.<sup>24</sup>

23 Дакле, неопходно је избрисати речи из ЗПППА, чл. 114д ст. 1: „*предиужетом и рошив и пореској дужника*“.

24 Вид. Н. Жунић Ковачевић, *нав. дело*, стр. 700 и 701.

За разлику од изложених ставова по мом мишљењу, у савременим условима где је изузетно значајно изборити се да се у демократској парламентарној процедури доносе порески закони и у пракси доследно примењују бројна права пореских обвезника и остварује начело општо-сти пореске обавезе, праведно је да се тзв. натурална обавеза примењује и у пореском праву. Доследно изложеном ставу, неопходно је променити пореске прописе у правцу којим ће се порески дужник обавезати да истакне приговор пред надлежним органом да би се ослободио застареле пореске обавезе. Поред тога, потребно је ослободити Пореску управу обавезе да по истеку рокова застарелости по службеној дужности доноси решења о престанку пореске обавезе.

На крају, по мом мишљењу, имајући у виду специфичност, значај и издашност доприноса као дестинираног јавног прихода за обавезно социјално осигурање, променом прописа неопходно је сачекати једно време са применом института застарелости код поменутог прихода, док се у нашој пракси не обезбеде потребни услови.

**Zoran ISAILOVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Priština**

## **INSTITUTE OF OBSOLESCENCE IN TAX AND CIVIL LAW**

### **Summary**

*The inevitable implementation of the institute of obsolescence in the private and public law is the consequence of its positive influence on security and stability of legal relations; elimination of insecurity and providing decreased number of unnecessary disputes that have aroused by difficult proving of long time ago created rights. In this paper, the author comparatively analyzes the implementation of this institute in tax and civil law. In this regard, the author points out their certain similarity and sameness as well as their different legal natures, which relevantly influence various legal effects in practice. In the above context, the author calls in question some valid, positive legal solutions for the institute of obsolescence, related to different legal treatment, depending on whether it refers to the implementation of the tax or civil law.*

**Key words:** *tax law, civil law, time of obsolescence, natural obligation, delay and termination of obsolescence.*

Др Илија БАБИЋ  
редовни професор Факултета за европске правно-политичке студије  
у Новом Саду Универзитета Едуконс

## ОБЛИЦИ ПРАВНИХ ПОСЛОВА

### Резиме

Концепцију реалних ујовора није прихватио ни Преднацрт Грађанској законика Републике Србије у другој књизи – Облициони односи (Преднацрт). Тако је Преднацрт и за ујовор о јослузи (*commodatum*) предвидео да настаје јослизањем сајласности воља (а не предајом ствари).

Облик јравној јосла је његов спољашњи физички изјед. Он има у виду јравни јосао заснован у усменом облику, ако законом или вољом ујоворних страна није одређена форма ујовора.

Закон о облиционим односима (ЗОО) је ораничио формалне ујоворе (јравне јослове) на оне који су изражени у јисаном облику. Формални су: 1) јравни јослови изражени у јисаној јривајној исјрави; 2) јравни јослови изражени у јисаној јривајној исјрави уз учеиће сведока и 3) јравни јослови исјољени у јавној исјрави (сачињени уз учеиће државној орјана или јавној бележника).

Одредбе ЗОО које јројисују форму немају у виду реалне ујоворе – оне који се смајрају закљученим тек предајом ствари. За два традиционално реална ујовора: зајам (*tutium*) и осјаву (*depositum*) ЗОО је одредио да се закључују јослизањем сајласности воља.

**Кључне речи:** облик јравној јосла, форма јравној јосла, реални ујовори, јисана јривајна исјрава, јавна исјрава, јавнобележнички зајис, солемнизација.

## I Појам

Облик је спољашњи физички изглед (вид, начин испољавања садржине), у овом случају, правног посла.<sup>1</sup> У нашој правној литератури уобичајено се користи израз форма. Закон о облигационим односима,<sup>2</sup> такође, користи израз форма.<sup>3</sup> Латинска реч *forma* (*ae, f*) преводи се као лик, облик, слика, модел, калуп.<sup>4</sup> Изрази облик и форма се, често користе као синоними, што се може уочити у правним текстовима.<sup>5</sup> Већина правних писаца<sup>6</sup> сматра да су формални правни послови<sup>7</sup> они који су испољени у писаној форми, форми јавне исправе или реалној форми.<sup>8</sup> Мањи број правних писаца сматра да је, осим правних послова изражених у овим формама, формалан и правни посао који је заснован усмено изјављеном вољом.<sup>9</sup>

- 1 Вид. *Речник српскохрватској књижевној језика*, књига трећа (К-О), Нови Сад – Загреб, 1969, стр. 866.
- 2 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93; у даљем тексту: ЗОО).
- 3 Матичне одредбе о форми уговора регулисане су у ЗОО, чл. 67-73.
- 4 Јован Ђорђевић, *Латинско-српски речник*, Завод за издавање уџбеника и наставна средства, Београд, 1997 (репринт издања Краљевско – српске државне штампарије, Београд 1886), стр. 599. Форма је у нашем језику преведена као облик и у другим значајним делима – на пример, вид. *Речник српскохрватској књижевној језика*, књига шеста (С-Ш), Нови Сад, 1976, стр. 680 и 681; *Речник књижевних џермина*, Београд, 1992, стр. 224 и 225.
- 5 Тако је, у једној од најбољих дефиниција форме облигационих уговора, истакнуо: „Форма облигационих уговора је начин изражавања њихове садржине кроз унапред предвиђене спољне (видљиве) облике у којима треба да се манифестује изјава воље“, вид. Слободан Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964, стр. 26. У члану 498 став 1 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору је одређено: „Уопште је доста да је уговор правилно углављен, те не треба никакве особите вањске одјеће или облика, да би имао закониту снагу“.
- 6 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 61; Андрија Гамс, *Увод у грађанско право, ојштии гео*, Београд, 1972, стр. 197; Стеван Јакшић, *Облигационо право – ојштии гео*, Сарајево, 1960, стр. 137 и 138; Борислав Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, стр. 207; Драгољуб Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2000, стр. 282; Зоран Рашовић, *Грађанско право – увод*, Подгорица, 2009, стр. 279; Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазић, *Увод у грађанско право*, Ниш, 2008, стр. 246.
- 7 ЗОО, чл. 25 ст. 3 прописује да се одредбе тог закона које се односе на уговоре сходно примењују и на друге правне послове.
- 8 Реални уговори су увршћени у формалне уговоре, „јер се нису могли закључивати простом сагласношћу воља“, а формална претпоставка за настанак уговора била је предаја ствари. Вид. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 18.
- 9 Михаило Вуковић, *Ојшии гео грађанској праву – књија II*, Загреб, 1960, стр. 288-291; Владимир Б. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Ојштии гео*

Закон о облигационим односима усмени облик изјављене воље не сматра формом правног посла. У члану 67 ставу 1-3 ЗОО-а прописано је да закључење уговора (а то важи и за правне послове) не подлеже никаквој форми, осим ако је закон друкчије одредио; да законска форма важи и за све доцније измене или допуне уговора, али да су пуноважне „доцније усмене допуне о споредним тачкама о којима у формалном уговору није ништа речено уколико то није противно циљу ради кога је форма прописана“.

У правној науци је истакнуто мишљење да сваки правни посао има форму. Формални правни послови су они за које Грађанско право наређује одређену форму. Остали правни послови који по природи ствари имају форму, али право не наређује форму, него се избор форме препушта странкама, су аформални (неформални) правни послови.<sup>10</sup> Такав став није усвојен у ЗОО. Као неформалне ЗОО има у виду усмене уговоре. Због тога смо употребили израз облици правног посла, иако се изрази облик и форма најчешће користе као синоними. Закон о облигационим односима је ограничио формалне уговоре на оне који су изражени у писаном облику (независно од тога да ли је за испуњење форме довољна само писмена приватна исправа, писана исправа сачињена уз учешће сведока или уз учешће државног органа, када постаје јавна исправа).

## II Реални правни послови и форма

Наиме, одредбе ЗОО које регулишу форму немају у виду реалне уговоре – оне који се сматрају закљученим тек предајом ствари. Реални уговори се сматрају формалним уговорима због што за њихов настанак није довољна проста сагласност воља, него је, осим тога, нужно да ствар (као предмет уговора) буде предата повериоцу.<sup>11</sup> Закон о облигационим односима је напустио концепцију реалних уговора. То првенствено проистиче из општих одредаба ЗОО, члана 28 о изјављивању воље, члана 45 који регулише предуговор и чл. 67–73 који уређују форму уговора. Осим тога, ЗОО је за већину уговора који су били традиционално реални, одредио да настају постизањем сагласности воља. Тако се уговором о зајму (*mutuum*) обавезује зајмодавац да преда у својину зајмопримцу одређену количину новца или којих других заменљивих

*Грађанској праву*, Београд, 2012, стр. 453; Звонимир Слакопер, Вилим Горенц, *Обвезно право – општи део*, Загреб, 2009, стр. 270–272; Петар Кларић, Мартин Ведриш, *Грађанско право – општи део, стварно право, обвезно и наслеђено право*, Загреб, 2009, стр. 132 и 133.

10 М. Вуковић, *нав. дело*, стр. 289 и 290.

11 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 17 и 18.

ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исту количину новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета – чл. 557 ЗОО; уговором о остави (*depositum*) обавезује се оставопримац да прими ствар од оставодавца, да је чува и да је врати кад је овај буде затражио – чл. 712 ЗОО.

Спорно је, међутим, да ли је уговор о залози (*pignus*) у ЗОО регулисан као реални или консенсуални. Према мишљењу појединих правних писаца, уговор о залози је реалан.<sup>12</sup> Члан 966 ЗОО прописује да се уговором о залози обавезује дужник или неко трећи (залогодавац) према повериоцу (залогопримцу) да му преда неку покретну ствар на којој постоји право својине да би се пре осталих поверилаца могао наплатити из њене вредности, ако му потраживање не буде исплаћено о доспелости, а поверилац се обавезује да примљену ствар чува и по престанку свог потраживања врати неоштећену залогодавцу. Из ових одредаба проистиче да уговор о залози настаје постизањем сагласношћу воља, а не предајом ствари. Овај уговор производи облигационоправна дејства. Да би настала залога као стварно право (исто као и код продаје кад је предмет продаје ствар) нужно је да на основу уговора о залози (правни основ, *iustus titulus*) ствар буде предата зајмопримцу (*modus acquirendi*) – члан 968 ЗОО.

Истиче се да карактер реалног уговора имају уговор о капари<sup>13</sup> и уговор о послузи (*commodatum*).<sup>14</sup> Споразум о капари најчешће се уноси у главни уговор, али може бити сачињен као посебан уговор. У обе правне ситуације споразум о капари је споредан уговор и дели судбину главног. Капара је стварноправно средство обезбеђења испуњења уговора. Наиме, она има за предмет извештан износ новца или одређену количину других заменљивих ствари због чега се и одређује њихова предаја да би се на њима стекло право својине. Члан 79 став 1 ЗОО поставља фикцију коју стране могу отклонити својом вољом: „уговор се сматра закљученим кад је капара дата, ако није што друго уговорено“. Ова одредба је диспозитивног карактера и ЗОО на тај начин не намеће форму странама у уговору о капари. Уговор о послузи није регулисан Законом о облигационим односима, те се на основу члана 4 Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације,<sup>15</sup> на овај уговор примењују правила из

12 Јожеф Салма, „Нотаријално облигационо право“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 1/2012, стр. 94; Б. Благојевић, В. Круљ (редактори), *нав. дело*, стр. 209.

13 Гојко Никетић, *Специјални део грађанској права*, Београд, 1928; Ј. Радишић, *Облигационо право – ошћий део*, Београд, 2000, стр. 326.

14 *Ibidem*.

15 Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације (*Службени листи ФНРЈ*, бр. 86/46).



пар. 582-592. Српског грађанског законика из 1844. године (СГЗ). Према овим правилима уговор о послузи је реалан.<sup>16</sup>

Преднарт Грађанског законика Републике Србије у другој књизи (Облигациони односи) у члану 738 дефинише послузу као уговор који настаје споразумом страна.<sup>17</sup>

Воља стране (или страна) за заснивање правног посла може се, испољити: изговореним речима, написаним речима, конкluentним радњама или ћутањем. Унутрашња воља се изражава кроз одређени облик. Облик је уочљиво (на пример, конкluentне радње), чујно изражавање релевантне воље (на пример, изјављивање воље изговореним речима) или писмено (у виду знакова) једне или обе стране која заснива правни посао или закључује уговор (ако постоји сагласност воља две или више страна).

### III Усмени облик правних послова

#### 1. Уопште

Посао може бити заснован у усменом облику ако законом или вољом уговорних страна није одређена форма уговора (члан 28 став 1 ЗОО). Истиче се да је усмено предузети правни посао неформалан, али да има карактер форме која се не наређује.<sup>18</sup> Према једном мишљењу, усмени облик правног посла постаје формалан ако је такав облик прописом предвиђен као обавезан.<sup>19</sup> Усмени облик у коме се предузима правни посао и када је прописан, представља погодност за страну (или стране) и најмање их оптерећује. Само због тога што је закон предвидео овај облик правног посла он не постаје формалан. Ако је закон, осим усмено изјављене воље, прописао и неке друге радње без којих он не може настати, такав правни посао постаје формалан и није реч о усменом правном послу (усмени тестамент).

Правни посао може бити заснован у усменом облику изговореним живим речима (*viva vox*). Ако два присутна лица закључују уговор, постизање сагласности воља је странама истовремено познато. Као присутна лица сматрају се лица која су у телефонској или телепринтерској

16 Живојин М. Перић, *Специјални део облигационог (израженог) права (по предавањима)*, стр. 49.

17 Уговором о послузи обавезује се послугодавац да преда одређену ствар послугопримцу да је бесплатно употребљава, а послугопримац се обавезује да по истеку одређеног времена врати исту ствар неоштећену.

18 М. Вуковић, *нав. дело*, стр. 290; В. В. Водинелић, *нав. дело*, стр. 453.

19 П. Кларић, М. Ведриш, *нав. дело*, стр. 132.

вези, радио вези, електронској вези, односно визуелној вези.<sup>20</sup> Понуда и прихватање понуде може бити учињено на истом језику или различитим језицима који је странама познат.<sup>21</sup>

За неке уговоре уобичајено је да се понуда, прихватање понуде, а понекад и цео уговор закључи и конклюдентним радњама<sup>22</sup> као што је климање главе (ако је уобичајено да тај знак значи пристанак на учињену понуду) руковање, седање за сто у ресторану, улазак у такси возило и слично, или да се конклюдентне радње комбинују са изговореним речима.<sup>23</sup> Конклюдентним радњама се могу засновати и правни послови у привреди. Садржина тако изјављене воље утврђује се на основу околности одлучних у неком правном послу као што су: добри обичаји, начин на који је радња предузета, у које време и на ком месту. Усмени облик уговора омогућава његово брзо закључење и испуњење. Често се практикује у продавницама и на пијацама, али и у пословном промету.

## 2. Ћутање понуђеног

Ћутање понуђеног је његов пасиван став из кога се не може закључити да ли понуду прихвата или одбија. Иако је понуда стигла понуђеном, он ништа није рекао, написао нити предузео нешто из чега би се са сигурношћу могло закључити да ли понуду прихвата или одбија. Правило *qui tacet consentire videtur* (ко ћути сматра се да пристаје) неправедно би наметало обавезу понуђеном да одговара и на оне понуде које не жели прихватити. Данас важи супротна регула – да ћутање понуђеног не значи прихватање понуде (члан 42 став 1 ЗОО). Понудилац не може наметати понуђеном обавезу да се о понуди изјасни. Стога, нема дејства одредба у понуди да ће се ћутање понуђеног или неко друго његово пропуштање (на пример, ако не одбије понуду у одређеном року, или ако послату ствар о којој му се нуди уговор не врати у одређеном року и слично) сматрати као прихватање (члан 42 став 2 ЗОО). Таква одредба понуде не делује ни према понуђеном ни према понудиоцу (понудилац тако не може доцније истицати да је његово ћутање представљало прихватање понуде). Али, стране се могу пуноважно договорити да ће се ћутање једне од страна сматрати као

20 Упор. ЗОО, чл. 35 и Преднацрт, чл. 40.

21 М. Вуковић, *нав. дело*, стр. 290.

22 Израз конклюдентне радње настао је од латинске речи *facta*, од *facio, facere* – чинити, правити, радити и *concludo, concludere* – затворити, сакрити – Јован Ђорђевић, Латинско-српски речник, Београд, 1997, репринт издања из 1886. године, стр. 564 и 311. Ове радње се означавају и као конвенционални знаци, вид. М. Вуковић, *нав. дело*, стр. 296.

23 П. Кларић, М. Ведриш, *нав. дело*, стр. 132.

прихватање понуде друге стране. У том смислу трајни дуговински однос са одређеним роком трајања престаје кад рок истекне, изузев кад је уговорено или законом одређено да се после истека рока дуговински однос продужава за неодређено време ако не буде благовремено отказан (вид. члан 357 ЗОО). Од овог правила постоје и други изузеци. У случају да је закључена куповина на пробу, те је ствар предата купцу да би је испробао до одређеног рока, кад не постоји другачији споразум, сматра се да је купац остао при уговору о куповини ако ствар не врати без одлагања по истеку рока или не изјави продавцу да одустаје од уговора (вид. члан 543 ЗОО). Кад је понуђени у сталној пословној вези с понудиоцем у погледу одређене робе, сматра се да је прихватио понуду која се односи на такву робу, ако је није одмах или у остављеном року одбио. Такође, лице које се понудило другом да извршава његове налоге за обављање одређених послова, као и лице чија је пословна делатност вршење таквих налога, дужно је да изврши налог ако га није одмах у остављеном року одбило. У тим ситуацијама се сматра да је уговор закључен у тренутку кад је понуда односно налог стигао понуђеном (вид. члан 42 став 3–5 ЗОО).

### 3. Формални правни послови

#### *а) Уопште*

Формалан правни посао се по закону или споразуму страна предузима у одређеном облику. Форма првенствено штити лице (или лица) које изјављује вољу од брзоплетог предузимања правног посла и омогућава његово лакше доказивање (у исправи о правном послу прецизније, него у усменом облику су формулисана права и обавезе), али обезбеђује и контрола промета одређених ствари и заштита јавног интереса. На тај начин се поузданије може утврдити воља уговорних страна, разграничити фаза преговарања од фазе уговорања и вршити контрола промета одређених ствари и услуга (земљишта, зграда, аутомобила, транспорта итд).

Форма може обавезивати само једну страну (једнострано формални уговор), као што је, на пример, изјава јемца, која га обавезује само ако је изјаву о јемчењу учинио писмено (члан 998 ЗОО). Двострано формални уговор, напротив, обавезује обе уговорне стране да вољу за закључење уговора изјаве у одређеној форми (уговор о продаји непокретности, уговор о уступању и расподели имовине за живота итд.).

С обзиром на настанак, форма уговора може бити законска или уговорна. Законску форму прописује закон и она може бити писана, у форми приватне или јавне исправе, а с обзиром на дејство – услов пу-

новажности уговора (*forma ad solemnitatem*) или средство доказивања постојања уговора (*forma ad probationem*).

Уговорену форму предвиђају стране својом вољом. Оне могу изабрати било коју форму уговора (тако, на пример, поред писане форме прописане законом могу предвидети и оверу тог уговора). Уговор закључен у уговореној форми може бити раскинут, допуњен или на други начин измењен и неформалним споразумом.

Форму уговора *ad solemnitatem* одређује закон или стране у облигационом односу (уговорена форма) и она је услов пуноважности уговора. Сходно томе, ако уговор није закључен у законској, односно уговореној форми која је битан услов пуноважности, уговор је ништав. Тако је форма битан услов пуноважности уговора о промету непокретности, уговора о уступању и расподели имовине за живота, уговора о доживотном издржавању, уговора о грађењу итд. Ако су се стране споразумеле да ће се уговор закључити у одређеној форми, а не може се утврдити какво дејство има та форма уговора, претпоставља се да су имале у виду форму која је битан услов пуноважности уговора.

У случају да је писмена форма правног посла битан услов његове пуноважности, а исправа о уговору је уништена или изгубљена, постојање и пуноважност уговора може се доказивати било којим другим доказима.

Кад је форма одређена као доказ постојања правног посла (*ad probationem*), уговор који није закључен у тој форми сматра се пуноважним, али се његово постојање не може доказивати другим доказним средствима, изузев у предвиђеној форми. Због тога, уговор остаје без правне заштите (неутужива, природна облигација), те његово испуњење зависи од воље уговорне стране.

Форма се може испољити у виду писмене приватне или јавне исправе. Исправом се уопште сматра сваки предмет који је подобан или одређен да служи као доказ какве чињенице која има значај за правне односе, као и рачунарски податак. За правне послове релевантна је писана исправа.

### б) Форма приватне исправе

Приватну исправу сачињава физичко или правно лице (две стране или више страна - уговор о оснивању вишечланог привредног друштва, уговор о ортаклуку) без учешћа државног органа, организације на коју су пренесена јавна овлашћења или јавног бележника. Стога је њихова снага једнака снази осталих доказних средстава.<sup>24</sup>

24 Драгана Кнежић Поповић, „Читање јавнобележничких исправа“, *Право и полиција*, бр. 2/2011, стр. 13.

Уговор је сачињен у форми приватне исправе ако је исправа о уговору написана руком, штампачем компјутера, писаћом машином или неким другим средством и потписана од свих лица која се њиме обавезују. По правилу, није релевантно ко је сачинио писану исправу – руком или механички.<sup>25</sup> За поједине случајеве за пуноважност приватне исправе није довољно да је написана и потписана, него се захтева присуство и одређеног броја сведока (писмени тестамент пред сведоцима). Захтев форме је испуњен ако стране измеђају писма или се споразумеју телепринтером или неким другим средством (путем интернета), које омогућава да се са извесношћу утврде садржина и давалац изјаве (члан 72 ЗОО). За закључење двострано обавезног уговора довољно је да обе стране потпишу једну исправу или да свака од страна потпише примерак исправе намењен другој страни. Лице које је сачинило исправу потпис ставља испод текста уговора, а не у неком делу текста. У овој правној ситуацији ништав је део правног посла који се налази испод потписа, а пуноважан је онај текст који се налази изнад потписа.<sup>26</sup> Потпис лица које сачињава исправу не мора бити потпун. Уобичајено је да се ставља скраћени потпис.

Све доцније измене или допуне уговора за који је прописана законска форма, морају бити дате у тој форми. Пуноважне су, међутим, доцније усмене допуне о споредним тачкама о којима у формалном уговору није ништа речено, уколико то није у супротности с циљем ради кога је форма прописана.

Кад за усмени правни посао закон прописује и присуство одређеног броја сведока он постаје формалан. Тако се усмени тестамент (*testamentum nuncupativum extrajudiciale*) сачињава пред три истовремено присутна сведока, усмено (изговореним речима) само у изузетним приликама. Сведоци усменог тестаamenta морају бити пунолетни и потпуно пословно способни.<sup>27</sup> Ако су сведоци усменог тестаamenta поднели суду писмено које садржи вољу завештаоца или усмено пред судом понављају изјаву завештаоца, суд ће пријем таквог завештања записнички утврдити, ставити у посебан омот и запечатити (вид. Закон о ванпарничном поступку. члан 191).<sup>28</sup>

25 А. Гамс, *нав. дело*, стр. 197.

26 Јаков Радишић, *Облигацно право – општи део*, Београд, 2000, стр. 117.

27 Није довољно да су само пословно способни на основу еманципације – са навршених 16 година, по дозволи суда, него да су навршили 18 година живота.

28 Вид. Закон о ванпарничном поступку, чл. 191 ЗВП-а. Усмени тестамент важи до истека рока од тридесет дана, рачунајући од дана престанка изузетних прилика у којима је сачињен. Али ако је у том року наступила смрт завештаоца, усмени тестамент је основ позивања на наслеђе. У случају да су за време док тече наведени рок од тридесет дана наступиле нове изузетне прилике, тада се нови рок исте дужине

Форму приватне исправе имају својеручни тестамент и писмени тестамент пред сведоцима. Својеручни тестамент, олографски тестамент (*testamentum holographum*)<sup>29</sup> сачињава тестаментарно способан завешталац који зна да чита и пише тако што га својом руком напише и потпише (Закон о наслеђивању, члан 84). Исправа о тестаменту мора бити написана и потписана лично руком завештаоца, али и неким другим делом његовог тела (нпр. устима, ногом, вештачком руком). Уместо потписа не може се ставити рукознак (отисак прста, крст, полумесец, Давидова звезда итд.). Средство за писање може бити различито: наливперо, хемијска, односно керамичка оловка, четкица (за боју), ексер, оштри камен итд. На пуноважност тестамента не утиче материјал на коме је изјава последње воље изражена. Тако се тестамент може написати на било ком папиру, у књизи, свесци али и на дасци (на пример на вратима), на зиду, камену или било којем другом предмету на коме се може писати.

Писани тестамент пред сведоцима (*testamentum allographum*),<sup>30</sup> алографски или адвокатски тестамент је последња изјава воље тестаментарно способног лица које зна (и може у конкретном случају) да чита и пише, сачињена у исправу коју је тестатор показао пред два сведока, изјавио да је ту исправу прочитао и да је то његов тестамент, коју су, за тим, тестатор и сведоци потписали (Закон о наслеђивању, члан 85).

У писменој форми мора бити закључен уговор о продаји са оброчним отплатама цене (члан 543 ЗОО); уговор о грађењу (члан 630 став 2 ЗОО); уговор о лиценци; уговор о трговинском заступању; о алотману; о јемству; о кредиту итд.<sup>31</sup>

Закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим ако је законом друкчије одређено (члан 67 став 1 ЗОО). Данас је све више закона који ово начело сужавају. Тако се уговори у привреди у сваком случају (и најмање) морају закључити у писаној форми. Закон о рачуноводству и ревизији<sup>32</sup> обавезује привредне субјекте, али и друга правна лица (члан 1 став 2

рачуна од престанка последњих изузетних прилика у којима се не може сачинити писмени тестамент.

29 Лат. *testamentum* – тестамент и *holographus* од грчке речи *holos* – сав, потпун, цео и *grafein* – писати, написати Антун Ромац, *Рјечник римској њрава*, Загреб, 1989, стр. 356.

30 Лат. *testamentum* – тестамент и *allographus* од грчке речи *allos* – други и *grafein* – писати. А. Ромац, нав. дело, стр. 355 и 356.

31 Уговор за чије се закључење захтева писмена форма, сматра се пуноважним иако није закључен у тој форми, ако су уговорне стране извршиле, у целини или у претежном делу, обавезе које из њега настају, осим ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произлази што друго (члан 73 ЗОО).

32 Закон о рачуноводству и ревизији (*Службени гласник РС*, бр. 46/06 и 111/09; у даљем тексту: ЗРР).

ЗРР) да врше књижење пословних промена на имовини, обавезама и капиталу, приходима и расходима. Књижење се врши на основу рачуноводствених исправа, које могу бити у писаном или електронском облику. Рачуноводствена исправа представља писани доказ о насталој пословној промени. Она обухвата све податке потребне за књижење у пословним књигама (основ и врсту пословне промене и која је потписана од стране лица која су овлашћена за састављање и контролу рачуноводствених исправа). Фотокопија рачуноводствене исправе је основ за књижење пословне промене, под условом да је на њој наведено место чувања оригиналне исправе, са потписом одговорног лица. Рачуноводственом исправом сматра се и исправа достављена електронским путем, укључујући и електронску размену података између рачунара, у складу са законом (види члан 9 ЗРР).

Закон о електронском потпису (ЗЕП)<sup>33</sup> омогућио је сачињавање писане исправе – документа у електронском облику. Електронском документу се не може оспорити пуноважност или доказна снага само због тога што је у електронском облику. Он се користи у правним пословима и другим правним радњама, као и у управном, судском и другом поступку пред државним органом. На електронски документ ставља се електронски потпис – скуп података у електронском облику који су придружени или су логички повезани са електронским документом и који служе за идентификацију потписника (вид. чл. 1-11 ЗЕП).<sup>34</sup>

#### 4. Форма јавне исправе

##### а) Појам јавне исправе

Форма јавне исправе постоји у ситуацији када је законом одређено да је, поред писмене исправе, за пуноважност уговора неопходно учешће државног органа или јавног бележника.

33 Закон о електронском потпису (*Службени гласник РС*, бр. 135/2004; у даљем тексту: ЗЕП).

34 У облику електронске исправе (документа) не могу бити сачињени:

1) правни послови којима се врши пренос права својине на непокретности или којима се установљавају друга стварна права на непокретностима; 2) изјаве странака и других учесника у поступку за расправљање заоставштине, форму завештања, уговоре о уступању и расподели имовине за живота, уговоре о доживотном издржавању и споразуме у вези са наслеђивањем, као и друге уговоре из областа наследног права; 3) уговори о утврђивању имовинских односа између брачних другова; 4) уговори о располагању имовином лица којима је одузета пословна способност. 5) уговори о поклону; 6) друге правне послове или радње, за које је посебним законом или на основу закона донетих прописа, изричито одређена употреба својеручног потписа у документима на папиру или овера својеручног потписа (ЗЕП, чл. 3).

Исправа је јавна кад ју је у прописаном облику издао надлежни државни и други орган у границама својих овлашћења, као и исправа коју је у таквом облику издала, у вршењу јавних овлашћења, друга организација или лице. Она доказује истинитост онога што се у њој потврђује или одређује – апсолутна доказна вредност.<sup>35</sup> Доказну снагу има и друга исправа која је посебним прописима у погледу доказне снаге изједначена са јавним исправама. Дозвољено је да се доказује да су у јавној исправи неистинито утврђене чињенице или да је исправа неправилно састављена – члан 238 Закон о парничном поступку.<sup>36</sup> На сличан начин јавну исправу дефинише члан 154 Закона о општем управном поступку.<sup>37</sup>

### б) *Учешће државној органи или овлашћеној лица*

Судија ће сачинити судски тестамент ако то захтева завешталац. Поступање зависи од тога да ли је завешталац у стању да чита. Ако је завешталац у стању да чита тестамент, по казивању завештаоца сачињава судија, пошто претходно утврди завештаочев идентитет. Завешталац ће, после тога, такав тестамент прочитати и потписати, а судија ће на самом тестаменту потврдити да га је завешталац у његовом присуству прочитао и потписао (члан 87 ЗН).

Кад завешталац није у стању да прочита тестамент које му је сачинио судија, овај га завештаоцу чита у присуству два сведока, па онда завешталац у присуству истих сведока изјављује да је то његово завештање и потом тестамент потписује или ставља на њега свој рукознак. Сведоци се истовремено потписују на самом завештању. Судија је дужан на самом тестаменту потврдити да су све ове радње учињене (члан 88 ЗН). Међународни тестамент, такође, може сачинити судија (члан 95 ЗН).

У иностранству конзуларни представник или дипломатски представник Србије који обавља конзуларне послове, може сачинити завештаоцу конзуларни тестамент, по правилима која важе за састављање судског тестаментa (члан 91 ЗН).

По правилима који важе за судски тестамент заповедник брода може сачинити бродски тестамент (члан 108 ЗН), а командир чете и други старешина његовог или вишег ранга, или неко други у присуству неког од тих старешина, као и сваки старешина одвојеног одреда –

35 Д. Кнежић Поповић, *нав. дело*, стр. 14.

36 Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014; у даљем тексту: ЗПП)

37 Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010; у даљем тексту: ЗУП)



војни тестамент (члан 109 ЗН). Заповедник брода и старешина чете или одреда нису државни органи, али је Закон о наслеђивању на њих пренео вршење јавног овлашћења – да могу сачинити ове тестаменате.

## 5. Јавнобележничка форма

### а) Јавнобележнички запис

Јавнобележнички запис је је исправа о правном послу или изјава која производи дејство на правни посао, сачињена у складу са најстрожијим захтевима закона.<sup>38</sup> Он је и форма у којој се предузима правни посао.<sup>39</sup> У поступку сачињавања записа јавни бележник у целини сачињава исправу<sup>40</sup> у складу са одредбама Закона о јавном бележништву (ЗЈБ).<sup>41</sup> Јавни бележник у запис, поред података о себи, странкама и другим учесницима, утврђивању њиховог идентитета,<sup>42</sup> о приложеним исправама итд. уноси и текст садржине правног посла. После текста правног посла потписују се странке и други учесници, те јавни бележник. На ову исправу отискује се печат јавног бележника који је сачинио запис (вид. члан 84 ЗЈБ).

Правни послови сачињени у облику јавнобележничког записа представљају доказно средство. Форма записа је, осим тога, битан услов за његову пуноважност (*ad solemnitatem*).<sup>43</sup> Они имају исту доказну снагу у парничном, али и у другим поступцима и доказују, односно показују истинитост садржаја који је наведен у тој исправи.<sup>44</sup> Сматра се као да су сачињени у суду или пред другим државним органом. Правни послови и изјаве који нису сачињени у облику јавнобележничког записа, иако морају имати такву форму, ништави су (вид. ЗЈБ, чл. 82 ст. 2, 3 и 4).

Значај јавнобележничког записа је појачан одредбама ЗЈБ које одређу да запис, под прописаним претпоставкама, има снагу и непо-

38 Весна Ријавец, „Улога нотара у грађанском праву Словеније“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2010, стр. 111.

39 Дејан Б. Ђурђевић, „Признање нотарског записа“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2012, стр. 159.

40 Мелита Повлакић, Christoph Schallast, Весна Софтић, *Коментар Закона о нојарима у Босни и Херцеговини*, Сарајево, 2009, стр. 127.

41 Закон о јавном бележништву (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014 и 6/2015; у даљем тексту: ЗЈБ).

42 Вид. Д. Ђурђевић, „Утврђивање идентитета учесника у поступку састављања нотарске исправе“, *Правни животи*, бр. 12/2011.

43 Велибор Кораћ, „Нотарска форма уговора“, *Правни животи*, бр. 12/2011, стр. 89.

44 Ката Сењак, „Нотаријат и извршност нотарских аката“, *Зборник Правној факултету у Загребу*, бр. 63, (2) 2013, стр. 457.

средно дејство извршне исправе.<sup>45</sup> На тај начин је јавнобележнички запис изједначен са судском пресудом и судским поравнањем. Оправдано се истиче да пре доношења судске пресуде стоји спроведени парнични поступак који садржи гаранције за обе парничне странке, док ове гаранције обезбеђује сам поступак сачињавања јавнобележничког записа.<sup>46</sup>

Запис је, према одредбама члана 85 став 1 ЗЈБ, извршна исправа: 1. ако садржи одређену обавеза на чинидбу о којој се стране могу споразумети и 2. ако садржи изричиту изјаву обавезаног лица о томе да се на основу тог записа може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење. Ако принудно извршење не спроводи суд, јавнобележнички запис мора имати и друге састојке одређене законом.

У облику јавнобележничког записа сачињавају се: 1) уговор о располагању непокретностима пословно неспособних лица; 2) споразум о законском издржавању, у складу са законом; 3) уговор о хипотеци и заложна изјава ако садрже изричиту изјаву обавезаног лица да се на основу уговора о хипотеци, односно заложне изјаве, може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење, било судским било вансудским путем; 4) јавнобележничко завештање (члан 111а ЗН). Споразумна измена или раскид уговора који је сачињен у облику записа врши се у истој форми.<sup>47</sup>

### б) Солемнизација

Солемнизација је посебан поступак овере приватне исправе (не-јавне исправе). На тај начин солемнизована приватна исправа постаје јавнобележничка исправа (члан 6. ЗЈБ). Јавнобележничка исправа сачињена и издата по ЗЈБ има снагу јавне исправе (члан 7 ЗЈБ) и самим тим потпуну доказну снагу.<sup>48</sup> Приликом сачињавања јавнобележничког записа сам јавни бележник узима изјаву од странке и уноси у запис текст садржине правног посла (члан 84 став 1 тачка 5 ЗЈБ). У поступку солемнизације, супротно томе, саме странке доносе нејавну исправу о правном послу и предају је јавном бележнику. Јавни бележник у солемнизационој клаузули наводи да је странкама прочитао приватну

45 Вид. Ирена Мојовић, „Нотарска јавна извршна исправа“, *Правни живоић*, бр. 12/2011, стр. 5 и 6.

46 Мелита Повлакић, „Извршење на основу нотарске исправе“, *Актуелности и праћанској и иривовачкој законодавства и иравне ираксе*, Неум, 2007, стр. 4 и 5.

47 Бранко Моравит, „Закон о облигационим односима и нотарска форма“, *Правни живоић*, бр. 11/2008, стр. 439.

48 К. Сењак, *нав. чланак*, стр. 467.

исправу, да су оне усмено изјавиле да је њихова воља у свему верно унета те да су својеручно потписале исправу (члан 93б тачка 6 ЗЈБ).<sup>49</sup>

Јавни бележник, поред осталог, мора испитати и садржину приватне исправе.<sup>50</sup> Приликом потврђивања исправе о правном послу, јавни бележник испитује да ли странке имају правну и пословну способност која се тражи за предузимање тог посла и да ли су овлашћене да предузму правни посао, а ако посао предузимају преко заступника, да ли су уредно заступани. Јавни бележник је дужан да објасни странкама смисао правног посла, да им укаже на његове последице и да испита да ли је правни посао дозвољен, односно да није у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима. Ако нису испуњени услови за предузимање правног посла или је правни посао недозвољен, јавни бележник ће решењем одбити да потврди исправу о правном послу (члан 93д и 93ђ ЗЈБ).

Приватна исправа солемнизована од јавног бележника у складу ЗЈБ има исто дејство извршне исправе као и запис: 1) ако је у њој утврђена обавеза на чинидбу о којој се странке могу споразумети и 2) ако садржи изричиту изјаву обавезног лица о томе да се на основу ове исправе може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе спровести принудно извршење. Ако принудно извршење не спроводи суд, солемнизована исправа мора имати и друге посебне елементе предвиђене законом (члан 85 став 5 а у вези са ставом 1 истог члана ЗЈБ).

У члану 93 Закон о јавном бележништву је одредио да јавни бележник потврђује (солемнизује) приватну исправу кад је то законом одређено. Стога је одредио који приватни правни послови се „нарочито“ солемнизују: 1) уговор о преносу права на непокретности, 2) уговор о хипотеци и заложна изјава (ако не садржне изричиту изјаву обавезног лица да се на основу уговора о хипотеци, односно заложне изјаве може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење), 3) уговор о заснивању стварних и личних службености (члан 93а ЗЈБ).

Другим законом, такође, може бити прописана солемнизација приватне исправе. Тако, морају бити сачињени у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе: уговор о уступању и расподели имовине за живота (члан 184 ЗН); уговор о доживотном издржавању (члан 195 ЗН); уговор брачних и ванбрачних другова којим другачије уређују своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини – члан 171 ПЗ (приликом солемнизације уговора јавни бележник је ду-

49 Вид. Д. Кнежић Поповић, *нав. чланак*, стр. 15 и 16.

50 Милена Трговчевић Прокић, *Овлашћења јавног бележника и организација бележничтва*, Београд, 2012, стр. 231.

жан да уговорнике нарочито упозори на то да се њиме искључује законски режим заједничке имовине, о чему ставља напомену у клаузули о потврђивању - члан 188 став 2 ПЗ); изјава којом се власник непокретности једностраном изјавом одриче права својине на непокретности у корист Републике Србије, аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе (члан 13 Закона о промету непокретности).<sup>51</sup>

### в) Јавнобележничка овера њошњиса

Јавнобележничка овера потписа је потврђивање да је подносилац приватне исправе, чији је идентитет претходно утврдио, у присуству јавног бележника својеручно потписао поднету исправу, односно да је потпис који се већ налази на поднетој исправи признао за свој (вид. члан 5 став 1 Закона о оверавању потписа, преписа и рукописа).<sup>52</sup> Оверавање приватне исправе не утиче се на њену садржину. На тај начин се утврђује аутентичност потписа лица из приватне исправе о правном послу. Оверена приватна исправа о правном послу делује према свима (*erga omnes*). Од тренутка овере приватна (нејавна) исправа о правном послу постаје јавнобележничка исправа (члан 6 ЗЈБ). Јавнобележничка исправа оверена у складу са ЗОППР и ЗЈБ има снагу јавне исправе. Потпис оверава јавни бележник, ако законом није другачије одређено. Ако се потпис оверава у јавнобележничкој канцеларији може га оверити и јавнобележнички приправник (члан 1 ЗОППР).

Члан 29 ЗОППР је прописао да основни судови, односно општинске управе као поверени посао задржавају надлежност за оверавање потписа до 1. марта 2017. године. У градовима и општинама за које нису именовани јавни бележници потписе ће оверавати основни судови, односно општинске управе као поверени посао и после 1. марта 2017. године, а до именовања јавних бележника. Судови, односно општинске управе које су задржале надлежност за оверавање потписа, рукописа и преписа, те послове обављају сходном применом одредаба ЗОППР и ЗЈБ. За оверавање потписа месно је надлежан сваки јавни бележник, независно од тога где се налази пребивалиште, односно боравиште лица које захтева оверавање, осим ако законом није другачије одређено (члан 2 ЗОППР).<sup>53</sup>

Законом је одређено када се на приватним исправама морају оверити потписи. Тако је чланом 11 став 1 и 2 Закона о привредним друшт-

51 Закон о промету непокретности (*Службени гласник РС*, бр. 93/14, 121/14 и 6/15).

52 Закон о оверавању потписа, преписа и рукописа (*Службени гласник РС*, бр. 93/2014 и 22/2015; у даљем тексту: ЗОППР).

53 О утврђивању идентитета подносиоца исправе, стављање клаузуле о оверавању потписа на поднету исправу, оверавању потписа заступника и рукознака. Вид. ЗОППР, чл. 6-18.

вима прописано да се на оснивачком акту оверавају потписи у складу са законом којим се уређује овера потписа. Оснивачки акт друштва кога оснива један оснивач (то може бити друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво) има форму одлуке о оснивању, а ако друштво оснива два или више лица (ортачко и командитно друштво оснивају најмање два оснивача, а друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво могу бити и вишечлани) има форму уговора о оснивању.

**Ilija BABIĆ, PhD**

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

## DIFFERENT FORMS OF LEGAL AFFAIRS

### Summary

*The form of a legal affair represents its physical appearance. It implies the legal business established in the oral form, unless the form of the contract is determined by law or by the will of the contracting parties.*

*The Law of Obligations has limited the formal agreements (legal affairs) to those ones expressed in writing. The formal agreements are: 1) legal affairs expressed in written private document; 2) legal affairs expressed in written private document with the participation of witnesses and 3) legal affairs manifested in a public document (produced with the participation of governmental authority or notary public).*

*The provisions of the Law of Obligations do not imply the real contracts – those that are considered concluded once the delivery of property is completed. The Law of Obligations says that regarding the two traditional real contracts: loan (*mutuum*) and storage (*depositum*), the contract has been made on the basis of concurrence of will.*

*The concept of the real contract was not accepted in the Draft Civil Code of the Republic of Serbia, in the second book – Obligations (Draft). Thus, the Draft predicted the abovementioned concurrence of will and not the delivery of property for the contract of servants (*commodatum*).*

**Key words:** *form of legal affairs, pattern of legal affairs, real contracts, written private document, public documents, notary public record, solemnization.*

Др *Катарина ДОЛОВИЋ*  
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

*Снежана ДАБИЋ*, мастер  
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## МОГУЋНОСТ ВАНСУДСКОГ ПОНИШТЕЊА УГОВОРА У СРПСКОМ ПРАВУ\*

### Резиме

*Раг је посвећен истраживању изв. вансудског поништења уговора у српском праву. Аутори сматрају да је питање, иако веома битно, недовољно истражено у нашој литератури. Могућности поништења уговора мимо суда своје место налази како у Закону о облигационим односима, тако и у тексту Преднацрта Грађанског законика. Упоредимо ли, међутим, решење наше и уредне права, примећујемо да наш законодавац не предвиђа модел изв. право вансудског поништења, већ особен вид поништења уговора мимо суда. Раг је и настао као настојање аутора да уоче разлоге за настојање, али и специфичности овог института у српском праву.*

**Кључне речи:** вансудско поништење, рушљивост, конвалидација, мане воље, неважност уговора.

---

\* Чланак представља резултат рада на пројекту Правног факултета под називом „Идентитетски преображај Србије“.

## I Појам поништаја уговора у српском праву

„[...]Постоје случајеви где је једној уговорној страни дато право да она својом вољом учини крај уговору.“<sup>1</sup> Неретко је, пак, реч само о праву на покретање поступка чији исход би се огледао у престанку уговора. У другим случајевима, само остваривање права, и то изјавом воље, проузроковаће крај уговору. Да ли ће уговорнику на располагању бити само право да покрене поступак или, пак, право да самостално укине уговор, зависи, пре свега, од тога да ли је конкретни уговор пуноважан или не, односно, да ли је у тренутку настанка уговора странкама „промакао“ неки недостатак. У првом случају бисмо говорили о поништењу,<sup>2</sup> док би се у другом, пак, радило о раскиду уговора због неизвршења.<sup>3</sup>

Право на тужбу за поништење постоји у случају рушљивости<sup>3</sup> уговора, а припада страни у чијем интересу је рушљивост установљена. Наиме, уколико се ради о непуноважном, и то рушљивом уговору, чл.

- 1 Лазар Марковић, *Облигационо право*, Службени лист СРЈ, Београд, 1997, стр. 268.
- 2 Раскид уговора због промењених околности би био гранични случај, јер представља престанак постојања пуноважног уговора, али се уговор не може раскинути мимо суда (као у случају раскида због неизвршења), већ оштећена страна право на раскид мора остварити у судском поступку, те се и само право на раскид остварује кроз иницијативу за покретање судског поступка са циљем раскида уговора.
- 3 Поједини аутори послове старијих малолетника сврставају у рушљиве правне послове. Вид. Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, 5. издање, Номос, Београд, 2007, стр. 180 (ипак, у истом уџбенику, у делу о пословној способности физичких лица, аутори наводе да посао старијег малолетника „не важи, али може бити оснажен накнадном сагласношћу у законском року“, називајући га, притом, послом који храмље, стр. 57); Владимир Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и ојшћи део грађанског права*, Службени гласник, Београд, 2012, стр. 466; Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, 2. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2004, стр. 338; Слободан Перовић, *Облигационо право*, 4. издање, Привредна штампа, Београд 1980, стр. 248, 471; Оливер Антић, *Облигационо право*, 3. издање, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 238, 427, 428.

Упркос одредби чл. 111 ЗОО, мишљења смо да се послови ограничено пословно способних лица никако не могу сматрати рушљивим правним пословима, јер за разлику од рушљивих који производе дејство од тренутка настанка па све до тренутка њиховог евентуалног поништења, одрицања од права на поништење или протекта рока у којем се поништење могао тражити, ови правни послови не производе правно дејство све док, и само под условом да добију неопходно одобрење.

Међу ауторима који послове старијих малолетника раздвајају од рушљивих правних послова, постоје разлике у начину на који они објашњавају специфичност ових првих. Наиме, по некима „код правног посла пословно ограничено способних лица немамо још закључен правни посао (наше наглашавање), имамо тек одређено чињенично стање коме још недостаје један елемент: одобрење...“. Вид. Андија Гамс, *Увод у грађанско право, Ојшћи део*, 5. издање, Научна књига, Београд, 1963, стр. 237. Други, пак, сматрају да „од рушљивих ваља разликовати уговоре који су у почетку (привремено) неважећи, али који могу постати важећи уколико се испуни

112 ст. 1 Закона о облигационим односима<sup>4</sup> прописује да уговорна страна, и то само она на чијој страни се налази разлог рушљивости, може захтевати да се уговор поништи. Уговорник, дакле, уговор не поништава сам, већ то чини суд, одлуком која има конститутивно дејство. Разлог за обавезну интервенцију суда можда можемо наћи у неопходности утврђивања рушљивости, основа за поништај, а од чега ће, у крајњем, зависити и опстанак уговора.

Ст. 2 истог члана, међутим, отвара могућност да се, у одређеним ситуацијама, „сматра да је уговор поништен“, па тиме, чини се, значајно одступа од традиционалног схватања појма (судског) поништења уговора. Такође, сама иницијатива<sup>5</sup> за поништај рушљивог уговора потиче од друге уговорне стране, а не оне на чијој страни се налази разлог. Управо ово одступање, које је запостављено (по нашем мишљењу неоправдано) у нашој литератури,<sup>6</sup> јесте предмет овог рада.

## II Одступање од традиционалног појма поништења уговора (чл. 112 ЗОО и 114 Преднацрта Грађанског законика<sup>7</sup>)

### 1. Могућност вансудског поништења уговора

Недостаци који уговор чине рушљивим, могу се, дакле, свести на недостатке у вољи једне (или обе) уговорне стране.<sup>8</sup> Како се закључењем

услов који се налази изван самог уговора у правом смислу.“ Вид. Јаков Радишић, *Облигационо право, Ойштии део*, 7. издање, Номос, Београд 2004, стр. 175.

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

5 Под иницијативом се подразумева позив учињен другој страни да се изјасни о томе да ли остаје при уговору.

6 Истина, поједини аутори, цитирајући одредбу чл. 112 ст. 2 ЗОО, примећују да је законодавац пружио могућност саговорачу (стране која има право на судско поништење) да издејствује „да се питање опстанка рушљивог уговора реши и пре истека рока предвиђеног за поништење...“, а све са циљем „да би се време неизвесности скратило“, не улазећи, притом, у дубљу анализу института вансудског поништења рушљивих уговора. Вид. (за први цитат) С. Перовић, *нав. дело*, стр. 472; (за други цитат) Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 176; слично и Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, 5. издање, Научна књига, Београд, 1987, стр. 298.

7 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, књига прва Општи део (у даљем тексту: Преднацрт), Београд 2014.

8 „Заблуда је мана сагласности (једне стране), а не мана уговора.“ Драгор Хибер, *Појам бийне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Београд, 1991, стр. 40.



ових уговора вређају, првенствено, појединачни интереси, одлука о њиховој судбини, препуштена је ограниченом кругу лица. Наше право ту могућност даје лицу у чијем је интересу рушљивост установљена;<sup>9</sup> дакле, ни друга уговорна страна нема право да захтева поништење рушљивог уговора.<sup>10</sup> За отпочињање поступка утврђивања рушљивости уговора, дакле, неопходан је захтев за поништење уговора лица чији су интереси угрожени/повређени. Да би уговор био поништен неопходна је одлука суда. Иницијатива се, стога, огледа само у праву да се пред судом покрене поступак.

Ипак, ставови 2 и 3 поменутог члана отварају простор за многа питања. Наиме, ст. 2 законодавац прописује да уговарач стране, у чијем је интересу рушљивост установљена, може од ње тражити да се у одређеном року, али не краћем од 30 дана, изјасни да ли остаје при уговору или не, *јер ће се у њројивном смајраји да је ујовор јонишијен*. Даље, став који следи представља само додатно појашњење на који ће се начин тумачити поступање позване уговорне стране: ако се позвана уговорна страна у остављеном року не изјасни или ако изјави да не остаје при уговору, *смајраће се да је ујовор јонишијен*.

Чини се да је поменутим ставовима законодавац двоструко одступио од традиционалног схватања установе поништења у нашем праву. Прво, уводи се могућност поништења уговора мимо суда (тзв. вансудско поништење), а друго, иницијатива за покретање поступка вансудског поништења уговора на располагању је само једној уговорној стра-

---

И уговор са прекомерним оштећењем сматрамо уговором закљученим у заблуди, јер се ради о својеврсном виду заблуде у погледу односа вредности престација у тренутку закључења уговора. Вид. чл. 139 ЗОО; С. Перовић, *нав. дело*, стр. 408 и даље; Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 158.

9 Најпре, та могућност је призната оној уговорној страни чија је воља манљива, односно оштећеној страни у лезионарним уговорима. Вид. чл. 112 ст. 1 ЗОО. Ипак, у теорији се, супротно јасном језичком тумачењу ове одредбе, истиче да право да захтевају поништење имају „и њени наследници, њрећа лица којима је њо јраво у извесним случајевима јризнајћо (на јримеј, јавни јравобранилац), односно која имају јравни инјерес да ујовор буде јонишијен.“ Вид. Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 176. Слично у Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 298. Вид. за француско право Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, стр. 434; Patrick Canin, *Droit civil, Les obligations*, Hachette supérieur, 5. издање, Paris, 2011, стр. 58; Corinne Renault-Brahinsky, *Droit des obligations*, 8. издање, Gualino, Paris, 2011, стр. 109. Вид. за швајцарско право Bruno Schmidlin у: Luc Thévenoz, Franc Werro (eds.), *Code des obligations I*, Geneve/Bale/Munich, 2006, стр. 191 и даље. Став је потврђен и у домаћој судској пракси. Вид. Пресуду Врховног Касационог суда, Рев. 470/2010 од 22.4.2010. године, доступна у бази *ParagrafLex*.

10 М. Fabre-Magnan, *нав. дело*, стр. 433; Jean Carbonnier, *Droit civil, Les Obligations*, 21. издање, Presses Universitaires de France, Paris 1998, стр. 197; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6. издање, LGDJ, Paris 2003, стр. 333–334.

ни, и то не оној која би поништење би могла издејствовати редовним, судским путем.

У упоредном праву (швајцарско, немачко право), такође, постоји могућност вансудског поништења уговора.<sup>11</sup>

Чл. 31 швајцарског Законика о облигацијама<sup>12</sup> предвиђено је да ће се уговор сматрати пуноважним (прецизније, *йоиврђеним*) уколико страна, која је закључила уговор у заблуди, под утицајем преваре или под претњом, не *изјави* другој страни да не остаје при уговору, односно, уколико не захтева повраћај извршеног у року од једне године.<sup>13</sup> Другим речима, довољна је изјава воље једне стране којом се било саопштава другој да се не намерава остати у уговору,<sup>14</sup> било захтева повраћај датог на име извршења уговора, да би се сматрало да је уговор поништен.<sup>15</sup>

Чл. 143 ст. 1 немачког Грађанског законика<sup>16</sup> прописано је да је за поништење уговора довољна изјава воље саопштена другој уговорној страни, а евентуално трећем, у случају да је у питању уговор у корист трећег. Са друге стране, изјавом воље могу се поништити не само уговори, већ и једностранни правни послови. У том случају се изјава о поништењу даје ономе ко стиче било какву корист из такве изјаве.<sup>17</sup>

11 Тиме је значајно олакшан положај стране чија је воља била манљива, јер се у евентуално накнадно вођеном судском поступку терет доказивања, мада не у потпуности, пребацује на другу страну, ону која тврди да основ за поништење није постојао. Насупрот томе, у нашем праву, терет доказивања (постојања разлога рушљивости) у судском поступку поништења је на страни уговорника који подноси захтев за поништење.

12 У даљем тексту: ШЗО.

13 Чл. 31 ст. 1 ШЗО: „*Le contrat entaché d'erreur ou de dol, ou conclu sous l'empire d'une crainte fondée, est tenu pour ratifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé s'écouler une année sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas le maintenir, ou sans repeater ce qu'elle a payé.*“

14 Воља не мора бити изричито изјављена, довољно је и понашање из кога се конклюдентно, али недвосмислено, ставља до знања другој страни да се уговор неће одржати на снази због мане у вољи. Вид. В. Schmidlin, *нав. дело*, стр. 192. Рок за поништење уговора у швајцарском праву износи годину дана од дана сазнања за заблуду, односно превару, а у случају претње, од дана престанка такве психичке принуде. Вид. чл. 31 ст. 2 ШЗО: „*Le délai court dès que l'erreur ou le dol a été découvert, ou dès que la crainte s'est dissipée.*“

15 Дакле, до поништења у швајцарском праву долази изјавом воље, осим у одређеним случајевима изричито предвиђеним законом, као нпр. у случају поништења брака (чл. 104–109 Швајцарског грађанског законика, <http://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>, 2.4.2015), обарања претпоставке очинства (чл. 256 ШГЗ), признања очинства (чл. 260а ШГЗ), поништења тестамена (чл. 519–533 ЗГЗ), итд. В. Schmidlin, *нав. дело*, стр. 193.

16 У даљем тексту: НГЗ.

17 Пар. 143 НГЗ:

„(1) Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.

Разлике у решењима предвиђеним нашим правом, са једне стране, и швајцарским и немачким правом, са друге стране, очигледне су. Док је вансудско поништење у нашем праву додатна могућност у односу на судски поступак поништења уговора, у швајцарском и немачком праву се ради о једином начину поништења рушљивог уговора. Даље, док се у нашем праву могућност покретања вансудског поступка поништења даје саговорачу стране у чијем је интересу рушљивост установљена, у поменутих правним системима, а будући да је овај вид поништења правило, право на поништење је на страни уговорника код којег се и налази разлог рушљивости.

Разлика постоји и између решења садржаног у швајцарском и немачком праву, а пре свега, у формулацији одредбе која регулише питање вансудског поништења. Немачко право изричито прописује да ће до поништења доћи самим остваривањем права на поништење, односно, саопштавањем изјаве воље усмерене на поништење другој уговорној страни. Швајцарско право се, пак, опредељује за формулацију „са две негације“. Наиме, швајцарски законодавац прописује када ће се сматрати да је уговор *йоџиврђен*, па тек на основу тога закључујемо када ће се сматрати да је уговор поништен. У том смислу се чини да се чл. 112 ст. 2–3 ЗОО приближава решењу ШЗО.

Дакле, поставља се питање када ће саговорач искористити могућност коју му законодавац даје чл. 112 ст. 2. Неопходно је одвојено посматрати два временска тренутка. Прво, тренутак закључења уговора, а друго тренутак када саговорач покреће поступак вансудског поништаја. У првом тренутку, а у зависности од разлога рушљивости, конкретне мане воље, саговорач ће некада бити савестан, а некада не-савестан (односно, некада ће знати, а некада не, за разлог рушљивости). У другом, пак, тренутку, да би се уопште позвао на одредбу чл. 112 ст. 2, претпоставка је да је претходно утврдио да основ за поништај постоји.<sup>18</sup>

- (2) Anfechtungsgegner ist bei einem Vertrag der andere Teil, im Falle des § 123 Abs. 2 Satz 2 derjenige, welcher aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat.
- (3) Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft, das einem anderen gegenüber vorzunehmen war, ist der andere der Anfechtungsgegner. Das Gleiche gilt bei einem Rechtsgeschäft, das einem anderen oder einer Behörde gegenüber vorzunehmen war, auch dann, wenn das Rechtsgeschäft der Behörde gegenüber vorgenommen worden ist.
- (4) Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft anderer Art ist Anfechtungsgegner jeder, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Die Anfechtung kann jedoch, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben war, durch Erklärung gegenüber der Behörde erfolgen; die Behörde soll die Anfechtung demjenigen mitteilen, welcher durch das Rechtsgeschäft unmittelbar betroffen worden ist.“

18 Овде је могуће уочити још један проблем, а који се огледа у томе да се оставља уговорницима да сами утврђују постојање разлога за рушљивост, односно да има

Претпоставља се да ће се овом могућношћу користити само онај сауговарач који је био савестан, то јест, није знао нити могао знати за разлог рушљивости у тренутку закључења уговора. Онај, пак, који је то знао или могао знати, а ипак закључио уговор, вероватно ће и даље настојати да одржи уговор на снази. Дакле, по нашем мишљењу, једино у случају када је уговор закључен под утицајем заблуде, сауговарач ће имати интерес да што пре оконча неизвесност у погледу судбине уговора. Са друге стране, када је реч о превари или принудно закљученом уговору, сауговарачу ће, у највећем броју случајева, одговорати закључени уговор, па вероватно и неће настојати да такву правну ситуацију промени.

## 2. Правна природа вансудског поништења уговора

Анализирајући могућност поништења уговора мимо суда, предвиђену како ЗОО, тако и Преднацртом, аутори овог рада стичу утисак да овде ипак није реч о правом вансудском поништењу,<sup>19</sup> бар не онаквом каквог га познају поједини упоредноправни системи.<sup>20</sup> Наиме, тачно је да до поништења долази мимо суда, али само и искључиво уколико је претходно упућен позив уговорној страни у чијем је интересу рушљивост установљена да се изјасни да ли при закљученом уговору остаје. Није, дакле, довољно, нити могуће, да било једна, било друга уговорна страна, самостално, једностраном изјавом воље, пониште закључени уговор.

Специфично решење нашег права, чини се да је негде на пола пута између правог вансудског поништења, где се изјавом воље уговор лишава правних дејстава, и споразумног раскида. Нејасно, међутим, остаје због чега се ова могућност (покретања поступка вансудског поништења) даје само једној (и то страни у чијем интересу рушљивост није установљена), а не, на пример, обема уговорним странама. Постављено питање постаје посебно интересантно имајући у виду ст. 1 чл. 112 којим законодавац страну која је у заблуди, односно, страну која је преварена или принуђена назива „страном у чијем је интересу рушљивост установљена“ и управо (и само) њој даје могућност покретања судског поступка поништења.

Законодавац као да је желео да направи равнотежу моћи уговорних страна, а у погледу утицаја на судбину закљученог рушљивог уго-

основа за примену чл. 112 ст. 2. У крајњем, то може довести до спора међу (бившим) уговорницима, односно, накнадног судског поступка у којем би суд утврђивао да ли је постојао основ за поништење мимо суда.

19 Аутори сматрају да се под правим вансудским поништењем сматра поништење изјавом воље стране у чијем је интересу рушљивост установљена, а која је саопштена сауговарачу.

20 Првенствено, већ поменуто швајцарско и немачко право.

вора. Један од разлога могао би бити у чињеници да сауговарач стране у чијем је интересу рушљивост установљена нема могућност да тражи судско поништење уговора, па му на овај начин законодавац пружа могућност да коначно отклони неизвесност која постоји.<sup>21</sup>

Дакле, са једне стране, само уговорна страна у чијем је интересу рушљивост установљена има преображајно право да захтева (судским путем) поништење уговора.<sup>22</sup> То право је, међутим, ускраћено другој страни, што је и разумљиво, имајући у виду да је воља друге стране беспрекорна, те да она и нема интереса (а ни основа) да доводи у питање *йу-новажност* уговора. Њен се интерес, пак, огледа у потреби да се ослободи неизвесности оваквог уговора, да утиче на „скраћење рока за поништење рушљивог уговора“,<sup>23</sup> јер је његова важност „лебдећа“, „висећа“.<sup>24</sup> Отуда се сауговарачу даје могућност да захтева изјашњење друге стране о томе да ли остаје при уговору, при чему ће се и у случају изричито одречног одговора, и у случају потпуног игнорисања оваквог захтева, сматрати да је уговор поништен.<sup>25</sup> Управо та неопходност постојања претходног захтева сауговарача, са једне стране, и изјашњења<sup>26</sup> уговарача на чијој је страни разлог рушљивости даје целој процедури вансудског поништења карактер споразума.

Чини се, међутим, да би се о споразумном раскиду тешко могло говорити. Наиме, раскид подразумева пуноважно закључен уговор. Раскинути се могу они уговори који су правно ваљани, који су без недостатка.<sup>27</sup> Поред тога, раскид је могућ само уколико стране нису у потпуности извршиле своје обавезе.<sup>28</sup> Могућност дата чл. 112 ст. 2 и 3 пре би се могла назвати споразумним поништајем, најмање из два разлога. Прво,

21 Прихватимо ли овакав став, значило би да сматрамо да је законодавац настојао довести у равноправан положај обе уговорне стране. Да ли је, међутим, оправдано доводити у једнак положај стране које нису „једнаке“?

22 Вид. уместо многих: В. Водинелић, *нав. дело*, стр. 467; О. Станковић, В. Водинелић, *нав. дело*, стр. 177; М. Fabre-Magnan, *нав. дело*, стр. 433; J. Carbonnier, *нав. дело*, стр. 197; Р. Malaurie, L. Aynès, Р. Stoffel-Munck, *нав. дело*, стр. 333–334.

23 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 107/2008 од 3.6.2008. године, Судска *йпракса йршовинских судова*, Билтен бр. 1/2009, доступно и у бази *ParagrafLex*.

24 Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 175.

25 Чл. 112 ст. 2–3 ЗОО.

26 Под изјашњењем подразумевамо било одречан одговор, било ћутање, а у смислу чл. 112 ст. 3 ЗОО.

27 Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 170.

28 У теорији се овај услов, углавном, наводи као неопходан када је реч о споразумном раскиду. Вид. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 487; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 309. Ипак, уколико је уговор извршен у целости, логично је да не постоји ни могућност једностраног раскида, јер тада и не би постојао разлог да се уговор раскине.

свака страна има одређену улогу у оваквом вансудском поништењу – поништења нема без заједничког деловања обе стране. Коначна одлука о судбини уговора остављена је, ипак, страни у чијем је интересу рушљивост установљена, јер једино она има право избора – остати у уговору или не. Међутим, упркос праву да уговор трајно конвалидира, самостално га, вансудски, не може поништити. Друго, споразумно се може поништити и уговор који је у потпуности извршен.<sup>29</sup> Коначно, уколико дође до оваквог споразумног поништења уговора, евентуална судска одлука могла би имати само декларативни карактер.<sup>30</sup>

Није немогуће да ће некада и страна која има право да покрене судски поступак поништења настојати да исти избегне, односно да издејствује вансудско поништење. Будући да наше право не познаје тзв. прави вансудски поништај (поништај изјавом воље), то ће овај уговарач морати да позове другу уговорну страну (ону која има право на иницијативу за покретање вансудског поништења), како би је тек она позвала на изјашњење. Дакле, радило би се о својеврсном виду позива на понуду да се уговор вансудски поништи. Уколико друга страна не прихвати позив да учини понуду (одбије или ћути), уговорнику на чијој страни је разлог рушљивости, остаје једино да поништење издејствује судским путем. У том случају, спорно је да ли се друга страна, на овај начин, одрекла права да у неком каснијем тренутку искористи могућност из чл. 112 ст. 2 ЗОО.

### 3. Потврђивање уговора

Право да се захтева поништење уговора, као једно преображајно право, само је могућност дата страни у чијем је интересу рушљивост установљена. Она њу не мора да искористи.<sup>31</sup> Другим речима, страни може бити у интересу да уговор, такав какав је, настави да производи правна дејства. Стога, правни пореци дозвољавају да се овог права и одрекне, што представља само један од могућих начина конвалидације уговора.<sup>32</sup>

29 Овде се, наравно, мисли на извршење без знања за разлог рушљивости, јер би се, у супротном, могло говорити о конклюдентном одрицању од права да се захтева поништење.

30 Уместо многих: Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 176.

31 „...заинтересовано лице које има право на поништај, може да се не користи тим правом, да га се одрекне било изричито, било прећутно и да га потврди и извршава.“ Вид. Љубиша Милошевић, *Облијационо право*, 5. издање, Научна књига, Београд 1977, стр. 154.

32 До конвалидације уговора може доћи изричитом изјавом воље, прећутно (о чему ће више бити речи касније), али и протеком рока у коме се уговор може поништити.

Алтернативом другом, уз чл. 114 Преднацрта, уводи се појам „потврђивања уговора“. Законодавац овом одредбом прописује да „уколико страна која има право да захтева поништење уговора, изричито или прећутно потврди уговор, пошто сазна за основ поништења или стекне могућност да слободно делује, поништај уговора неће бити могућ“.

Дакле, могућност потврђивања уговора даје се страни која има право да захтева поништење,<sup>33</sup> а то је у нашем праву страна у чијем је интересу рушљивост установљена. Потврђивање представља конвалидацију уговора, чиме се, у ствари, уговорник одриче права да захтева поништење уговора.<sup>34</sup>

Потврђивањем уговора искључена је могућност накнадног поништења уговора, а из разлога што чином потврђивања уговор постаје пуноважан, а поништити се могу само непуноважни (и то рушљиви) уговори. Након потврђивања уговора, не постоји могућност нити судског, нити вансудског поништења. Наиме, нити ће страна у чијем је интересу рушљивост установљена моћи да судским путем издејствује поништај (јер се истог права одрекла), нити ће друга уговорна страна моћи да се позове на ст. 2 чл. 112 ЗОО, односно, чл. 114 Преднацрта и позове свог саговорника да се изјасни у погледу судбине уговора. Судбина уговора постала је, дакле, извесна.

Занемаримо ли цитирану алтернативу број два из Преднацрта,<sup>35</sup> појам потврђивања уговора можемо посматрати и у ширем смислу, па поставити питање када се све уговор може потврдити. Неспорно, међутим,

---

Осим када је у питању конвалидација протеком рока, до које долази без обзира на то да ли постоји свест о разлогу рушљивости, у свим осталим случајевима је знање за рушљивост неопходан услов да би дошло до конвалидације. Вид. Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 176; С. Перовић, *нав. дело*, стр. 476–477; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 306. Вид. и коментар у вези са члановима 111 и 112 ЗОО у коме се појам конвалидације своди на појам потврђивања прихваћен у овом раду – Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, редактори Борислав Благојевић, Врлета Круљ, 2. издање, Савремена администрација, Београд, 1983, стр. 362. У једној судској одлуци се, међутим, потпуно неоправдано и без икаквог образложења, као један од услова за конвалидацију, наводи и то „*да је закључен релативно ништав уговор, који је извршен у целини или његовом делу*“. Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 107/2008 од 3.6.2008. године, *Судска пракса трговинских судова*, Билтен бр. 1/2009, доступно и у бази *ParagrafLex*. Наиме, није јасно зашто би представљало сметњу да се оснажи и уговор чије обавезе нису уопште извршене.

33 Вид. за француско право, уместо многих: Rémy Cabrillac, *Droit des obligations*, 9. издање, Dalloz, Paris, 2010, стр. 86.

34 Више о конвалидацији вид. у В. Schmidlin, *нав. дело*, стр. 196–197; J. Carbonnier, *нав. дело*, стр. 445–449; P. Malaurie, L. Aunès, P. Stoffel-Munck, *нав. дело*, стр. 335–340; P. Canin, *нав. дело*, стр. 59; С. Renault-Brahinsky, *нав. дело*, стр. 110–111.

35 Вид. алтернативу број 2 уз чл. 114 Преднацрта.

остаје да право да потврди уговор и тако његову судбину учини извесном има само страна у чијем је интересу рушљивост и установљена. С једне стране, она то може учинити иницијално, а што је законодавац приликом формулисања алтернативе број два и имао у виду. С друге стране, страна у чијем је интересу рушљивост установљена може потврдити уговор након што је сауговарач, у смислу одредбе ст. 2 чл. 112 ЗОО, односно, 114 Преднацрта, позове да се изјасни да ли остаје при уговору или не. Неспорно је, понављамо, да након што уговор буде потврђен, без обзира на тренутак у којем дође до потврђивања уговора, односно, без обзира на то да ли је уговор потврђен иницијално или тек након позива на изјашњење, не постоји више могућност (било судског, било вансудског) поништења.

Законодавац (алтернативом број два) уређује и начин на који је могуће потврдити уговор, чиме је само кодификовао уврежена схватања теорије.<sup>36</sup> Наиме, уговор се може потврдити изричито или прећутно. Супротно, уколико се позвана уговорна страна не изјасни или ако изјави да не остаје у уговору, уговор није потврђен, штавише, сматраће се да је поништен.<sup>37</sup>

Занимљивим сматрамо опредељење законодавца да ће се у случају неизјашњавања сматрати да је уговор поништен. То подразумева да ће уговорник, који настоји одржати уговор на снази, морати да активним понашањем изражава намеру да остаје у уговору. Чини се, међутим, логичнијим да се таквим пасивним понашањем пре могло сматрати да се изражава намера да се у уговору остане, те ако је законодавац морао ћутању,<sup>38</sup> односно неизјашњавању дати одређени значај, то би онда требало да буде останак у уговору. Сасвим је логично да би, у случају постојања намере да се из уговора изађе, такву намеру требало јасно изразити. Ово посебно ако се има у виду идеја да увек треба тежити очувању и одржавању стабилности уговорног односа.

Отуда ће друга страна која позове свог сауговарача на изјашњење, у сваком случају, прекинути период неизвесности (протеком рока од

36 Тако, до изричите или прећутне конвалидације долази „изјавом уговорника овлашћеног да тражи поништење којом се оно одриче од свог овлашћења“, „свесним пропуштањем овлашћене стране да у законом предвиђеном року, тражи поништење уговора“. Вид. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 306. Даље, „добровољним испуњењем властите обавезе, пријемом испуњења обавезе друге стране, отуђењем купљење ствари, и сл.“ под условом, наравно, да постоји свест о разлогу рушљивости и права да се захтева поништење. Вид. Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 176. Слично и С. Перовић, *нав. дело*, стр. 476–477.

37 Вид. чл. 112 ст. 2 ЗОО и чл. 114 ст. 2 Преднацрта.

38 Више о „ћутању“ вид. Миодраг Орлић, „Ћутање понуђеног као знак пристајања према ЗОО“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–2/2004, стр. 5–54; Младен Драшкић, „Ћутање као изјава воље у правном промету“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–2/1993, 98–114.



највише 30 дана),<sup>39</sup> било што ће уговор бити сматран поништеним, било што ће бити потврђен. Другим речима, биће немогуће да страна у чијем је интересу рушљивост установљена у неком каснијем тренутку (а у оквиру субјективног, односно објективног рока) одлучи да ли ће у уговору остати или не. Дакле, позивањем на изјашњење, друга уговорна страна свом сауговорачу одузима право на судско поништење уговора, али и чини да се период неизвесности судбине уговора (а самим тим и период одлучивања сауговорача) оконча пре истека субјективног, односно објективног рока за поништење.

### III Правна сигурност као разлог за увођење могућности вансудског поништаја уговора

Страна у чијем је интересу рушљивост установљена има моћ да утиче на судбину закљученог уговора све до истека законом предвиђених рокова за поништење. Посматрано из угла сауговорача, неизвесност судбине уговора је неизбежна, а траје све док не наступи конвалидација, вољна или законска.<sup>40</sup>

Разлог за увођење могућности вансудског поништења видимо, најпре, у поједностављењу поступка поништења. Смањење судских поступака увек је пожељно, посебно када се ради о ситуацијама у којима између уговорника нема спора. Други, а чини се и кључни, разлог за присуство оваквог решења у нашем Закону јесте потреба да се период неизвесности судбине уговора „скрати“, те на тај начин, бар донекле, олакша положај сауговорачу лица овлашћеног да захтева поништење судским путем.<sup>41</sup> Под периодом неизвесности подразумевамо период који траје од тренутка закључења рушљивог уговора, па све до протекла рока у којем се спорни уговор може поништити, односно све до евентуалне конвалидације уговора.

Преднацрт није унео никакве измене у погледу решења предвиђених чл. 112 ЗОО. Напротив, оба става поменутог члана Закона, сад-

39 Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, редактори Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 1980, стр. 376.

40 Вољна конвалидација врши се током рока за поништење, одрицањем од права да се захтева поништење, о чему ће бити више речи даље у раду. До законске конвалидације долази самим протеклом рока у коме је овлашћена страна могла да захтева поништење уговора, а није. Више о томе В. Водинелић, *нав. дело*, стр. 468.

41 „Да не би било остављено у незавидном положају да чека у неизвесности каква ће бити судбина спорног уговора све до истека рока у којем се може вршити право поништаја, закон је дао сауговорачу одређено право које му омогућује да ствар изведе на чистину и отклони неизвесност.“ В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, стр. 364; Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 178; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 298.

ржински непромењена, налазе се и у Преднацрту.<sup>42</sup> Новину, међутим, представљају два става која се, као алтернатива, додају чл. 112 ЗОО. О другом алтернативно додатом ставу, који се односи на изричито или прећутно потврђивање рушљивог уговора, већ је било речи у делу рада о потврђивању уговора. Када је, пак, реч о првом, он је у најмању руку интересантно формулисан.<sup>43</sup> Њиме се, наиме, намеће обавеза обавештавања (претпоставља се) друге стране о захтеву за поништење, и то у разумном року пошто је страна која захтева поништење уговора сазнала или (чак!) морала да сазна релевантне чињенице или је стекла могућност да слободно делује. Чини се да је идеја за овакву алтернативу у томе да се постигне што већи степен правне сигурности и одлука о евентуалном захтеву за поништење саопшти другој страни у што краћем року. Ипак, природно се намећу бројна питања.

Прво, о захтеву за поништење може бити говора тек када он буде поднет суду. Уколико је он суду заиста и поднет, чему наметање обавезе обавештавања када ће суд, по службеној дужности, свакако, обавестити туженог о поднетом захтеву. Даље, која је сврха увођења појма „разумног рока“ за обавештавање о захтеву, а који се рачуна од тренутка када је страна, која захтева поништење,<sup>44</sup> сазнала или морала да сазна релевантне чињенице или је стекла могућност да слободно делује?<sup>45</sup> Могло би се закључити да овај разуман рок почиње да тече у истом тренутку када и субјективни рок у коме се може захтевати поништење уговора.

Имајући у виду да ЗОО већ предвиђа субјективни рок за подношење захтева за поништење,<sup>46</sup> а истоветна одредба се налази и у Преднацрту,<sup>47</sup> чак алтернативно и са нешто дужим трајањем рокова,<sup>48</sup> не

42 Вид. чл. 114 Преднацрта.

43 „Обавештење о захтеву за поништење треба да буде дајто у разумном року, водећи рачуна о дајтим околностима, пошто је страна која захтева поништење уговора сазнала или је морала да сазна релевантне чињенице или је стекла могућност да слободно делује.“ Чл. 114 ст. 3 Преднацрта.

44 Овде се вероватно мислило на страну која би могла да захтева поништење, јер се рок рачуна од тренутка сазнања за чињенице релевантне за одлучивање о томе да ли ће се, уопште, поднети захтев за поништење.

45 Дакле, језичким тумачењем се долази до закључка да би, у разумном року од тренутка сазнања за разлог рушљивости, односно стицања могућности да слободно делује, страна морала, не само да одлучи да ће захтевати поништење, већ и да такав захтев преда суду и о њему обавести другу страну.

46 Вид. чл. 117 ЗОО, односно чл. 119 Преднацрта Грађанског законика.

47 Чл. 119 Преднацрта Грађанског законика не само што предвиђа истоветну одредбу као чл. 117 ЗОО, него још, као алтернативу, нуди решење којим би се поменути члан ЗОО изменио, а у смислу продужавања субјективног и објективног рока.

48 Према чл. 119 Преднацрта субјективни рок се, додуше само код заблуде, продужава на три године, док се објективни продужава на пет година, а у случају преваре и принуде на 10 година.

уноси ли овај „разуман рок“ само додатну пометњу у смислу да би био контрадикторан предвиђеном субјективном року? Да ли се онда од релевантног тренутка рачуна разуман рок, или тачно одређен субјективни рок предвиђен другим чланом, или можда оба?

Остаје могућност, мада би такво тумачење одредбе било најмање вероватно, имајући у виду садржину саме одредбе, да се у ствари хтело да се наметне обавеза да се друга страна обавести о томе да *ће се* поднети захтев за поништење, чим овлашћена страна такву одлуку донесе, иако се, дакле, такав захтев суду још није поднео. Ако би се тако и узело, не види се шта би могло да спречи овлашћену страну да од такве одлуке одустане и захтев не поднесе.

Конечно, поред ових недоумица, Преднацртом није предвиђено ни које су последице протекла овог разумног рока, где би опет требало издвојити две различите ситуације: прво, која је последица протекла разумног рока, рачунајући од тренутка сазнања релевантних чињеница, односно стицања могућности да се слободно делује, у коме *није* поднет захтев за поништење, *нији* дато било какво обавештење, а субјективни рок за поништење и даље тече; друго, која је последица *недавања* обавештења у разумном року иако је *јоднеи* захтев за поништење? Ово све, наравно, под претпоставком да овлашћена страна није, изричито или конклюдентно, већ потврдила уговор, јер у том случају поништење не би ни било могуће.

#### IV Закључна разматрања

Институт вансудског поништења уговора представља значајно одступање од традиционалног појма поништења у нашем праву. Одступања иду у два смера: прво, законодавац омогућава да рушљив уговор буде поништен мимо суда, и друго, иницијатива за покретање вансудског поништења уговора не налази се на страни уговорника у чијем интересу је рушљивост установљена.

Међутим, наше право не прихвата систем тзв. правог вансудског поништења, присутног у упоредном праву. Стога, поништење мимо суда, какав познају ЗОО и Преднацрт, не само да је специфичан у односу на судски систем поништења нашег права, већ и у односу на решења прихваћена у појединим правним системима (немачко, швајцарско право).

*Ratio* за увођење ове могућности у наше право, видимо у настојању да се у одређеним ситуацијама, када је то у интересу обе уговорне стране, скрати период неизвесности коју рушљивост са собом носи. Наиме, до поништења ће доћи тек када, након што једна уговорна страна позове другу да се изјасни у погледу судбине уговора, друга изјави да не намерава остати у уговору или ћути. Очигледно је, дакле, да овај специфичан систем (споразумног) вансудског поништења уговора ства-

ра, донекле, равнотежу моћи уговорних страна. Ипак, коначна одлука о судбини уговора остављена је страни у чијем је интересу рушљивост установљена. На овај начин, пружа се прилика уговорницима да, када је то у складу са њиховом вољом, окончају уговор, и то поништењем мимо суда.

Међутим, није немогуће да ће, у неком каснијем тренутку, једна уговорна страна сматрати да је уговор поништен, а друга да није било основа за примену чл. 112 ст. 2 ЗОО, односно, чл. 114 ст. 2 Преднацрта. Тада би се уговорници поново нашли у судском поступку, али сада са циљем утврђивања да ли је уговор поништен или је и даље на снази.

**Katarina DOLOVIĆ, PhD**

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

**Snežana DABIĆ, M.A.**

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

## LEGAL OPPORTUNITY FOR EXTRAJUDICIAL AVOIDANCE OF CONTRACT ACCORDING TO LAW ON OBLIGATIONS AND DRAFT OF CIVIL CODE

### Summary

*The purpose of this article is to draw attention to unjustified neglectfulness of the institute of extrajudicial avoidance of contracts. The institute, as accepted in Serbian legal system, represents a significant exception to the traditional notion of court avoidance in Serbian law. The exception is twofold: firstly, the legislator allows the possibility that the voidable contract (relative nullity) be avoided extra judicially, and secondly, the initiative for this extrajudicial avoidance is not on the contracting party who is, on the other side, in a position to submit a claim for court avoidance.*

*The present solution cannot be identified as a “genuine extrajudicial avoidance”, a unilateral declaration of will, as accepted in comparative legal systems, given that it is the result of the parties’ agreement. The reasoning for providing this opportunity in our legal system is the aspiration to shorten the period of uncertainty created by the voidable contract and to avoid unnecessary legal proceedings when possible.*

**Key words:** *extrajudicial avoidance, relative nullity, convalidation, defect of consent, voidable contracts.*

**Бранка БАБОВИЋ**  
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## **ЗАХТЕВ ДА СЕ УКЛОНИ ОПАСНОСТ ОД ШТЕТЕ – ПРОЦЕСНИ АСПЕКТИ\***

### **Резиме**

*Члан 111 стп. 1 друге књије Преднацртиа Грађанској законика Републике Србије је истовейне садржине као и одредба чл. 156. стп. 1. Закона о облигационим односима којим је предвиђен инстийиуић популарне тужбе. Упоредноправном анализом се долази до закључка да је популарна тужба реликћ прошлосћи који је у модерним правима или укинут или замењен друћим инстийиуићима. Анализом инстийиуић популарне тужбе се долази до закључка да оваква врста тужбе није укложена у важеће процесно право. Поред тога, популарна тужба из Закона о облигационим односима није дала задовољавајуће резултате, па треба размислити замену овој инстийиуић друћим. У овом раду аутор анализира популарну тужбу кроз поређење са сличним инстийиуићима упоредној права и поређењем са решењима у друћим областима материјалној права Републике Србије закључујући да је ова врста тужбе вишак у нашем правном сисћему.*

**Кључне речи:** *Грађански законик, механизми колективне зашћитице, actio popularis, еколошка тужба.*

---

\* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ који се реализује на Правном факултету Универзитета у Београду 2015. године.

## I Увод

Чланом 111 друге књиге преднацрта Грађанског законика Републике Србије (у даљем тексту: Преднацрт ГЗ) задржана је у целини одредба чл. 156 Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл.лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља; у даљем тексту: ЗОО). Наведена одредба регулише захтев да се уклони опасност од штете и ретка је одредба која регулише популарну тужбу. Имајући у виду заштитни објект, ова тужба се у теорији још назива и еколошка тужба.<sup>1</sup>

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије не садржи предлог измене чл. 156 ст. 1 ЗОО, већ је задржано решење које је у упоредном праву ретко опстало. Популарна тужба је у упоредном праву тек понегде реликт прошлости, а много чешће је укинута или замењена новијим процесним институтима. Још 1968. године правни историчари су популарну тужбу смарали превазиђеном, а њену улогу у постојећем правном систему недовољно значајном.<sup>2</sup> Критика института популарне тужбе у Преднацрту ГЗ-а може се вршити на два колосека и то правнополитички имајући у виду остваривање сврхе тог института у нашем правном систему, као и процесноправно имајући у виду неуклопљеност ове врсте тужбе у модерно процесно право.

## II Историјат

Темељи критике института популарне тужбе налазе се у историјату овог института. Наиме, *actio popularis* је изворно институт римског права којим се штити јавни интерес, тужилац наступа као прокуратор државе, а новац који се тужбом добија у одређеним случајевима припада тужиоцу, а у неким другим случајевима је новац или део новца наплаћиван у корист државне благајне, зависно од тога о којој врсти *actio popularis* је реч.<sup>3</sup> Одређење популарне тужбе у римском праву је свакако шире него данашње имајући у виду да је опсег примене ове тужбе у римском праву био шири. У Енглеској је популарна тужба укинута средином 20. века.<sup>4</sup> У то време у Италији, у којој се институт популарне тужбе дуго задржао, анализирани су резултати које популарна тужба даје у пракси.

1 Стеван Лилић, Мирјана Дреновак Ивановић, *Еколошко право*, Београд, 2014, стр. 68–69.

2 Ј. Даниловић, *Популарне тужбе од римској до савремених права*, Београд, 1968, стр. 235.

3 Ј. Даниловић, *нав. дело*, стр. 21–28.

4 Ј. Даниловић, *нав. дело*, стр. 198.

Дошло се до закључка да не би требало проширивати опсег примене ове врсте тужби пошто не даје жељене резултате имајућу у виду ниску свест грађана о потреби да се заштити јавни интерес<sup>5</sup> и њиховој спремности да прихвате да је јавни интерес истовремено интерес појединца чије ангажовање се очекује подношењем тужбе.

Ипак, у време када је донет ЗОО ова врста тужбе је представљала прогрес у области заштите животне средине која се до тада сводила на заштиту од имисија.<sup>6</sup> Поставља се питање да ли се иста сврха може остварити другим институтом. Не улазећи подробније у питања еколошког права, у овом раду ћемо размотрити питање како се оваква врста тужбе као процесни институт уклапа у модерно процесно право и наш правни систем, односно које алтернативе овом институту постоје у парничном процесном праву, али и скренути пажњу на могућност остваривања циља овог института у управном поступку.

### III Процесноправне дилеме везане за институт популарне тужбе

Постојећем решењу у српском праву и предлогу да се решење задржи може се замерити да одредбе које се односе на популарну тужбу морају бити разрађеније да би се укопиле у наше позитивно процесно право, као и да би институт остваривао циљ због кога је уведен.

Чл. 111 ст. 1 Преднацрта ГЗ, као што је то случај и са чл. 156 ст. 1 важећег ЗОО, предвиђа да свако може захтевати од другог да уклони извор опасност од кога прети знатнија штета њему или неодређеном броју лица, као и да се уздржи од делатности од које произлази узнемиравање или опасност од штете. Овакво решење је критиковано десетак година по доношењу ЗОО,<sup>7</sup> а критика стоји и данас.

Прво, тужба је у нашем праву недопуштена уколико тужилац нема правни интерес за подношење тужбе.<sup>8</sup> Популарна тужба је једина тужба код које се не тражи постојање правног интереса за њено подношење, дакле, правнозаштитна потреба код тужиоца, према језичком тумачењу наведене одредбе не би морала постојати.

5 Ј. Даниловић, *нав. дело*, стр. 222.

6 С. Лилић, М. Дреновак Ивановић, *нав. дело*, стр. 69.

7 Весна Ракић-Водинелић, „Еколошка тужба (члан 156 Закона о облигационим односима)“, *Правни живоић*, бр. 4–5/89, тематски број Закон о облигационим односима, Београд, 1989, стр. 873–874.

8 Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, стр. 288–290, Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном процесном праву*, Београд, 2009, стр. 404–406.

У правној теорији су анализирани и могућности другачијег тумачења одредбе чл. 156 ЗОО.<sup>9</sup> Тако је у југословенској правној теорији, Цигој тумачио чл. 156 ЗОО тако да је њиме предвиђена популарна тужба, али да право на подношење те тужбе има само лице које се налази у истом положају као и остали.<sup>10</sup> Циљно тумачење је поједине ауторе доводило до закључка да би питање утврђивања конкретног правног интереса код ове врсте тужби оптеретило поступак, можда и беспотребно имајући у виду циљ популарне тужбе.<sup>11</sup>

Ризик различитих тумачења би сада могао бити избегнут док је Грађански законик у фази преднацрта. Ако одредба чл. 111 ст. 1 остане непромењена, популарна тужба из чл. 111 ст. 1 Преднацрта ГЗ (чл. 156 ст. 1 ЗОО) била би једина тужба коју би могло да поднесе лице које за то нема правни интерес. Питање је да ли законодавац може да направи изузетак, односно да ли би такав изузетак био правнополитички оправдан, као и да ли се исти правнополитички циљ, а то је остваривање колективне заштите, може остварити на другачији начин.

Друго, концепт популарне тужбе римског права је кроз новију правну историју критикован као непримењив, имајући у виду модеран појам заступништва.<sup>12</sup> Примедба која се тиче правне природе заступништва у модерном праву може се проширити на поређење овог института са институтима колективне заштите који су настали касније и у данашње време врло развијени.

Треће, како би популарна тужба остварила циљ колективне заштите односно еколошке тужбе, морало би посебно да буде уређено питање претходног сношења трошкова поступка. У постојећем нацрту није предвиђен изузетак од општег правила Закона о парничном поступку да свака странка претходно сама сноси трошкове које је проузроковала својим радњама.<sup>13</sup>

Поред тога, требало би размотрити питање субјективних граница правноснажности пресуде донете у поступку по популарној тужби, имајући у виду опште правило да пресуда важи *inter partes*.

Управо у одсуству подробније регулације ових важних питања, чији списак није исцрпљен, се популарна тужба као реликт прошлости

9 В. Ракић-Водинелић, *нав. чланак*, стр. 865-884.

10 Стојан Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима у редакцији Благојевића и Круља*, Београд 1980, стр. 411, цитирано према: В. Ракић-Водинелић, *нав. чланак*, стр. 865-884.

11 В. Ракић-Водинелић, *нав. чланак*, стр. 874.

12 Ј. Даниловић, *нав. дело*, стр. 20-29.

13 Члан 151 Закона о парничном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС и 55/2014; у даљем тексту: ЗПП).



разликује од других процесних института који служе колективној заштити права. У циљу продубљенијег разматрања овог проблема, у наставку је дат преглед неких од важнијих института колективне заштите у процесном праву, као и њихов однос са популарном тужбом.

## IV Упоредноправни преглед института колективне заштите у парничном поступку

### 1. Групна тужба (*class action*)

Групна тужба (*class action*) је правни институт који је карактеристичан првенствено за англосаксонско право. Свакако, институт је различито развијен у појединим земљама англосаксонског права, па је тако различито регулисан у САД и Канади, док правни систем у Енглеској, опет, има значајне специфичности у односу на претходна два.<sup>14</sup>

Групна тужба (*class action*) је тужба коју подноси један или више представника групе који у име осталих воде поступак. Ове тужбе се могу поднети како са захтевом за престанак вршења повреде права тако и са захтевом за накнаду штете. Дакле, није неопходно да постоји повреда колективног, дифузног или јавног интереса, већ се овом тужбом може штити и сума индивидуалних интереса.<sup>15</sup> Утолико је опсег примене ове тужбе већи него код других врста колективне заштите. Услови који су прописани за допуштеност *class action* према америчким Савезним правилима о парничном поступку<sup>16</sup> су следећи: најпре, група мора да буде толико велика да је немогуће да сви њени чланови учествују у поступку, затим да је правно или чињенично питање које је предмет спора заједничко за све чланове групе, захтеви и одбрана представника групе морају бити типични за целу групу и најзад представници групе морају фер и адекватно заступати интересе групе.<sup>17</sup>

Кључна фаза у поступку који се води по овој врсти тужбе је формирање групе (*certification*). Постоје два система формирања класе у упоредном праву – први је *opt out* систем, а други је *opt in* систем.

Систем *opt out* данас важи у САД и подразумева да члан групе постане сваки онај потенцијални тужилац који се није изричитом изјавом

14 Rachel P. Muhleron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Oxford, 2004, стр. 3–10.

15 По томе се *class action* разликује од великог броја института континенталног права којима није предвиђена могућност колективног остваривања права на накнаду штете.

16 Чл. 23 Савезних правила о парничном поступку (*Federal Rules of Civil Procedure*).

17 Larry Tepley, Ralph Whitten, *Civil procedure*, New York, 2000, стр. 709–719.

воље изјаснио да не жели да буде члан групе, него да жели да самостално води поступак о свом праву. Дакле, након пријема обавештења о покретању парничног поступка (које мора бити послато свим потенцијалним тужиоцима), довољно је да потенцијални члан групе остане неактиван и не реагује на обавештење. Дакле, самим нечињењем лице ће аутоматски постати члан групе и пресуда ће према њему имати дејство.

Овај систем је у континенталном праву критикован са становишта права на правнично суђење и права на контрадикторан поступак<sup>18</sup> и као такав неуклопљив у континентално парнично процесно право.

У Шведској, с друге стране, данас важи *opt in* принцип по коме чланови групе постају само они потенцијални тужиоци који су изричитом изјавом воље (након што су примили обавештење о покретању парнице) обавестили суд да желе да учествују у поступку као чланови групе. Дакле, у овом систему мора постојати активна радња стране у поступку која ће се изјаснити о томе да ли жели да учествује у поступку или не.

Везано за сам ток поступка у САД, постоје одређене специфичности, које су узроковане тиме да се поступак води у име групе. Примера ради, тужба у оваквом поступку не може бити повучена уколико не постоји претходна сагласност или бар обавештење чланова групе. Поред тога, суд је овлашћен да у току поступка обавештава чланове групе о могућности да се изјасне да ли сматрају да су адекватно представљени, односно да ли желе да ступе у поступак.<sup>19</sup> У европскоконтиненталном праву групна тужба је присутна у Шведској, Енглеској, Финској.

## 2. Организациона тужба

У земљама континенталне правне традиције најчешће присутан институт колективне заштите је организациона тужба коју подноси удружење ради заштите колективних права и интереса. Овакав вид правне заштите је предвиђен не само унутрашњим правом појединих држава чланица ЕУ, већ и директивама ЕУ, првенствено из области права потрошача.

У Немачкој је за заштиту права потрошача предвиђена организациона тужба (*Verbandsklage*) коју подносе удружења потрошача, при-

18 Harald Koch, „Die Verbandsklage in Europa“, *ZZP* 2000, 4. свеска, стр. 424; Axel Halfmeier, Philip Wimalasena, „Rechtsstaatliche Anforderungen an Opt-out-Sammelverfahren: Annerkennung ausländischer Titel und rechtspolitischer Gestaltungsspielraum“, *JZ*, бр. 13/2012, стр. 649–658.

19 L. Teply, R. Whitten, *нав. дело*, стр. 719.

вредне коморе и други субјекти која испуњавају услове прописане законом и овлашћени су на покретање организационе тужбе. Поступак се може покренути нпр. ради забране радње која представља акт нелојалне конкуренције или ради престанка вршења такве радње, а законом је предвиђена и могућност подношења захтева за објављивање пресуде. Дакле, удружења нису овлашћена на подношење тужбе за накнаду штете.<sup>20</sup>

Слична регулација постоји и у другим земљама ЕУ које предвиђају да су удружења или друга лица овлашћена за покретање тужбе у области права заштите потрошача.

Немачка је дуго година била водећа земља у развоју овог облика правне заштите.<sup>21</sup> Наиме, у Немачкој институт организационе тужбе постоји још од 1896. године у области заштите права потрошача, када је законодавац овластио удружења на подношење тужбе за престанак коришћења рекламе која доводи потрошаче у заблуду.<sup>22</sup>

Организациона тужба је данас у СР Немачкој предвиђена у ширем кругу области случајева и то не само у области права потрошача.

За разлику од СР Немачке, организациона тужба у француском праву даје овлашћење различитим удружењима (за заштиту животиња, за заштиту животне средине, за заштиту потрошача) и на подношење тужбе за накнаду штете. Поставило се питање коме припада досуђена сума на име накнаде штете у оваквој колективној парници. Штета се односи на ону коју је претрпео „колективни интерес“ кога удружење заступа. Како овај појам захтева за накнаду штете није објашњен француским законом, досуђивана је често симболична накнада штете, која је служила одавању признања иницијативи удружења и накнаду његових трошкова.<sup>23</sup> Временом се износ накнаде штете све више повећавао. И грчко право овлашћује удружења да поднесу захтев за накнаду штете у тужби коју би поднели у јавном односно колективном интересу, али досуђену суму новца могу утрошити само у друштвено корисне сврхе и то према упутству министра.<sup>24</sup> Ипак, у већини земаља ЕУ се захтев за накнаду штете може остварити само индивидуалном тужбом.

20 Bert Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2011, стр. 451.

21 Н. Koch, *нав. чланак*, стр. 419; Chenguo Zhang, *Kollektiver Rechtsschutz nach dem deutschen Unterlassungsklagegesetz*, Гетинген, 2009.

22 Z. Chenguo, *нав. дело*, стр. 11; Н. Koch, *нав. чланак*, стр. 419.

23 Н. Koch, *нав. чланак*, стр. 420.

24 Н. Koch, *нав. чланак*, стр. 419–421.

### 3. Модел случај

У немачком праву је, као модел колективне заштите развијен и институт тзв. „модел случаја“. Ова врста поступка се примењује на случајеве масовних штета код којих сваки оштећени, по правилу, потражује низак износ накнаде штете, те је најчешће рационално незаинтересован за покретање судског поступка. Ову врсту поступка је могуће покренути само у законом изричито предвиђеним случајевима.

У Немачкој је предвиђено да се, када има више спорних ситуација које су произашле из истог чињеничног догађаја и које су базиране на истом правном основу, издваја један случај о коме се води парница, те се на бази тог случаја решавају други истоврсни случајеви. Могућност примене института „модел случаја“ је у Немачкој изричито предвиђена Законом о поступку модел случаја у споровима из трансакција на тржишту капитала.<sup>25</sup> У складу са овим законом, оштећени код штета које су претрпели због нетачне или преварне информације пружене на тржишту капитала, могу поднети захтев за установљење права на накнаду штете. Сви оштећени су у складу са одредбама овог закона евидентирани у електронском регистру, па затим суд донесе одлуку о томе који од евидентираних тужилаца ће водити „модел случај“.<sup>26</sup>

Наведени закон предвиђа да пресуда донета у поступку који је, у складу са одредбама тог закона, одређен као „модел случај“, бива обавезујућа за судове у другим поступцима. Поред тога, постоји и могућност да странке саме траже од суда пред којим се води више поступака који су базирани на истом чињеничном и правном основу да застане са поступком док не буде решена један од тих парница која би суштински служила као модел за решавање оваквих поступака.<sup>27</sup>

### 4. Организациона – модел тужба

За аустријско право је специфична хибридна форма организационе тужбе и модел поступка која се примењује у области права потрошача.<sup>28</sup> У овом случају је направљена конструкција која омогућава да удружење у име оштећених потрошача поднесе тужбу за накнаду штете против трговца. Како у Аустрији не постоји било који вид групне, колективне тужбе који би омогућио остваривање права на накнаду

25 Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten.

26 Jens Adolphsen, *Zivilprozessrecht*, Baden Baden, 2009, стр. 81.

27 Christian Alexander, „Kollektiver Rechtschutz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht“, *Jus*, бр. 7/2009, стр. 592.

28 *Verbands-musterklage*.

штете, то је развијен посебан механизам који се базира на томе одлука донета у једном поступку од стране највише инстанце има обавезујуће дејство у истоврсним поступцима.<sup>29</sup>

У упоредном праву постоји и немали број хибридних форми чијем навођењу није место у овом раду.

#### IV Однос са популарном тужбом

Док је у земљама англосаксонске правне традиције развијен институт групне тужбе, у земљама континенталне правне традиције је опстао институт популарне тужбе<sup>30</sup> а по неким ауторима и сама организациона тужба представља дериват популарне тужбе.<sup>31</sup>

У нашем позивитивном праву популарна тужба је предвиђена чл. 156 ст. 1 ЗОО (а чл. 111 ст. 1 Преднацрта ГЗ је предложено задржавање ове врсте тужбе) којим је, између осталог, прописано да свако заинтересовано лице може поднети тужбу са захтевом за уклањање извора опасности од кога прети знатнија штета њему или неодређеном броју лица, као и захтевом за уздржавање од делатности од које произлази узнемиравање или опасност од штете. Дакле, популарна тужба садржи кондемпнаторни захтев у интересу лица који тужбу подноси или у интересу неодређеног броја лица којима прети штета од извора опасности.

Према чл. 156 ст. 1 ЗОО стварну легитимацију на подношење тужбе има лице које је изложено имисији или коме прети опасност од имисије, а процесну легитимацију има свако лице.<sup>32</sup> Код групне тужбе (*class action*) тужбу подноси лице које има правни интерес, а и остали чланови групе су сагласни са тиме да их он заступа. Код организационе тужбе, тужбу подноси удружење које мора да испуни строге законом прописане услове који се тичу његове независности, стручности, бројности, како би стекло овлашћење на подношење те тужбе.

Може се приметити да решење популарне тужбе у том смислу неразвијено у односу на решења из упоредног права и да у пракси показује најслабије резултате зато што се ослања на лични ентузијазам лица које би покренули поступак, а да се при том ни не захтева ни обавештење о поступку лица која би имала правни интерес за покретање поступка.

29 Georg Huber, Claudia Grabmair, „Sammelklagen auch in Österreich?“, *Phi*, бр. 2/2010, стр. 42, доступно на: <http://www.lawfirm.at/wp-content/uploads/pdfs/PHi.pdf>.

30 Ј. Даниловић, *нав. дело*, стр. 9.

31 А. Halfmeier, P. Wimalasena, *нав. чланак*, стр. 657.

32 Процесну легитимацију би могли имати и јавни тужилац или јавни правобранилац или други субјекти, тако В. Ракић-Водинелић, *нав. чланак*, стр. 865–884.

Ово питање се надовезује на питање субјективних граница правоснажности пресуде и дејства пресуде. Наиме, пресуде донете у поступку по групној тужби (*class action*) начелно делују према свим члановима групе, а у правима у којима је прихваћен *opt out* систем могу имати дејство и према лицима која фактички ни на који начин нису учествовала у поступку. Дакле, овакви чланови групе могу добити одређени део накнаде штете која је досуђена целој групи иако нису ни знали о каквом је тачно поступку реч већ су само били инертни када им је стигао захтев да се изјасне да ли иступају из групе. У модификованом облику ово важи и у правима у којима код групне тужбе, за разлику од Савезних правила о парничном поступку САД, важи *opt in* принцип (такво је шведско право конкуренције<sup>33</sup>). С друге стране, чланови групе могу трпети и штету уколико је тужбени захтев одбијен, а пресуда има дејство према њима као члановима групе, па важи *res iudicata* у односу на евентуално подношење индивидуалне тужбе.<sup>34</sup> Ово је уједно и један од основних разлога зашто ова врста тужбе није прихваћена у континенталном праву.

Питање правоснажности и дејства пресуде се код организационе тужбе поставља двојачко: како кроз питање субјективних граница правоснажности тако и кроз питање дејства пресуде у поступку вођеном по организационој тужби у потоњем поступку по индивидуалној тужби за накнаду штете.<sup>35</sup> Иако по правилу пресуда делује *inter partes*, неретко је прописано да се пресуда донета у поступку по организационој тужби не може оспоравати у поступцима покренутим по индивидуалној тужби појединаца за накнаду штете по захтеву који проистиче из захтева садржаног у организационој тужби.<sup>36</sup>

Наш ЗОО када регулише институт популарне тужбе не регулише ни питање субјективних граница правоснажности пресуде донете у поступку по популарној тужби, нити питање дејства те пресуде, чиме су ове одредбе једноставно недовољно разрађене, што не чуди, имајући у виду врсту тужбе која је изабрана.

У упоредном праву је уочено да делотворност регулације поступка за заштиту колективних права и интереса зависи од тога да ли субјекти који су овлашћени на покретање поступка имају довољно средстава за финансирање трошкова поступка, па је ово још једно питање које није разрађено код института популарне тужбе.

33 Ashurst Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative report, август 2004, доступно на адреси: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, 7.4.2015.

34 Н. Koch, *нав. чланак*, стр. 424.

35 Axel Halfmeier, *Popularklagen im Privatrecht: zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage*, Tübingen, 2005, стр. 192

36 Такав је случај нпр. у Хрватској – чл. 502.ц Закона о парничном поступку.

Тако у САД, код подношења групне тужбе (*class action*), странке сnose ризик да ће у случају губитка парнице морати да сnose трошкове.<sup>37</sup> У САД се проблем финансирања парнице која се води по групној тужби (*class action*) најчешће решава закључивањем уговора са адвокатом<sup>38</sup> који ће групу заступати бесплатно, али уколико успе у спору припашиће му одређени проценат досуђене суме. Како за разлику од САД у земљама европскоконтиненталне традиције често није дозвољено овакво заступање „на проценат“,<sup>39</sup> у земљама континенталне праве традиције је питање претходног сношења трошкова могуће регулисати кроз ослобађање од плаћања судских такси за ове врсте поступака, затим кроз увођење погодности за удружења, као и кроз плаћање адвоката тужиоца из одређених јавних фондова.<sup>40</sup> Такође, законом је неретко предвиђено објављивање пресуде у поступку по организационој тужби о трошку туженог, решење се у упоредном праву показало као добро, имајући у виду да је у Немачкој критиковано решење по коме би се пресуда објављивала о трошку тужиоца, што је одредбу чинило неделотворном.

Сва наведена питања која су од значаја за остваривање колективне заштите у парничном поступку су код популарне тужбе у чл. 111 Преднацрта ГЗ недефинисана, односно није предвиђен никакав посебан режим у односу на општа правила парничног процесног права, што је неубичајено за инструменте колективне заштите.

## У Питање потребе за постојањем института популарне тужбе

Популарна тужба се користи као средство заштите од имисија, односно првенствено као средство заштите животне средине.<sup>41</sup> Како би се проценила оправданост постојања овог института процесног права, треба размотрити и питање евентуалне примене популарне тужбе у другим гранама права.

37 У САД је принцип расподеле трошкова такав да свака странка сноси своје трошкове. Мада постоје специјализована друштва за послове финансирања вођења парничних поступака.

38 Бранка Бабовић, „Колективизација судске заштите од дискриминације“, *Правни живои* бр. 11/2012, стр. 1018–1022.

39 Н. Koch, *нав. чланак*, стр. 431.

40 *Ibid.*

41 С. Цугој, *нав. дело*, стр. 435; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2007, стр. 492–493.

Поставља се питање да ли би се популарна тужба могла подносити и у другим областима у којима је неретко предвиђена колективна заштита. Питањем примене института популарне тужбе у области заштите права потрошача бавио се Баретић<sup>42</sup> и дошао до закључка да, иако нетипично за област примене популарне тужбе она би могла да се користи и у области заштите потрошача.

У области заштите потрошача би према Баретићу популарна тужба била применљива у ситуацијама када би поступањем неког трговца били угрожени живот или здравље великог броја потрошача. Као пример Баретић наводи захтев за повлачење одређеног производа који би могао произвести овакве штетене последице са тржишта.

Међутим, у закључним разматрањима, Баретић наводи да су Законом о заштити потрошача предвиђени много ефикаснији поступци од парничног којима се може тражити повлачење производа са тржишта, па оваква тужба заправо не би била ефикасније правно средство за постизање циља да неки производ буде повучен са тржишта.<sup>43</sup> У нашем праву је, након доношења новог Закона о заштити потрошача, за заштиту колективних интереса потрошача предвиђен управни поступак, па не би изненадило да у области еколошке заштите буде настављен исти тренд.

Питање оправданости постојања популарне тужбе у нашем праву, поставила је још је проф. Јелена Даниловић 1968. године и дошла до закључка да у тадашњим правним системима, изузев англосаксонских, нема места примени популарне тужбе имајући у виду разгранат државних апарат са међусобно разграниченим надлежностима, као и постојање установе јавног тужиоца и јавног правобраниоца, према њеном становишту чине популарну тужбу сувишном како у капиталистичким, тако и у социјалистичким земљама тог времена.<sup>44</sup>

У савременој теорији фокус оваквих анализа је на испитивању потребе за увођењем инструмената колективне заштите у процесна права у којима овакви институти традиционално не постоје или постоји само популарна тужба као реликт прошлости. Поред бројних поборника механизма колективне заштите у парничном поступку, немали је број критичара увођења института колективне заштите у парнично процес-

42 Регулација института популарне тужбе у хрватском праву је готово идентична регулацији у српском праву.

43 Марко Баретић, „Индивидуална и колективна заштита потрошача у хрватском праву“, у Весна Томљеновић, Едита Чулиновић Херц, Влатка Буторац Малнар (ур.), *Република Хрватска на путу према еуропском правном подручју*, Ријека 2009, стр. 275-276.

44 Ј. Даниловић, *нав. дело*, стр. 208.



но право земаља континенталне правне традиције у опште, а и посебно земаља у транзицији.<sup>45</sup> Одредбама новог Закона о заштити потрошача („Сл. гласник РС“, бр. 62/2014) заштита колективних интереса потрошача је поверена органима управе,<sup>46</sup> па се наш законодавац очито руководи горе наведеним, те не би требало искључити могућност остваривања циља чл. 156 ст. 1 ЗОО у управном поступку.

## VI Закључак

Према подацима о судској пракси који су били доступни приликом израде овог рада, тужбе из чл. 156 ЗОО се у Србији најчешће подносе као индивидуалне тужбе за накнаду нематеријалне штете поднете против панчевачке Петрохемије.<sup>47</sup> Дакле, у том случају није реч о захтевима популарне тужбе из чл. 156 ст. 1 ЗОО, за које је предвиђена популарна тужба. Разлог за то може се наћи и у чињеници да су грађани ретко спремни да општи интерес схвате као свој и да уложе време и ресурсе за вођење парничног поступка за његову заштиту, посебно када самим законом није предвиђен изузетак од општег правила да свака странка претходно сноси своје трошкове. Додатно, популарна тужба, како је предвиђено чл. 156 ЗОО подразумева само две врсте тужбених захтева: захтев за уклањањем извора опасности од кога прети знатнија штета њему или неодређеном броју лица, као и захтев за уздржавање од делатности од које произлази узнемиравање или опасност од штете. Оба захтева су негативна кондемпнаторна тужбена захтева, па се може аргументовати да се истацањем ових захтева не би могла довољно ефикасно да се оствари еколошка заштита, као што би могла позитивним кондемпнаторним захтевом, односно одговарајућим одлукама управног органа које би обавезале на чињење.

Дакле, популарна тужба садржана у чл. 156 ст. 1 ЗОО није заживела у нашем праву. Разлог за то може бити недовољна развијеност овог института парничног процесног права, односно његова неуклопљеност у постојећи правни систем. Одсуство посебног регулисања питања

45 Више о томе: Alan Uzelac, „Why no class action in Europe? A view from the side of dysfunctional justice systems“, Viktoria Harsagi, C. H. van Rhee (eds.), *Multy-party redress mechanisms in Europe-Squeaking Mice?*, Cambridge, 2014, стр. 53–74.

46 Члан 146 Закона о заштити потрошача („Сл. гласник РС“, бр. 62/2014), о оправданости поверавања заштите колективних интереса потрошача органима управе в. Татјана Јованић, „Управноправна заштита потрошача“, *Анали Правној факултету у Београду* бр. 2/2013, стр. 180–196.

47 Подаци о судској пракси преузети из електронске базе – Стручни коментар уз члан 156 Закона о облигационим односима, Параграф 2012, није доступно у штампаној форми нити је извршена пагинација.

претходног сношења трошкова, субјективних граница правноснажности, дејства пресуде итд. чини овај институт недовољно прилагођеним савременој реалности. С једне стране, реч је о врло рудиментарно регулисаном институту, по чему се исти разликује од упоредноправних института колективне заштите као што су: *class action*, организациона тужба, модел случај, итд. С друге стране реч је о тужби за коју би се могло рећи да се концепцијски не уклапа у савремено парнично процесно право. Када се узму у обзир и ефекти које би примена ове тужбе могла да произведе у другим областима материјалног права, долази се до закључка да *actio popularis* није место у нашем правном систему, не само када је реч о захтеву да се уклони опасност од штете, него уопште.

**Branka BABOVIĆ**

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

## **REQUEST TO ELIMINATE A DANGER OF DAMAGE – PROCEDURAL ASPECTS**

### **Summary**

*Article 111 (1) of the second book of the Predraft to the Civil Code of the Republic of Serbia has the very same provisions as the article 156 (1) of the Law on torts and contracts which regulates actio popularis. Comparative analysis leads us to the conclusion that actio popularis is relic from the past which has been either substituted or completely repealed. Analysis of the actio popularis leads to the conclusion that this kind of law suit does not properly fit in the current procedural law system. In addition, use of actio popularis was not successful enough so far. Subject of this paper is comparative analysis of actio popularis and analysis of its place in the Serbian legal system, which lead to the conclusion that, from the procedural point of view, this kind of law suit should not remain the part of Serbian legal system.*

**Key words:** *Civil Code, collective redress mechanism, actio popularis, ecological claim.*

Срђан СТОЈИЛКОВИЋ, мастер  
судијски сарадник Привредног суда у Пожаревцу

## ВАНСУДСКИ ПОСТУПАК НАМИРЕЊА ХИПОТЕКЕ У НОВОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ СРБИЈЕ

### Резиме

Вансудски поступак реализације хипотеке се у досадашњој пракси показао веома проблематичним, па је Преднацији будуће грађанској законика алтернативно предвидео његово укидање или бијно реформисање, како би се успоставила једнакост у односима између поверилаца и дужника. Преднацији Грађанској законика Републике Србије предвиђа две могућности у погледу вансудској намирења хипотеке. Једна јесте да вансудско намирење буде дозвољено ако је хипотека конституирана у облику извршне исправе у форми јавнобележничкој записа. Друга могућност јесте уоварање вансудској намирења између повериоца и солиственика хипотековане неокрећности, али само након доселости обезбеђеној иотраживања.

**Кључне речи:** вансудско намирење хипотеке, камања, осигурани сјамбени кредити, Преднацији Грађанској законика Републике Србије.

### I Увод

Отворити дужнику кредит, дати повериоцу гаранцију, а трећима сачувати њихова права и то све у једно време врло је тежак посао.<sup>1</sup> Овај закључак професора Павловића из 1868. године мора се имати на уму

1 Ђорђе Павловић, *Хипотекарно право у Кнежевини Србији*, Београд, 1868, стр. 82.

данас када се врши реформа нашег хипотекарног права, како се не би занемарила социолошка компонента института хипотеке и нарушила правна равнотежа у односима поверилаца и дужника.<sup>2</sup> Вансудско намирење хипотекарног повериоца које је дозвољено Законом о хипотеци<sup>3</sup> битно је пореметило правну равнотежу и правну једнакост у односу поверилаца и дужника, јер се обезбеђујућа сврха хипотеке у Србији остварује до граница могућности неоснованог обogaћења хипотекарног повериоца.<sup>4</sup>

Према подацима који су доступни на интернет страници Националне корпорације за осигурање стамбених кредита у 2013-ој години је око 200 станова, који су били предмет обезбеђења осигураних стамбених кредита, оглашено на продају од стране банака.<sup>5</sup> Подаци на порталу добош, где банке оглашавају вансудске продаје непокретности које су биле предмет обезбеђења стамбених кредита, као и продаје хипотекованих непокретности које су биле предмет обезбеђења потраживања банака према правним лицима, говоре да се константно повећава број некретнина које банке излажу вансудској продаји. Забрињавајући статистички податак, који указује на повећану немогућност испуњења обавеза према банкама, јесте да се у Београду сваког месеца за око 10% у односу на претходни месец повећава број некретнина које банке излажу приватној продаји.<sup>6</sup> Банкарска пракса се приликом вансудске реализације хипо-

2 Материја хипотекарног права представља грдно изузеће од општег грађанског права јер је створено у корист поверилаца, како би се обезбедиле њихове тражбине. Зато када се законодавац брине са једне стране за поверитеље како би им обезбедио тражбине, природно је да и са друге стране штити и права дужника како би се предупредиле разне преваре које би поверитељи ласно спроводили, Ђ. Павловић, *нав. дело*, стр. 55.

3 Закон о хипотеци (*Службени гласник РС*, бр. 115/2005; даље у тексту: ЗОХ) ступио је на снагу 4.1.2006. године, а у примени је од 25.2.2006. године.

4 Више о повећаној опасности вансудског намирења хипотеке за дужнике и такозваном „царском“ положају хипотекарног повериоца, вид. Милош Живковић, *Акцесорноснй заложник й права на нейокрейнноснйима*, Београд, 2010, стр. 165–166.

5 Више о непокретностима у поступку вансудске продаје, доступно на адреси: <http://www.nkosk.rs/content/pregled-nepokretnosti-u-postupku-prodaje>, 29.5.2014. Национална корпорација за осигурање стамбених кредита (НКОСК) је до дана 31.12.2013. године осигурала 75.734. кредита, чија укупна главница износи 2.751.836.892,49 еура. Од тога је до 31.12.2013. године проглашено доспелим 592 осигурана кредита. Видети НКОСК, Финансијски извештаји 31.12.2013. године и извештај независног ревизора за НКОСК за 2013. годину, стр. 7, 22, доступно на адреси: [http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info\\_page\\_documents/Izvestaj%20NKOSK%20-%202013\\_Final.pdf](http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info_page_documents/Izvestaj%20NKOSK%20-%202013_Final.pdf), 1.6.2014.

6 Вид. чланак *Јавне йродаје – индикатор снйања финансијској йиржишнйа*, доступно на адреси: [http://www.dobos.rs/dobosistrazuje/javne\\_prodaje\\_indikator\\_stanja\\_finansijskog\\_trzis](http://www.dobos.rs/dobosistrazuje/javne_prodaje_indikator_stanja_finansijskog_trzis), 1.6.2014. Више о структури огласа и броју продаја вид. чланак *Некрейннине на добошу – Снйрукнйура оглашених некрейннина на йорнйалу www.dobos.rs у йрвом*

теке креће делимично у границама закона, али су одређена поступања банака у директној колизији са позитивним прописима, те је неопходно створити законско уређење хипотекарног права које на равноправан начин штити оправдане интересе хипотекарних поверилаца и дужника.

## II Вансудско намирење хипотеке и економски аргументи за битисање приватне продаје

### 1. Покретање вансудског поступка намирења по ЗОХ

Ако дужник не исплати дуг о доспелости хипотекарни поверилац из веродостојне исправе или извршне исправе прописане чланом 15 ЗОХ, послаће опомену у писменој форми истовремено дужнику и власнику предмета хипотеке, чиме се покреће поступак вансудског намирења.<sup>7</sup> Уколико у року од 30 дана од дана пријема прве опомене дужник не исплати дуг, поверилац ће дужнику и власнику непокретности упутити опомену о продаји непокретности.<sup>8</sup> Поверилац истовремено са опоменом о продаји шаље регистру непокретности захтев да се изврши забележба хипотекарне продаје у корист повериоца.<sup>9</sup> Забележба и решење хипотекарне продаје садрже изричито овлашћење да хипотекарни поверилац, када решење постане правноснажно, али не пре истека рока од 30 дана од дана издавања решења, може у своје име продати непокретност, као и забрану продаје хипотековане непокретности од стране власника.<sup>10</sup> Власник, дужник и поверилац имају право жалбе надлежном органу на решење о забележби хипотекарне продаје у року од 15 дана од дана пријема решења, те другостепени орган мора одлучити по жалби у року од 15 дана од дана подношења жалбе. Жалба ће бити уважена ако дужник или власник непокретности достави регистру непокретности *писмене неспорне доказе* да потраживање не постоји, да хипотека не постоји, да потраживање није доспело за наплату или да је дуг исплаћен.<sup>11</sup>

*кварталу 2014*, доступно на адреси: <http://www.dobos.rs/userfiles/Nekretnina%20na%20Dobo%C5%A1u%20I%20kvartal%202014.pdf>, 1.6.2014.

7 Вид. чл. 29 ЗОХ.

8 Чл. 30 ЗОХ.

9 Чл. 31 ст. 1 ЗОХ. Регистар непокретности у року од седам дана од пријема захтева за забележбу, мора извршити забележбу хипотекарне продаје у корист повериоца и доставити решење о забележби хипотекарне продаје повериоцу, дужнику и власнику непокретности, вид. чл. 31 ст. 2 ЗОХ.

10 Вид. чл. 31 ЗОХ.

11 Другостепено решење по жалби је коначно и извршно и против њега није дозвољена тужба или правни лек, вид. чл. 31 ст. 7 ЗОХ. Сама синтагма „писмени неспорни

Апсолутна немогућност судске заштите хипотекарног дужника у поступку реализације хипотеке јесте једна од највећих мана нашег хипотекарног система, јер се о стварном праву својине на непокретности хипотекарног дужника по његовој жалби коначно одлучује у управном поступку, што је јако забрињавајућа чињеница. По Уставу Републике Србије о грађанским правима треба да одлучује суд имајућу у виду његов специфичан положај који му омогућава самосталност и независност, а наше актуелно стање у хипотекарном праву је такво да о грађанским правима одлучује Катастар непокретности на основу приватних изјава поверилаца (на часну реч поверилаца).<sup>12</sup> Добро решење за проблем који је ЗОХ изазвао у погледу ограничавања уставног права на судску заштиту представља чл. 438 Преднацрта Грађанског законика који дозвољава тужбу сопственика хипотековане непокретности којом може оспоравати право хипотекарном повериоцу намирење из оптерећене непокретности ако у року од 30 дана од обавештења о намирењу поднесе тужбу са писменим доказима да обезбеђено потраживање не постоји, да хипотека не постоји или да је потраживање недоспело.<sup>13</sup>

---

докази“ је веома лоша формулација јер у пракси неспорни докази не постоје, те уколико поверилац оспорава било који доказ дужника (нпр. чак и признаницу) власник не може користити жалбу у управном поступку, то је власник остављен на милост и немилост хипотекарног повериоца. М. Живковић, *нав. дело*, стр. 164.

- 12 Вид. чл. 32 ст. 1 Устава Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006) који прописује да свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама. Како регистар непокретности забележбу хипотекарне продаје врши искључиво на основу изјаве повериоца да дужник није испунио дуг, те како висину доспелог неплаћеног износа обезбеђеног потраживања регистар сазнаје из опомене о продаји у доктрини је овај систем намирења назван и „*намирењем на часну реч њовериоца*“, вид. Милош Живковић, „Ново хипотекарно право у Републици Србији“, 2008, стр. 18, чланак доступан на адреси: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/xivmil/nastava.htm>, 30.12.2009. Више о погрешном приступу законодавца да о својинским правима одлучује Катастар непокретности као управни орган који највише може бити самосталан орган, вид. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сиварно право*, Београд, 1999, стр. 367; Милош Живковић, „Катастар непокретности као регистар права на непокретностима“, *Фокус*, бр. 1/2011, стр. 24.
- 13 Преднацрт Грађанског законика у члану 438 предвидео је право на тужбу сопственика по угледу на чл. 55 Нацрта закона о хипотеци професора Миодрага Орлића. Упор. Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, њећа књига – Сиварно право* (незванична скица одредаба – прва верзија; даље у тексту: Преднацрт Грађанског законика), Београд, 2014; Миодраг Орлић, *Нацрт закона о хипотеци* (трећи нацрт, даље у тексту НЗОХ), посебан отисак из часописа Правни живот, бр. 11/2005.

## 2. Манљивости вансудске продаје хипотековане непокретности по ЗОХ

Хипотекарни поверилац по правноснажности решења о забележи хипотекарне продаје и по протеку рока од 30 дана од дана издавања тог решења може приступити вансудској продаји путем аукције или непосредне погодбе.<sup>14</sup> Пре приступања продаји поверилац је дужан да утврди оријентациону тржишну вредност непокретности ангажовањем овлашћеног судског вештака.<sup>15</sup> Одређење закона да се процењује оријентациона тржишна вредност непокретности, имало је за последицу да се непокретности приликом вансудске продаје процењују на знатно ниже износе у односу на процену непокретности када је одобрен кредит, иако није било значајних флукуација цена на тржишту некретнина.<sup>16</sup> Тренд обезвређивања вредности хипотекованих непокретности од стране овлашћених проценитеља, када се процене врше за потребе банкарских вансудских продаја константован је у финансијским извештајима НКОСК још од 2010. године.<sup>17</sup> Почетна цена на аукцији

- 14 Поверилац истовремено са оглашавањем аукцијске продаје шаље обавештење о огласу дужнику, власнику непокретности, трећим лицима која имају права на хипотековану непокретности, а које садржи поред свих елемената огласа и изјаву у ком року се може исплатити целокупан дуг да би се избегла продаја, вид. чл. 35 ст. 4 ЗОХ.
- 15 Чл. 34 ст. 3 ЗОХ. Поверилац може сам организовати аукцијску продају или је може поверити лицу које се тиме професионално бави, вид. чл. 35 ЗОХ.
- 16 На приватним продајама које спроводе банке, хипотековане непокретности се продају по најнижим ценама које су и до три пута ниже од тржишних, вид. чланак, *Одузети станови до три пута јефтинији*, објављен у дневном листу Блиц, дана 12.7.2013. године, доступно на адреси: <http://www.blic.rs/Vesti/Ekonomija/324229/Oduzeti-stanovi--do-tri-puta-jeftiniji>, 1.6.2014. Проблеми у погледу процене вредности хипотекованих непокретности узроковани су непостојањем јасних, објективних критеријума по којима би проценитељи морали да поступају. Дobar пример за регулацију процене вредности оптерећених непокретности постоји у Немачкој где проценитељи морају да врше процене вредности оптерећених непокретности по строгим критеријумима који су прописани Законом о фанбрифима (*Pfandbriefgesetz*) и Правилником о процени вредности оптерећених непокретности (*Beleihungswertermittlungsverordnung*). Цитирани прописи доступни су на адреси: [http://www.pfandbrief.org/cms/\\_internet.nsf/tindex/en\\_111.htm?OpenDocument&D3AB2136BA63F843C12576A2003D6F7C](http://www.pfandbrief.org/cms/_internet.nsf/tindex/en_111.htm?OpenDocument&D3AB2136BA63F843C12576A2003D6F7C), 1.4.2015.
- 17 Тренд обезвређивања непокретности од стране проценитеља приликом вансудске продаје од стране банака, забележен је управо овом синтагмом у финансијским извештајима НКОСК за 2010, 2011. и 2012. годину. Вид. НКОСК, Финансијски извештаји 31.12.2010. године и извештај независног ревизиора за НКОСК за 2010. годину, стр. 25, доступно на страници: [http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info\\_page\\_documents/NKOSK\\_Izvestaj%202010\\_Final.pdf](http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info_page_documents/NKOSK_Izvestaj%202010_Final.pdf); НКОСК, Финансијски извештаји 31.12.2011. године и извештај независног ревизиора за НКОСК за 2011. годину, стр. 26, доступно на адреси: [http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info\\_page\\_documents/NKOSK\\_Izvestaj%202011\\_Final\\_0.pdf](http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info_page_documents/NKOSK_Izvestaj%202011_Final_0.pdf); Финансијски извештаји 31.12.2012. године и

не може бити нижа од 75% процењене вредности, те ако прва аукција не успе на другој почетна цена не може бити нижа од 60% процењене вредности.<sup>18</sup> Поверилац може у своје име продати непокретност непосредном погодбом по цени која је приближна тржишној.<sup>19</sup> Може се рећи да је законодавац дао широко дискреционо овлашћење повериоцу одређењем да непокретност може продати по цени приближној тржишној.<sup>20</sup> Под тржишном ценом сматра се уобичајена цена која се може постићи продајом те непокретности у доброј вери, у време хипотекарне продаје.<sup>21</sup> Проблем дефинисања тржишне цене постоји уколико је локација непокретности неатрактивна, те тржишна цена не постоји јер нема промета непокретности или је због слабог промета тржишна цена некретнина далеко мања од стварне грађевинске цене.<sup>22</sup>

Преднацрт Грађанског законика предвиђа правичније решење за сопственике хипотекованих непокретности, обзиром да вансудска продаја може бити спроведена само јавним надметањем, где почетна цена на првој продаји не може бити нижа од вредности непокретности која се узима као основица за одређење пореза на имовину, осим уколико се странке споразумно не договоре другачије након доспелости обезбеђеног потраживања.<sup>23</sup>

### 3. Намирење банака по основу осигураних стамбених кредита од НКОСК

НКОСК осигурава 75% нето губитка банке код хипотекарног стамбеног кредита, али је у уговорима НКОСК са пословним банкама осигурана сума одређена непрецизно.<sup>24</sup> Повећање броја одузетих не-

извештај независног ревизиора за НКОСК за 2012. годину, стр. 35, доступно на адреси: [http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info\\_page\\_documents/izveštaj2012\\_0.pdf](http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info_page_documents/izveštaj2012_0.pdf).

18 Поверилац и власник, односно дужник могу приликом организовања аукцијске продаје писмено уговорити да се непокретност може продати и по нижим ценама, вид. чл. 35 ст. 7 ЗОХ.

19 Чл. 36 ст. 1 ЗОХ.

20 Стојан Јокић, „Хипотекарни повериоци и њихова судска, вансудска и разлучна намирења“, *Билтен судске праксе Врховној суда Србије*, бр. 3/2007, стр. 414.

21 Чл. 36 ст. 2 ЗОХ.

22 С. Јокић, *нав. чланак*, стр. 415.

23 Вид. чл. 435 ст. 3 Преднацрта Грађанског законика. На следећим продајама цена се може спустити до 2/3 вредности утврђене приликом прве продаје, те уколико непокретност не буде продата у року од 24 месеци од приступања продаји, поверилац се може намирити само судском продајом. Вид. чл. 435 ст. 4–5 Преднацрта Грађанског законика.

24 Модел уговора НКОСК са пословним банкама о регулисању међусобних обавеза у пословима осигурања потраживања по основу стамбених кредита предвиђа да осигу-



покретности од стране банака може се уочити из годишњих извештаја НКОСК за пословање у којима су приказани подаци о парничним поступцима ове институције.<sup>25</sup> Нето губитак банке је одређен исувише екстензивно, јер банке у обезбеђено потраживање сврставају и потраживања која не би смела спадати у ранг обезбеђених.<sup>26</sup> Банкарска пракса подразумева да ради одобравања хипотекарног кредита траже од зајмопримца отварање рачуна код ње, те уколико дужник задоцни са исплатом рате кредита, банке обрачунавају најпре камате по основу дозвољеног минуса, а касније недозвољеног, као и уговорене затезне камате, па све ове камате воде на партији кредита и сврставају их у обезбеђено потраживање.<sup>27</sup> Тако са високим и бројним банкарским

гурана сума представља 75% износа који чине неисплаћена главница по кредиту, доспела редовна камата, други документовани трошкови реализације наплате из продаје имовине и/или инструмената обезбеђења по доспелом кредиту које банка буде имала, осим трошкова адвоката. Вид. чл. 11 модел уговора, доступно на адреси: [http://www.nkosk.rs/sites/default/files/infopage\\_documents/UGOVOR\\_O\\_REGULISANJU\\_MEĐUSOBNIHOBAVEZA\\_U\\_POSLOVIMA\\_OSIGURANJA\\_cyr.pdf](http://www.nkosk.rs/sites/default/files/infopage_documents/UGOVOR_O_REGULISANJU_MEĐUSOBNIHOBAVEZA_U_POSLOVIMA_OSIGURANJA_cyr.pdf), 1.6.2013.

- 25 НКОСК је у току 2012. године водила десетак парница за регрес исплаћене осигуране суме, против грађана који су изгубили станове, а код којих је банка исказала нето губитак и наплатила осигурану суму. Осигурана сума, односно 75% нето губитка банке код само једног кредита може нарасти и до износа од 77.524,85 швајцарских франака са каматом. Овај износ исплатила је НКОСК једној банци након првостепене пресуде, вид. Финансијски извештај ревизиора за НКОСК за 2012. годину, стр. 31, доступно на адреси: [www.nkosk.rs/sites/default/files/info\\_page\\_documents/izveštaj2012\\_0.pdf](http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info_page_documents/izveštaj2012_0.pdf), 1. јун 2013.
- 26 Кршење начела специјалности у погледу обима обезбеђеног потраживања проузроковала је индиректна трансплантација „*all money claims*“ клаузуле, која је уобичајена код моргида у наше хипотекарно право, која подразумева да се стварноправним средством обезбеђења обезбеђују сва постојећа и будућа потраживања у односу између банке и клијента, без обзира на њихов правни основ. Више о кршењу начела специјалности у погледу обезбеђеног потраживања и „*all money claims*“ клаузули вид. Срђан Стојилковић, „Вансудско намирење хипотеке – стање и потенцијални правци развоја“, *Правни животи*, бр. 10/2013, стр. 503–506; Christoph U. Schmid, *et al.*, *Real Property Law and Procedure in the European Union*, European University Institute, Florence, 2005, стр. 89–92.
- 27 Имајући у виду да се камате по основу дозвољеног минуса крећу од 20,19% па до 38,42% на годишњем нивоу, а по основу недозвољеног минуса и до 62,84% на годишњем нивоу, док се уговорене затезне камате банака крећу на нивоу од 0,1 до 0,5% дневно, потраживања по основу камата често пређу сам износ главнице и за годину дана уколико дође до неуредних отплата. Тако је потраживање банке према једном правном лицу за само три године по основу камате достигло чак три пута виши износ у односу на главницу. Вид. М. Живковић, *нав. дело*, стр. 114. Међутим ове камате имају основ у другим банкарским услугама банке и клијента, а не у уговору о кредиту који је предмет обезбеђења, те се не би се смеле сврставати у ранг обезбеђеног хипотекарног потраживања. Више о висини наведених камата видети на интернет страници Народне Банке Србије, доступно на адреси: [http://www.nbs.rs/internet/latinica/15/saopstenja/20140507\\_kamate\\_pojasnjenje.pdf](http://www.nbs.rs/internet/latinica/15/saopstenja/20140507_kamate_pojasnjenje.pdf), 1.6.2014.

каматама, са високим трошковима намирења, продајом хипотековане непокретности по ниској цени, која не покрива њихово потраживање према клијенту банке исказују значајан нето губитак, а затим 75% свог нето губитка наплаћују од НКОСК. Просечан износ осигуране суме које су банке наплаћивале од НКОСК по једној активираној хипотеци износи 23.306,46 евра.<sup>28</sup>

### III Приватна продаја хипотекованих непокретности у упоредном праву

Приватна продаја хипотековане непокретности без икакве улоге суда каква постоји у Србији је у континенталној Европи могућа у сличном облику само још у Украјини.<sup>29</sup> Вансудско намирење хипотеке могуће је у континенталној Европи уговорити још у Русији, Естонији и Словенији, али само након доспелости обезбеђеног потраживања чиме се омогућава равноправан положај уговорних страна приликом закључења уговора о зајму.<sup>30</sup> Преднацрт Грађанског законика предвиђа могућност да хипотекарни поверилац и сопственик хипотековане непокретности по доспелости обезбеђеног потраживања закључе накнадни споразум по основу кога поверилац може спровести вансудску продају.<sup>31</sup>

Увођење вансудског намирења у Србији по узору на институт моргиц (*mortgage*) система општег права је изразито убрзало поступке намирења хипотеке, те заједно са Холандијом представљамо државе у којима се поступци намирења спроводе најбрже у Европи, у року од шест месеци од почетка намирења и то са коришћењем свих правних средстава дужника која му дозвољава правни оквир.<sup>32</sup> Поређења ради у

28 Банке су у току 2013. године продале 27 непокретности, ради намирења потраживања која су била осигурана код НКОСК, од чега је код 20 продаја исказан нето губитак банке. НКОСК је банкама за 20 кредита исплатила губитак у износу од 54.071.000,00 динара, односно око 466.129,31 евра. Вид. НКОСК, *Финансијски извештаји* 31.12.2013. године и извештај независног ревизиора за НКОСК за 2013. годину, стр. 30.

29 М. Живковић, „Ново хипотекарно право у Републици Србији“, стр. 16–17. Приватна продаја оптерећене непокретности је уобичајена код института *mortgage* (моргиц) у систему општег права који представља фидуцијарно средство обезбеђења. Више о овом институту вид. С. Стојилковић, *нав. чланак*, стр. 499–501.

30 European Bank for Reconstruction and Development, *Mortgages in transition economies*, London, 2007, стр. 28.

31 Вид. чл. 432 и 445 Преднацрта Грађанског законика.

32 Вид. Otmar Stocker, Rolf Sturmer (red.), *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real property in Europe, Volume III*, Berlin, 2010, стр. 81. Чак се ни у Уједињеном Краљевству приватна продаја непокретности код института моргиц

државама са стабилним економским и правним оквиром попут Немачке, Француске и Русије поступци намирења хипотеке или земљишног дуга трају у просеку око две године, док поступци намирења хипотеке у Италији, Шпанији, Грчкој, Пољској, Чешкој и Словенији трају преко две године па чак и између пет до седам година уколико дужник користи сва правна средства која му стоје на располагању.<sup>33</sup> Последњим реформама значајно смо скренули са курса континенталног права о чему говори чињеница да се ни земљишни дуг као фидуцијарно средство обезбеђења не може намирити вансудски.<sup>34</sup>

Међународне финансијске институције које су заговорници либералних решења у хипотекарном праву како би се омогућио развој секундарног хипотекарног тржишта у својим предлозима реформи хипотекарног права за земље у транзицији не предлажу избацавање судова из поступка намирења хипотекарног повериоца. Тако Европска банка за обнову и развој предлаже да суд треба имати своју улогу у поступку реализације хипотеке ако дужник оспорава висину, постојање или доспелост обезбеђеног потраживања при чему овај судски поступак по

---

не може спровести у овако кратком периоду када се ради о некретници која служи за становање, јер постоји посебна заштита корисника финансијских услуга, која омогућава суду да у оправданим ситуацијама (у случају болести, губитка посла или развода) одложи вансудску продају и исељење корисника кредита у периоду не мањем од 39 недеља па до две године. Вид. Roger J. Smith, *Property Law*, London – New York, 1998, стр. 568–569.

33 Вид. European Bank for Reconstruction and Development, *нав. дело*, стр. 40, фн. 5. Истраживање Удружења немачких фанбриф банака (*Verband Deutscher Pfandbriefbanken*) је указало на недостатак истраживања Европске банке за обнову и развој у погледу дужине трајања поступка намирења стварноправних средстава обезбеђења, јер су се објављени подаци односили на ситуацију уколико дужник не оспорава наводе повериоца и не користи правна средства која му стоје на располагању. Према потпунијем истраживању Удружења немачких фанбриф банака уз Холандију, Србија јесте лидер у брзини спровођења поступка намирења. Вид. O. Stocker, R. Sturmer (red.), *нав. дело*, стр. 80–81.

34 Земљишни дуг се у немачкој пракси конституише у облику извршне исправе, али се поступак продаје непокретности мора спровести у судском извршном поступку сходно одредбама Закона о принудној продаји и принудној управи (*Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung: ZVG*). Земљишни дуг се судским путем реализовао и у државама које су га трансплантирале као што је то Словенија, вид. Томаж Керестреш, „Земљишни дуг у новом стварноправном уређењу Републике Словеније“, *Будимпештански симпозијум – Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе*, Бремен, 2003, стр. 144. Једино је у Србији предложено вансудско намирење земљишног дуга у Нацрту Законика о својини и другим стварним правима (НЗС), вид. Министарство правде Републике Србије, *Ка новом стварном праву Србије*, Београд, 2007. Вансудску реализацију земљишног дуга (вид. чл. 620 ст. 4 и 622 НЗС) сматрају изузетно либералном чак и немачки стручњаци, вид. Урлих Дробниг, „Мишљење о нацрту српског Законика о својини и другим стварним правима“, *Ка новом стварном праву Србије*, стр. 166.

приговору дужника треба бити хитан.<sup>35</sup> Студија Европске банке је показала да иако судови имају активну улогу у намирењу хипотеке у државама у развоју попут Летоније, Литваније, Естоније и Словеније извршење јесте ефикасно и карактерише га висок ниво правне сигурности.<sup>36</sup>

Наше хипотекарно право, како је већ описано, онемогућава судску заштиту хипотекарног дужника у поступку намирења, а како ни за стицање извршне исправе није потребно вођење парничног поступка, то представљамо једину државу у Европи у којој се намирење у коме дужник оспорава постојање, висину или доспелост обезбеђеног потраживања може спровести без икакве улоге суда. Да вансудско намирење хипотекарног повериоца у ЗОХ није на адекватан начин уређено није јединствен став само наше правне теорије, већ и страних експерата који раде на уједначавању стварних права обезбеђења на непокретностима у Европи, чије истраживање показује да у Србији хипотекарни дужници имају најнижи ниво права у поступку намирења у поређењу са свим европским државама. Процедура утврђења постојања и висине потраживања је веома једнострана код вансудског намирења хипотеке, те је сав терет доказивања да потраживање не постоји или не постоји у обиму како наводи поверилац пребачен на дужника без могућности судске заштите.<sup>37</sup>

#### IV Спорни елементи вансудског намирења хипотеке у пракси

Упоредно-правна анализа стварноправног обезбеђења потраживања у Европи указује да смо једина држава у којој суд нема никакву улогу у поступку намирења, осим уколико поверилац не покрене судски поступак извршења хипотеке. Повериоци обезбеђени вансудском хипотеком у Србији су у једном периоду кренули судским путем реализовати хипотеке услед техничке грешке у самом ЗОХ који је прописао да након вансудске продаје права доцнијих хипотекарних поверилаца остају резервисана.<sup>38</sup> Претежни став судске праксе до 2010. године био је да се вансудска хипотека не може реализовати у судском извршном поступку пре него што се добије адекватна извршна исправа, обзиром

- 35 European Bank for Reconstruction and Development, *нав. дело*, стр. 26-27. Уколико дужник не оспорава висину, постојање и доспелост обезбеђеног потраживања студија предлаже намирење без улоге суда.
- 36 European Bank for Reconstruction and Development, *нав. дело*, стр. 28.
- 37 Оваква процедура утврђивања потраживања, по истраживању Удружења немачких фанбриф банака представља најмањи ниво права који хипотекарни дужници имају на континенту, вид. О. Stocker, R. Sturmer (red.), *нав. дело*, стр. 64-65.
- 38 Вид. чл. 49 ЗОХ.

да је вансудска хипотека извршна исправа само за спровођење вансудског поступка намирења, што је био и првобитни предлог става судије известиоца по спорном правном питању грађанском одељењу највише судске инстанце.<sup>39</sup> Грађанско одељење Врховног касационог суда донело је закључак по коме вансудска хипотека има својство извршне исправе на основу које се може спровести судско извршење.<sup>40</sup> Врховни суд није разматрао могућност заузимања става да је повериоцима по вансудској хипотеци неопходно стицање извршне исправе у парничном поступку ради утврђења висине и доспелости обезбеђеног потраживања, јер овакав исход сматра повредом уставног права на имовину хипотекарног повериоца.<sup>41</sup> Како би се отклониле дилеме да ли је уговор о вансудској хипотеци извршна исправа, Законом о извршењу и обезбеђењу из 2011. године исти је изричито проглашен извршном исправом.<sup>42</sup> Преднацрт Грађанског законика прописује да уговор о хипотеци може бити закључен са својством извршне исправе у форми јавнобележничког записа, али је остало отворено питање да ли ће се дозволити вансудско намирење овако конституисане хипотеке.<sup>43</sup> Преднацрт је предвидео

39 Вид. Стојан Јокић, „Судска надлежност за провођење поступка извршења на основу извршне вансудске хипотеке као извршне исправе“, *Осамнаестито савейовање судија привредних судова Републике Србије – Радни материјал II*, Златибор, 2010, стр. 13–14.

40 Закључком Грађанског одељења Врховног касационог суда од 4.10.2010. године установљен је став да вансудска хипотека има својство извршне исправе из чл. 30 ст. 1 т. 3 ЗИП, иако су првостепени судови претежно одбијали предлоге за извршење на основу вансудске хипотеке сматравши да она није извршна исправа предвиђена чл. 30 ЗИП, вид. Врховни касациони суд, *Билтен Врховној касационој суда*, бр. 1/2010, стр. 102–113.

41 Веома занимљив став у погледу повреде уставних права код вансудског намирења хипотеке заузео је Врховни суд Шпаније пре 15 година. Иако је изменама шпанског Закона о хипотеци дозвољено намирење хипотеке преко нотара без икакве улоге суда, Врховни суд Шпаније је заузео становиште да се на овај начин крши уставно право грађана на приступ суду, те је одредбе о вансудском намирењу за потребе решавања предмета сматрао противуставним. Вид. Pedro Garido, *Real Property Law and Procedure in the European Union – report from Spain*, European University Institute, Florence, 2005, стр. 41–42.

42 Вид. чл. 13 ст. 1 тач. 1 Закона о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/11, 99/11, 109/13; даље у тексту: ЗИО). Према општем ставу теорије услови да неки правни акт стекне својство извршне исправе јесу његова појединачност, квалификованост (потичање од стране суда, државног органа или арбитраже), осуђујућност, подобност за извршење и законска предвиђеност правног акта као извршне исправе. Вид. Драгор Хибер (ур.), *Нови Закон о извршном поступку*, Београд, 2004, стр. 17–19. Иако уговор о хипотеци представља приватну исправу која не садржи већину ових елемената он је у ЗИО одређен као извршна исправа.

43 Вид. чл. 407–408 Преднацрта Грађанског законика који алтернативно предвиђа да се хипотека у форми јавнобележничког записа може реализовати вансудском продајом на начин предвиђен законом, ако тако уговоре странке.

могућност вансудског намирења хипотеке конституисане у форми извршне исправе, али је као алтернатива предвиђена могућност брисања одредби о вансудском намирењу.<sup>44</sup>

## V Противзаконити углавци у банкарској пракси код вансудске реализације хипотеке

Главни проблем вансудског намирења био је случај постојања хипотека нижег ранга, које се приликом продаје купцу нису брисале, уколико хипотекарни повериоци нижег ранга не буду намирени из продајне цене. Како су хипотекарни дужници често установљавали хипотеке нижег ранга у корист повезаних лица, омогућена је најпре реализација вансудске хипотеке у судском извршном поступку. Банкарска пракса је отишла корак даље решивши проблем хипотека нижег ранга на једноставан начин, стављањем у касније закључене уговоре о хипотеци углавк о забрани даљег залагања и отуђења хипотековане непокретности. ЗОХ прописује да су ништави углавци о забрани даљег залагања и отуђења оптерећене непокретности.<sup>45</sup> Међутим пракса банака у Србији, редовно користи углавке којим се хипотекарним дужницима забрањује накнадно залагање и отуђење хипотекованих непокретности. Практика која добија на замаху директно је супротна важећем ЗОХ, а својеврстан парадокс представља чињеница да је Влада Републике Србије усвојила закључке којима се налаже пословним банкама да приликом одобравања субвенционисаних стамбених кредита, уговор о хипотеци мора садржати ове углавке.<sup>46</sup> Клаузула о забрани накнадног залагања умањује кре-

44 Вид. чл. 438 Преднацрта Грађанског законика који предвиђа као могућност брисање одредби о вансудском намирењу хипотеке (чл. 434–438) која је конституисана у облику извршне исправе (чл. 408). Могућност брисања није предвиђена само за случај накнадног споразума, који је могуће закључити само по доспелости обезбеђеног потраживања (чл. 432, 445).

45 Вид. чл. 13 ст. 3 ЗОХ.

46 Закључком Владе Републике Србије бр. 420–981/2013 од 12.2.2013. године (доступно на адреси: [http://www.mod.gov.rs/multimedia/file/Program%20dugorocnog%20stamb\\_kreditiranja%20PVL%20za%202013.pdf](http://www.mod.gov.rs/multimedia/file/Program%20dugorocnog%20stamb_kreditiranja%20PVL%20za%202013.pdf), 1.7.2013) усвојен је Програм дугорочног стамбеног кредитирања професионалних војних лица Војске Србије за 2013. годину. Програмом је предвиђена обавеза пословних банака да у уговоре о кредиту унесу углавке о забрани даљег залагања и отуђења хипотековане непокретности. Закључком усвојени текст уговора о регулисању међусобних односа у пословима стамбеног кредитирања професионалних војних лица Војске Србије, по ком моделу су касније закључени уговор између пословних банака, РС и НКОСК у чл. 3 ст. 2 т. 2–3 предвиђа обавезу банака о уношењу наведених углавака у појединачне уговоре о кредиту. Програм дугорочног стамбеног кредитирања професионалних војних лица Војске Србије за 2014. годину, који је усвојен предвиђа исте ништаве одредбе у члану II став 2. Вид. Влада Републике Србије, *Програм дугорочног стамбе-*

дитни потенцијал хипотекарног дужника, те је због тога у готово свим развијеним европским државама, као и у већини држава у развоју њено уговарање ништаво.<sup>47</sup>

Преднацрт Грађанског законика у чл. 418 такође предвиђа ништавост клаузула о забрани даљег залагања и отуђења хипотековане непокретности.<sup>48</sup> Као алтернативу Преднацрт предвиђа могућност да се уговором о хипотеци дозволи забрана отуђења непокретности на период од пет година, која се уписује у регистар, али и код ове алтернативе клаузула о забрани накнадног залагања остаје ништава, што је решење које постоји у већини развијених правних система.<sup>49</sup>

## VI Закључак

Наше хипотекарно право налази се у лошем стању, јер постојећи систем вансудског намирења хипотеке у потпуности искључује улогу суда у реализацији хипотеке, што није случај ни у једној европској држави. Непостојање јасних законских захтева за дефинисањем обима обезбеђеног потраживања код хипотеке, има за последицу да банке често крше начело специјалности обезбеђеног потраживања. Овај правни вакуум доводи до ситуације да банке често исказују свој губитак након вансудске продаје хипотекованих непокретности, јер им позитив-

---

*ној кредитирања професионалних војних лица Војске Србије за 2014 годину*, доступно на адреси: <http://www.nkosk.rs/content/zakoni-i-uredbe-vlade-rs>, 1.7.2014. Клаузула о забрани отуђења и оптерећења хипотековане непокретности може се разумети са становишта државе да субвенционисаним кредитима жели решити стамбено питање угроженим категоријама, па се овим углавком жели избећи кредитирање лица која би овакве кредите користила ради трговине становима. Међутим иако се за проглашење ове клаузуле обвезном садржином хипотекарних уговора могу наћи разумни социјални мотиви, то се не може оправдати доношење закључака Владе РС који су садржински у овим деловима директно супротни важећем ЗОХ. Посебно штетан може бити углавком о превременом доспећу целокупног износа кредита, који се активира уколико залогодавац прекрши забрану отуђења и накнадног залагања, јер исти може узроковати неосноване хипотекарне продаје и лавину пратећих проблема, обзиром да би у таквом случају продаја била спроведена због прекршаја ништавог углавком уговора о хипотеци.

47 Чешко, хрватско, естонско, пољско, словеначко и наше право прогласиле су клаузулу забране накнадног залагања (*negative pledge clause*) ништавом. Клаузула забране даљег залагања дозвољена је у Мађарској и Словачкој, али нема стварноправно дејство, те уколико сопственик ипак успостави хипотеку нижег ранга биће дужан да исплати штету хипотекару. Клаузула забране даљег залагања је дозвољена и има стварноправно дејство у Русији, Казахстану и Румунији, Вид. European Bank for Reconstruction and Development, *нав. дело*, стр. 20.

48 Вид. чл. 418 Преднацрта Грађанског законика.

49 Вид. чл. 418 (алтернатива) Преднацрта Грађанског законика.

но право дозвољава спровођење продаја по ценама које су знатно ниже од тржишних. Колико је оваква ситуација економски лоша говори статистички податак да су код 3/4 реализованих хипотека за обезбеђење стамбених кредита у 2013. години банке приказале нето губитак. Након тога банке су наплаћивале исти губитак по основу осигурања од Републике Србије (преко НКОСК, која је у апсолутном власништву Републике Србије), који је просечно по једном кредиту износио нешто више од 23.000,00 евра. Вансудско намирење хипотеке доприноси нестабилности домаћег хипотекарног тржишта и узрокује значајне економске губитке хипотекарним дужницима и Републици Србији. Зарад успостављања правне сигурности у нашем правном и привредном оквиру погодна решење у будућем Грађанском законнику било би укидање могућности уговарања вансудске продаје хипотековане непокретности, осим у случају постизања споразума о вансудском намирењу након доспелости обезбеђеног потраживања.

**Srđan STOJILKOVIĆ, M.A.**

**Assistant Judge, Commercial Court in Požarevac**

## **EXTRAJUDICIAL ENFORCEMENT OF HYPOTHEC IN THE NEW SERBIAN CIVIL CODE**

### **Summary**

*Extrajudicial enforcement of hypothec in practice so far proved to be very problematic, so in the future Serbian Civil Code extrajudicial enforcement of hypothec should be abolished or substantially reformed, in order to establish legal equality in relations between creditors and debtors. Draft Civil Code of the Republic of Serbia provides two options in terms of extra-judicial settlement of the hypothec. One is that the out of court sale of real estate may be permitted if the hypothec constituted in the form of an executive title in shape of a notarial records. Another solution is the legal possibility of contracting out of court enforcement hypothec between the creditor and the debtor, but only after the maturity of the secured claim.*

**Key words:** *extrajudicial enforcement of hypothec, interest, home secured loans, Draft Civil Code of the Republic of Serbia.*



**Александра ВИШЕКРУНА, мастер  
истраживач приправник у Институту за упоредно право**

## **ПРАВО ПРАВНОГ ЛИЦА НА НАКНАДУ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ**

### **Резиме**

*Питање накнаде нематеријалне штете је увек интересантна тема која је током историје рађала бројне дилеме и која и данас заокупља највишу правничку јавност. Савремене тенденције у уопштем праву указују на ширење персоналне домена права на накнаду нематеријалне штете. Наиме, све више земаља се окреће ка идеји да и правним лицима треба признати право на заштиту њихових нематеријалних добара, а посебно кроз гарантовање права на новчану накнаду нематеријалне штете. У праву Србије тренутно законско решење не следи ово настојање, иако да Преднацрт Грађанског законика доноси заокреп о овом питању и усклађује се са савременим токовима у европском и међународном праву. У раду је посебан осврт дај на повреду условног улога и права на суђење у разумном року, где се јављају најчешће повреде.*

**Кључне речи:** *накнада штете, правна лица, нематеријална штета, Преднацрт Грађанског законика, Закон о облигационим односима.*

## I Уводна разматрања

Проблематика накнаде нематеријалне штете, обележена дугогодишњим превирањима у погледу њене оправданости, резултирала је схватањем да овај институт треба да нађе своје место у окриљу облигационог права и да је оправдано накнадити штету за бол или страх који је неко лице претрпело. Како време неумитно тече и друштво се постепено развија, правна мисао одлази корак даље и поставља питање да ли су физичка лица једина којима треба признати право на накнаду нематеријалне штете. Неспорно је да правна лица немају срце и душу, да попут физичких лица не могу да изгубе блиско лице, део тела, да осећају бол или страх. Ипак, питање је шта је са нематеријалним добрима која чине суштину тих ентитета, а која представљају основне атрибуте њиховог постојања и пословања у правном систему једне земље. Овде се, пре свега, мисли на репутацију и пословни углед који настаје дугогодишњим улагањем и залагањем, а чија повреда оставља трајне и тешко отклоњиве последице.

Судска пракса је, позивајући се на одредбе Закона о облигационим односима, махом стала на становиште да правном лицу није могуће досудити накнаду нематеријалне штете.<sup>1</sup> Међутим, како ниједна земља не може да постоји у вакуму, како се право развија и попушта под упливом стварности, постоји тенденција да се ова досадашња схватања превазиђу и да се утре пут новој пракси која би имала и своје законодавно утемељење. То се уочава и кроз предлог Грађанског законика који по први пут разматра ову могућност.<sup>2</sup> Тиме би наш правни систем кренуо пут решења земаља из окружења и следио међународну праксу у којој се одавно увредило становиште да правна лица имају права којима треба пружити заштиту, уважавајући, наравно, све особености њиховог постојања.

## II Право на накнаду нематеријалне штете

### 1. Персонални домен – два приступа

Питање персоналног домена правила о накнади нематеријалне штете везано је за начин на који се дефинише појам ове штете, а који се поларизује између субјективне и објективне концепције.

1 Закон о облигационим односима (*Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и *Службени листи СРЈ*, бр. 31/93; даље у фуснотама: ЗОО).

2 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, књига II, доступно на адреси: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>.

### а) Субјективна концепција

Субјективни приступ полази од тога да није довољно само да је дошло до повреде неког добра да би се могло рећи да је настала нематеријална штета, већ је неопходно да се штета манифестује кроз психички или физички бол или претрпљени страх.<sup>3</sup> Само у тим случајевима постојаће право на накнаду штете, тј. ова стања су нужни услов за потраживање накнаде и без њиховог постојања сматра се да штета није ни настала. Како штету представљају бол или страх, што су стања која правна лица по својој природи не могу доживети, теорија и пракса су браниле тезу да се правним лицима не може признати право на новчану накнаду нематеријалне штете.<sup>4</sup> Поборници ове тезе су истицали да се „услед немогућности да се утврди и определи висина материјалне штете решење покушава пренети на терен нематеријалне штете и фикције да и правно лице може трпети душевни бол и тиме стећи право на накнаду нематеријалне штете.“<sup>5</sup>

### б) Објективна концепција

Објективна концепција, пак, има другачију полазну основу. Сама повреда заштићеног добра је штета, док су претрпљени бол и страх само неке од могућих манифестација штетног догађаја, тако да је и без њиховог постојања могуће досудити накнаду штете.<sup>6</sup> Болови и страх које је неко претрпео у погледу кршења својих личних права нису више нужна карактеристика појма нематеријалне штете, већ су пре један од критеријума за мерење озбиљности кршења личних права и за одређивање износа

3 „Сама повреда личног добра не представља основ за досуђење накнаде оштећеном лицу. Да би се остварило право на накнаду, потребно је да се последице повреде манифестују у једном од видова нематеријалне штете, тј. да наступи штета у наведеним облицима (физички или психички бол или страх), под условом да јачина и трајање болова и страха или друге околности случаја то оправдавају (чл. 200 ст. 1 ЗОО).“ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. 5164/12 од 14.2.2013. године, *Билџен Апелационог суда у Новом Саду*, бр. 5/2013.

4 Мирослав Врховшек, Владимир Козар, „Нематеријална штета због нарушавања угледа правног лица“, *Бранич*, бр. 1–2/2010, стр. 92.

5 Илија Зиндовић, „(Не)комплетност правне регулативе неких видова нематеријалне штете“, *Правни животи*, бр. 11/08, стр. 701–702.

6 Марија Радевска, „Концепт на нематеријална штета – правна регулатива и правни тенденцији“, доступно на адреси: [https://eprints.ugd.edu.mk/1634/1/Концепт\\_на\\_нематеријална\\_штета\\_-\\_правна\\_регулатива\\_и\\_правни\\_тенденцији.pdf](https://eprints.ugd.edu.mk/1634/1/Концепт_на_нематеријална_штета_-_правна_регулатива_и_правни_тенденцији.pdf), 15.4.2015, стр. 14–15; Марко Барећ, „Појам и функције неимовинске штете према новом Закону о обвезним односима“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 56/2006, стр. 464; Aldo Radolović, „Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 1/2010, стр. 165.

нематеријалне штете, и у вези са тим, један од критеријума за избор облика њене накнаде.<sup>7</sup> Наравно, ни у овом случају, не значи да ће сваки вид штете бити покривен, већ ће моћи да се надокнади само она штета која испуњава законом прописане услове.<sup>8</sup> Прихватање објективне концепције отвара могућност ширења персоналног домена накнаде нематеријалне штете и на правна лица, јер појам штете престаје да се везује нужно само за психичке доживљаје, које ови субјекти због своје природе не могу искусити.

### в) Право Србије

Одштетно право Србије се сврстава у групу система који познају субјективно– објективну концепцију појма нематеријалне штете.<sup>9</sup> Наиме, у нашем облигационом праву преовлађује субјективна концепција, тј. нематеријална штета се дефинише као наношење другоме физичког или психичког бола или страха.<sup>10</sup> Међутим, када је реч о неновчаној накнади нематеријалне штете, не спомиње се трпљење болова или страха као нужни предуслов за досуђивање накнаде, већ је довољно да је дошло до повреде правом заштићеног добра, што су трагови објективног приступа у нашем праву.<sup>11</sup> Из реченог се извлачи закључак да се само физичка лица могу појавити као оштећена када се досуђује новчана накнада неимовинске штете, док се приликом досуђивања неновчане накнаде не прави разлика између правних и физичких лица.<sup>12</sup>

## 2. Заштићено добро – типични штетни догађаји

### а) Повреда њословној уїледа

Добар пословни углед, добра репутација, сигурно спадају у ред највећих вредности које један привредни субјект поседује. То је онај елемент постојања којим се он представља јавности и који привлачи клијенте и отвара врата као новим пословима. Како се данас све више

7 Hrvoje Kačer, „Concept of non-material damage according to the Law on obligations of 1978 and comparison with the concept of the Croatian Law on obligations of 2005“, у: Radovan Vukadinović (ed.), *Thirty years of the Law on Obligations – de lege lata and de lege ferenda*, Kragujevac, 2008, стр. 271–272. Тако и М. Varetić, *нав. чланак*, стр. 472.

8 М. Varetić, *нав. чланак*, стр. 464.

9 Здравко Петровић, „Накнада нематеријалне штете досуђивање правичне накнаде“, *Правни информатор*, бр. 5/2013, стр. 12.

10 ЗОО, чл. 155.

11 З. Петровић, *нав. чланак*, стр. 12.

12 *Ibid.*, стр. 12.

шири утицај друштвених мрежа и медија, довољно је само неколико секунди па да добро име неког лица буде укаљано у светским размерама. Стога је неопходно да се пронађу адекватни механизми заштите овог добра.

Наша судска пракса је имала опречна схватања о праву правног лица на (превасходно новчану) накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа.<sup>13</sup> Спор је решен усвајањем становишта да правна лица немају право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, јер то није законом призната штета.<sup>14</sup> Наиме, „како последице повреда доброг пословног угледа правног лица немају своју манифестацију ни у једном од правно признатих видова нематеријалне штете, односно како је накнаду штете могуће признати само за ону нематеријалну штету коју закон као такву познаје, неоснован је захтев (...) правног лица за накнаду такве штете.“<sup>15</sup> У одлукама се не спори да и правно лице има углед, једно од најважнијих права личности, али се примењује субјективна концепција нематеријалне штете, према којој се њени видови испољавају кроз психичке доживљаје својствене искључиво физичким лицима.<sup>16</sup> Полази се од тога да се неимовинска штета код повреде угледа састоји не у умањењу угледа као таквом, већ у психичким патњама које отуда долазе, а правно лице није способно да такве патње осећа.<sup>17</sup>

Бројни закони су у својим одредбама признавали правном лицу право на накнаду нематеријалне штете, али како су упућивали на сходну примену одредаба Закона о облигационим односима о накнади штете, то је због напред изнетих ставова онемогућавало суд да правном

13 У пресуди Врховног суда Србије (Прев. 47/95 од 12. јула 1995. године) је признато право правном лицу на новчану накнаду нематеријалне штете у складу са чл. 200, ст. 2 ЗОО. Ипак, у већини других одлука, судови су стали на становиште да правно лице у тим случајевима нема право на накнаду нематеријалне штете јер то право искључиво припада физичком лицу, које је једино које може осећати бол или страх (Пресуда Вишег трговинског суда Пж. 7022/02 од 30. октобра 2002. године). Тако и нпр. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 611/01 од 25. децембра 2002. године. За детаљан приказ одлука којима се испољава дихотомија у приступу овом питању вид. Вера Марковић, „Нематеријална штета правног лица“, *Правни животи*, бр. 11/2008, стр. 658–659.

14 Правно схватање утврђено на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 5. II 2001. године, *Билтени судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2005, 3/2008 и 4/2008.

15 Пресуда Врховног касационог суда Прев-40/11 од 19. октобра 2011. године, *Билтен Републичкој јавној правобранилаштва*, бр. 2/2012.

16 М. Врховшек, В. Козар, *нав. чланак*, стр. 93.

17 Обрен Станковић, *Новчана накнада неимовинске штете*, 3. издање, Београд, 1968, стр. 87.

лицу и досуди новчану накнаду нематеријалне штете.<sup>18</sup> Из реченог произлази да у случају да неки пропис садржи аутономна правила којима гарантује право на накнаду нематеријалне штете правном лицу, судови ће исту и досуђивати, док када се прописи позивају на општа правила облигационог права, то неће бити могуће.

Закон о трговини је један од аката који установљава правни оквир у коме се и правним лицима признаје право на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа.<sup>19</sup> У случају непоштене тржишне утакмице, поред других средстава која му стоје на располагању, трговац<sup>20</sup> има право да захтева накнаду штете због повреде пословног угледа (како имовинске, тако и неимовинске). Суд ће досудити правичну новчану накнаду нематеријалне штете, ако нађе да околности случаја то оправдавају, а нарочито значај, трајање и интензитет повреде, ефекат повреде на пословање тужиоца, значај повређеног добра и циљ коме служи та накнада, водећи рачуна о томе да се накнадом не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.<sup>21</sup>

### *б) Повреда њрава на суђење у разумном року*

Честе повреде права резултирале су бројним поступцима које правна лица воде ради њихове заштите. Сваки правни систем настоји да пронађе одређене механизме којима ће омогућити сваком субјекту да на брз и ефикасан начин заштити своје интересе, а да то, пак, не иде на уштрб квалитета пружене заштите. Гарантовање ових заштитних механизма је одраз цивилизацијског напретка и правне културе и израз вредности за које се залаже међународна заједница.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода у члану 6, ставу 1 предвиђа право неког лица да се у разумном року одлучи о његовим правима и обавезама. Кључ за разумевање овог права лежи у речи „разуман рок“ – није реч само о брзом суђењу, већ о правичном поступку, који у светлу свих околности, треба да доведе до правилног решавања правно неизвесне ситуације у разумном временском периоду.<sup>22</sup> Разумна мера трајања поступка цени се у складу са специ-

18 За детаљну листу закона вид. В. Марковић, *нав. чланак*, стр. 659–660.

19 Закон о трговини (*Службени гласник РС*, бр. 53/2010 и 10/2013; даље у фуснотама: ЗОТ), чл. 50а.

20 Трговац се дефинише као правно или физико лице које испуњава услове за обављање продаје робе, односно услуга прописане законом. ЗОТ, чл. 2, ст. 1, тач. 2.

21 ЗОТ, чл. 50а, ст. 3.

22 Теа Горјанц-Прелевић (ур.), *Право на суђење у разумном року – Збирка изабраних пресуда Европског суда за људска њрава у случајевима ѡрошив Босне и Херцеѡови-*

фичним околностима сваког предмета, а на основу мерила утврђених у пракси Суда: сложености предмета, понашања подносиоца представке, поступања надлежних власти, и значаја одлуке у предмету за подносиоца представке.<sup>23</sup> То подразумева да је разумна дужина трајања поступка релативна категорија која зависи од низа чинилаца који се морају узети у обзир у сваком појединачном судском поступку.<sup>24</sup>

Решавање овог питања је посебно значајно, јер је једна од најчешћих околности због којих је Србија била тужена (и губила спорове) пред Европским судом за људска права везана управо за повреду овог права.<sup>25</sup> У наведеним споровима, суд је сматрајући да констатација да је учињена повреда права није довољна, правним лицима признавао право на накнаду нематеријалне штете због повреде права на суђење у разумном року. Случај Србије није усамљен у јуриспруденцији суда тако да се у последњој деценији више него једном ово питање разматрало пред овим телом.<sup>26</sup> Управо зато увек постоји настојање да се пронађу механизми за брже и квалитетније доношење судске одлуке па се бројне правне реформе спроводе са том идејом.<sup>27</sup>

---

не, Хрвајске, Македоније, Словеније и Србије, Сарајево, 2009, стр. 16. „Сложеност чињеничних и правних питања у предмету, понашање подносиоца уставне жалбе као странке у поступку, поступање надлежних органа који воде поступак, као и значај права о коме се у поступку одлучивало за подносиоца уставне жалбе, представљају основне чиниоце који утичу на оцену да ли је у конкретном случају поступак окончан у оквиру разумног рока или не“, Одлука УС број – Уж-1063/2008 (Сл. гласник РС, бр. 26/2011, од 15.4.2011), пар. 5.

23 Т. Горјанц-Прелевић, *нав. дело*, стр. 29.

24 Стојан Јокић, „Право привредног субјекта и правног лица на накнаду штете због повреде права на правично суђење, суђење у разумном року и накнада нематеријалне штете“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 1/2014, стр. 130.

25 То су пресуде у предметима: *Предузеће ЕВТ и ројив Србије* (представка бр. 3102/05 од 21. јуна 2007), *Самарцић и АД Пластика и ројив Србије* (представка бр. 28443/05 од 17. јула 2007), *Предузеће ЗИТ и ројив Србије* (представка бр. 37343/05 од 27. новембра 2007).

26 Први случај у коме је Суд признао право правном лицу на накнаду нематеријалне штете због повреде права на суђење у разумном року је *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, док је ово право компанији признато први пут у случају *Comingersoll S.A. v. Portugal*. Један од случајева који је у последњих неколико година изазвао велику пажњу светске јавности је тужба руског нафтног гиганта против матичне земље због повреде више права, укључујући и право на суђење у разумном року – *ОАО Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*.

27 У циљу што потпуније заштите овог права у Србији је 2015. године усвојен предлог Закона о заштити права на суђење у разумном року. Текст предлога доступан је на адреси: [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/926-15.%20lat.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/926-15.%20lat.pdf).

### 3. Облици накнаде нематеријалне штете

Након што се утврди да је неко лице претрпело штету и да су испуњени сви услови за њену накнаду, значајно је одредити који је најадекватнији начин да се отклоне последице штетног догађаја. Приликом доношења одлуке судови имају две могућности – досуђивање одређеног износа новчане накнаде или „поправљање“ штетног догађаја кроз одређене неновчане мере (махом мере публицитета). Ова два начина не би требало међусобно да се искључују, тако да је за исту имовинску штету могуће кумулација оба облика поправљања штете.<sup>28</sup>

#### а) Новчана накнада нематеријалне штете

Једно од најспорнијих питања у материји накнаде нематеријалне штете је одувек било да ли је оправдано досуђивати новчану накнаду лицима која су ту штету претрпела.<sup>29</sup> Могућност досуђивања овог облика накнаде везана је концепцију појма нематеријалне штете коју законодавац прихвата, као и за саму редакцију норме која регулише питање новчане накнаде. Наш закон је у великој мери сузио могућност остваривања правичне новчане накнаде за нематеријалну штету. Наиме, прихватајући субјективну концепцију, право на накнаду везано је искључиво за психичке доживљаје (и то одређеног интензитета), чиме се правна лица искључују из реда субјеката којима се може досудити ова накнада. Прихватање објективне концепције нематеријалне штете доноси заокрет у овом погледу. Како се штета манифестује у повреди заштићеног добра, ствара се основ да се и правним лицима досуди правична новчана накнада за повреду права личности.<sup>30</sup>

Један од аргумената против досуђивања новчане накнаде правним лицима био је повезан са функцијом накнаде која се доживљавала као сатисфакција за претрпљене болове и страх. Како се постепено објективизује појам нематеријалне штете, функција сатисфакције постаје мање значајна, а замењује је компензацијска функција.<sup>31</sup>

28 М. Baretić, *нав. чланак*, стр. 470.

29 О основаности досуђивања новчане накнаде нематеријалне штете вид. О. Станковић, *нав. дело*, стр. 26–39.

30 „...неимовинску штету представља већ сама повреда права личности. А будући да је данас неспорно да и правна лица могу имати одређена права личности, логична је последица новоприхваћеног концепта неимовинске штете да и правна лица имају право на правичну новчану накнаду такве штете.“ М. Baretić, *нав. чланак*, стр. 472–473.

31 М. Baretić, *нав. чланак*, стр. 490–491.



### б) Неновчана накнада нематеријалне штете

Док је правним лицима одрицано право на новчану накнаду за претрпљену нематеријалну штету, углавном није било спорно да се циљ накнаде може постићи одређеним видовима неновчане накнаде, пре свега различитим мерама публициитета.<sup>32</sup> Иако је ова могућност постојала од самог доношења закона, сматра се да она није довољно коришћена у пракси, а посебно део норме који омогућава да суд нареди „што друго чиме се може остварити сврха која се постиже накнадом“.<sup>33</sup> Сматра се да ову праксу треба изменити, „јер право личности и неимовинска штета не оправдавају новчано поправљање увек и под сваку цену. Напротив, морамо се приближавати начелу да се у правилу неимовинска штета поправља неимовинским средствима“.<sup>34</sup>

## III Решења у праву бивших југословенских република

Како су све бивше југословенске републике имале исти облигационоправни систем док нису започеле са законодавним реформама, увек постоји нужна потреба да Србија своје место у уређењу неког института одреди управо спрам тих држава. Може се уочити да су ове земље изменама својих облигационих прописа предвиделе могућност да се и правно лице нађе у улози оштећеног у случајевима повреде нематеријалних добара.

### 1. Хрватска<sup>35</sup>

Хрватски законодавац је, усвајајући нови пропис у области облигационих односа, начинио заокрет у погледу дефинисања појма нематеријалне штете, одређујући је као повреду „права личности“ (тј. права личности).<sup>36</sup> Новим концептом неимовинске штете персонално

32 Вид. Пресуда Уставног суда Хрватске, бр. У-III-1558/2000 од 19. фебруара 2004. године, пар. 5. „Оно што је овде правни интерес правног лица јесте управо заштита његовог угледа схваћеног као таквог, као мишљење које трећа лица имају о њему. Средства која служе остварењу тог циља јесу разне мере публициитета, као што је објављивање пресуде, објављивање одговора, објављивање исправке и сл.“; О. Станковић, *нав. дело*, стр. 88.

33 А. Radolović, *нав. чланак*, стр. 154.

34 А. Radolović, *нав. чланак*, стр. 160. Вид. Решења Вишег трговинског суда, Пж. 6348/08 од 29.1.2009. године.

35 *Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine*, бр. 35/05, 41/08 и 125/11; даље у фуснотама: хрватски ЗОО).

36 Хрватски ЗОО, чл. 1046.

поље примене се шири у корист оштећеног лица<sup>37</sup> – права личности се признају и физичким и правним лицима, с тим што правна лица не могу имати она права која су везана за биолошку суштину физичког лица. Као права правних лица обухваћена појмом права личности, наводе се право на углед и добар глас, част, име, односно фирму, пословну тајну, слободу привређивања и др.<sup>38</sup> Може се уочити да су права наведена *exempli causa* и да њихова листа није коначна, тако да се њихов корпус може проширити и другим правним актима.<sup>39</sup>

Закон признаје право на накнаду неимовинске штете у неновчаном<sup>40</sup> и новчаном облику.<sup>41</sup> Када је реч о новчаној накнади неимовинске штете, она се досуђује ако то тежина повреде и околности случаја оправдавају. За правна лица се као штетан догађај посебно наводи повреда угледа, али се наглашава да повреда и других права може бити повод за досуђивање овог вида накнаде. Неновчани видови накнаде штете обухватају објављивање пресуде, односно исправке, повлачење изјаве којом је повреда учињена, или нешто друго чиме се може остварити сврха која се постиже правичном новчаном накнадом, а све на трошак штетника.

## 2. Словенија<sup>42</sup>

У решавању проблематике одређивања појма нематеријалне штете, словеначко право је у основи остало на трагу старих решења, уз додавање једног новог елемента. Облигациони законик Словеније одређује нематеријалну штету као доношење физичког или психичког бола или страха другом лицу, али и као повреду угледа (репутације) правног лица.<sup>43</sup> Новчана накнада нематеријалне штете може се досудити због нарушавања доброг имена или репутације правног лица и њен износ ће зависити од значаја повређеног добра и сврхе која се постиже накнадом.<sup>44</sup> Накнада нематеријалне штете може се остварити путем објављивања пресуде или исправке, повлачењем изјаве којом је повреда учињена, или на други начин којим се може остварити сврха која се постиже новчаном накнадом.<sup>45</sup>

37 М. Varetić, *нав. чланак*, стр. 471.

38 Хрватски ЗОО, чл. 19, ст. 3.

39 М. Varetić, *нав. чланак*, стр. 466 и 467.

40 Хрватски ЗОО, чл. 1099.

41 Хрватски ЗОО, чл. 1100.

42 Obligacijski zakonik (*Uradni list RS*, бр. 83/01; даље у фуснотама: ОЗ).

43 ОЗ, чл. 132.

44 ОЗ, чл. 179.

45 ОЗ, чл. 178.

### 3. Црна Гора<sup>46</sup>

Црногорско право у погледу својих решења комбинује приступ хрватског и словеначког права. Наиме, правном лицу се досуђује накнада у случају повреде угледа (као у словеначком праву), али и за повреду права личности (што је приступ који усваја хрватско право). Правно лице има право на правичну новчану накнаду ако суд процени да то тежина повреде и околности случаја оправдавају, независно од накнаде имовинске штете,<sup>47</sup> док се неновчана накнада уређује на исти начин као и у хрватском и словеначком праву.

### 4. Македонија<sup>48</sup>

Македонија је свој пропис о облигационим односима донела 2001. године, али је тек изменама из 2008. године напустила субјективни приступ у дефинисању појма нематеријалне штете коју је познавао Закон о облигационим односима из 1978.<sup>49</sup> Нематеријална штета сада се дефинише као повреда личних права.<sup>50</sup>

У погледу правних лица, суд има право да досуди правичну накнаду, независно од накнаде материјалне штете, као и у њеном одсуству, ако је дошло до повреде права на углед правног лица или других личних права, а тежина повреде и околности случаја то оправдавају.<sup>51</sup> Неновчана накнада се остварује на исти начин као и у праву других бивших југословенских република.

## IV Јуриспруденција Европског суда за људска права

Приликом разматрања будућих праваца развоја нашег права, не треба занемарити ни чињеницу да се кроз праксу Европског суда за људска права (у даљем тексту: Суд) јасно показало да међународна заједница заузима становиште да и правна лица уживају право на заштиту својих нематеријалних добара. Како је Србија чланица Савета Европе и потписница Европске конвенције за заштиту људских права

46 Закон о облигационим односима (*Службени лист Црне Горе*, бр. 47/08 и 04/11; даље у фуснотама: ЗОО ЦГ).

47 ЗОО ЦГ, чл. 207.

48 Закон за облигациони односи (*Службен весник на Р. Македонија*, бр. 18/01, 4/02, 84/08, 81/09).

49 М. Радевска, *нав. чланак*, стр. 14.

50 Закон за облигациони односи, чл. 142.

51 Закон за облигациони односи, чл. 189, ст. 3.

и основних слобода,<sup>52</sup> јасно је да одлуке овог суда имају значај за нашу земљу.

Прво питање које се поставило у погледу положаја правних лица пред Судом је било да ли се уопште и може говорити о њиховом праву да подносе представке, јер из самог назива овог тела произлази да му је главни задатак заштита људских права, тј. права живих бића.<sup>53</sup> Иако се правна лица експлицитно спомињу само у једном делу Конвенције (Протокол 1 уз Конвенцију), сматра се да она имају право да се обрате Суду као „невладине организације“ (енгл. *non-governmental organizations*).<sup>54</sup>

Друго питање које се појавило у пракси Суда је које су одредбе о људским правима примењиве на корпоративну сферу. Углавном, највећи број права гарантованих Конвенцијом може да штити и интересе компанија.<sup>55</sup> Реч је о свим правима која су спојива са природом правних лица.<sup>56</sup> У првом реду то су процесна права (чл. 6, 7, 13 и 18), затим право на мирно уживање имовине (протокол 1), заштита од дискриминације (чл. 14) и слобода удруживања (чл. 11). За друга права је требало више времена да прошире персонални домен – слобода изражавања (чл. 10), право на приватност (чл. 8) и право на новчану накнаду нематеријалне штете (чл. 41).<sup>57</sup>

Прва пресуда у којој је Суд позитивно оценио право привредног друштва на накнаду нематеријалне штете била је у предмету *Comingersoll S.A. v. Portugal*.<sup>58</sup> Суд је истакао да ће досуђивање нематеријалне штете правном лицу зависити од околности сваког конкретног случаја<sup>59</sup> и да не може да се искључи право компаније на накнаду нематеријалне штете.<sup>60</sup> Основни критеријуми који су у овом случају узети у разматрање

52 Србија је конвенцију ратификовала 2003. године. Текст закона о ратификацији је објављен у *Службеном листу СЦГ – Међународни ујовори*, бр. 9/2003.

53 Zlata Đurđević, „Правна особа као окривљеник: темелјна права и представљање“, *Hrvatski ljetopis za kazneno право i praksu*, бр. 2/2005, стр. 742.

54 Winfried van den Muijsenbergh, Sam Rezai, „Corporations and the European Convention on Human Rights“, *Global Business & Development Law Journal*, no. 1/2012, стр. 48.

55 Marius Emberland, „Protection Against Unwarranted Searches and Seizures of Corporate Premises under Article 8 of the European Convention on Human Rights: The Colas Est SA v. France Approach“, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25:77, 82(2003), стр. 83. За критике признавања ових права компанијама вид. W. van den Muijsenbergh, S. Rezai, *нав. чланак*, стр. 52.

56 Вид. M. Emberland, *нав. чланак*, стр. 84–86. W. van den Muijsenbergh, S. Rezai, *нав. чланак*, стр. 49–51.

57 За више детаља вид. W. van den Muijsenbergh, S. Rezai, *нав. чланак*, стр. 52, фн. 49 и стр. 54–58.

58 *Comingersoll S.A. v. Portugal* (представка бр. 35382/97 од 6. априла 2000. године).

59 *Comingersoll S.A. v. Portugal*, пар. 32.

60 *Comingersoll S.A. v. Portugal*, пар. 35.

су репутација компаније, неизвесност у погледу доношења одлука, поремећаји у управљању и на крају, иако у мањој мери, стрепње и неугодности које су изазване члановима управе.<sup>61</sup> Иако је међу члановима судијског тима постојала сагласност у погледу права правног лица на накнаду нематеријалне штете, један део судија је упутио замерку чињеници да се путем накнаде нематеријалне штете обештећује компанија за непријатности које су претрпели чланови њене управе.<sup>62</sup> Они су истакли да је компанија независни живи организам, заштићен као такав националним правом, чија права такође уживају аутономну заштиту у складу са Европском конвенцијом о људским правима. Сходно томе, Суд треба да прихвати „да компанија може да претрпи нематеријалну штету, не због нервозе или неизвесности коју осећају њени људски делови, већ због тога што као правно лице у друштву у коме послује има атрибуте, као што је сопствена репутација, који могу бити оштећени радњама или пропуштањима државе“.<sup>63</sup>

## V Грађански законик – весник нових промена

Грађански законик као свеобухватна кодификација целокупног грађанског права Србије је својеврсна сублимација свега што се показало као добро у досадашњој примени закона, оног што је изнедрила судска пракса, теоријска дискусија, са ослонцем на решења других права. Законик даје себи задатак да одговори на тенденције у модерном праву, на нова решења и ставове који готово свакодневно настају на правничком хоризонту, тако да кроз своја решења настоји да испрати све промене у поимању одређених института и да оно што је оправдано и сврсисходно прихвати у своје окриље.

Једно од питања око кога су се дуго „ломила копља“ и које је у теоријским расправама делило научнике је везано за право правног лица на накнаду нематеријалне штете. Јасно је да правно лице не може у свему да се изједначи са физичким, нити је то потребно, али се не сме занемарити да оно постоји као реалност у правном систему једне земље. Ако се правном лицу признају права и намећу обавезе у свакодневним пословним активностима, неопходно је пружити механизме заштите тим правима. Настојећи да привредни систем постави у складу са најсавременијим трендовима, Грађански законик креће пут увођења

61 *Comingersoll S.A. v. Portugal*, пар. 35.

62 *Concurring opinion of judge Rozakis joined by judges Sir Nicolas Bratza, Caflisch and Vajić, Comingersoll S.A. v. Portugal*, стр. 10–11.

63 Вид. и одлуку у случају *Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy* (представка бр. 38433/09 од 7. јуна 2012), пар. 221.

једног од механизма заштите угледа и основних атрибута постојања правног лица и по први пут се у нашем праву на нивоу опште норме предлаже да се правном лицу призна право на накнаду нематеријалне штете.

Грађански законик предвиђа да правна лица имају право на правичну накнаду штете због повреде угледа или других вредности које произлазе из природе њиховог субјективитета.<sup>64</sup> Како је реч о потпуном заокрету у досадашњој логици пресуђивања, јасно је да ће бити потребан изванвременски период за прилагођавање. Због недостатка раније праксе, биће посебно тешко пронаћи одговарајућу границу и меру повреде угледа која би оправдавала досуђивање накнаде штете. Посебну тешкоћу може представљати део формулације појма заштићеног добра правног лица које се односи на „друге вредности“. Приликом тумачења ове синтагме, можемо у помоћ позвати одредбе хрватског закона који *exempli causa* наводи нека од добара правног лица која завређују заштиту (част, име, односно фирма, пословна тајна, слобода привређивања). Такође, не треба занемарити ни праксу Европског суда за људска права који је стао на становиште да бројне одредбе Конвенције могу да се примене и на правна лица (право на имовину, право на приватност, право на неповредивост дома, право на заштиту од дискриминације итд.). То су смернице које могу представљати корисну полазну основу приликом доношења првих одлука о заштити нематеријалних добара правних лица. Како време буде одмицало, пракса ће постајати све сигурнија у својим ставовима и даље ће, уочавањем проблема и потенцијалних опасности и нелогичности, наставити да буде инспирација законодавцу за будућа, унапређена решења.

**Aleksandra VIŠEKRUNA, M.A.**

**Research Assistant at the Institute of Comparative Law**

## **RIGHT OF LEGAL PERSON TO COMPENSATION OF NON-MATERIAL DAMAGE**

### **Summary**

*The question of non-material damage compensation has always been an interesting topic that throughout history brought numerous dilemmas and today still preoccupies many legal scholars. Modern tendencies in comparative*

64 Грађански законик Републике Србије – преднацрт, чл. 226.

*law show that personal domain of right on non-pecuniary damage indemnification was broadened. Namely, numerous countries accept the idea that this right should also belong to legal persons. Having in mind that current legal norm in Serbian law does not follow these tendencies, draft of Civil Code changes direction and harmonizes with modern tendencies in European and international law. This provides for legal persons to seek non-pecuniary damage indemnification mainly for violation of reputation and violation of right to trial within reasonable time.*

**Key words:** *compensation, legal persons, non-material damage, pre-draft of Civil Code, Law on Obligations.*

**Маша МИШКОВИЋ, мастер права**  
докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду

## ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД УГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ

### Резиме

*У раду се разматрају услови за ослобођење дужника од одговорности за штећу, коју је проузроковао неизвршењем уговора или задоцњењем у његовом извршењу. Основно питање које се поставља поводом оштите правила Закона о облигационим односима о ослобођењу од уговорне одговорности (чл. 263 ЗОО) јесте да ли се дужник може ослободити одговорности доказујући да није крив за штећу насталу због неизвршења обавезе или само ако докаже наступивање околности, које представљају вишу силу. Из уговора настављено питање се изводи закључак да ли је уговорна одговорност субјективна или објективна. Како би анализа била потпунија, аутор наводи примере појединих провинскоправних уговора (уговор о ускладиштењу, устаничешка осјава, уговор о превозу ствари, уговор о превозу лица), разматрајући одредбе ЗОО поводом ослобођења од уговорне одговорности код тих уговора. С обзиром на то да су поједина решења промењена у Преднацрпу Грађанској законика, аутор анализира и његове одредбе, како би се видело до којих ће промена доћи доношењем Грађанској законика и даје оцену нових решења.*

**Кључне речи:** уговорна одговорност, ослобођење од уговорне одговорности, виша сила, случај.



## I Појам уговорне одговорности

Уговорна одговорност је одговорност за штету насталу услед повреде неке раније постојеће обавезе.<sup>1</sup> Она постоји када је дужник проузроковао штету повериоцу из одређеног облигационог односа тиме што није испунио или је неправилно испунио своју обавезу.<sup>2</sup> Наиме, стране у облигационом односу су дужне да изврше своју обавезу и *одговорне су* за њено испуњење.<sup>3</sup> Неизвршењем обавезе стране крше наведено начело Закона о облигационим односима, а њихова одговорност се састоји у одговорности за штету, коју су тиме проузроковале.

Често се греша, па се каже да је уговорна одговорност – одговорност за неизвршење уговора или одговорност за неизвршење обавезе. Међутим, уговорна одговорност је *одговорности за проузроковану штету*, која је настала неизвршењем постојеће обавезе, без обзира на то из ког извора обавеза потиче.<sup>4</sup>

Израз „уговорна одговорност“ је уобичајен, али није сасвим одговарајући. Најчешће се ради о одговорности за штету, која настане повредом неке уговорне обавезе. Међутим, иста правила се примењују и ако штета настане услед повреде неке друге постојеће обавезе, независно од тога из ког извора је та обавеза настала. Због тога би бољи израз био „одговорност за штету насталу услед повреде постојеће обавезе“, иако се у теорији и пракси најчешће употребљава израз „уговорна одговорност“, пре свега због економије изражавања.<sup>5</sup>

До уговорне одговорности може доћи само повредом обавезе из *йуноважної* облигационог односа, пре свега из пуноважног уговора. Ако уговор није пуноважан, не може се радити о уговорној одговорности, већ само о вануговорној/деликтној одговорности за проузроковану штету.<sup>6</sup> Поред тога, уговарач који је крив за закључење ништавог уговора одговоран је своме сауговарачу за штету, коју трпи због ништавости

1 Живомир Ђорђевић, „Члан 262“, у: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Горњи Милановац, Крагујевац, 1980, стр. 757; Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 405; Слободан Перовић, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни животи*, бр. 3–4/2004, стр. 19.

2 Димитар Поп Георгиев, „Уговорна одговорност према Закону о облигационим односима“, *Анали Правној факултету*, бр. 3–5/1978, стр. 451.

3 Закон о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље у тексту: ЗОО), чл. 17 ст. 1.

4 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 405.

5 Ж. Ђорђевић, „Члан 262“, стр. 757.

6 Д. Поп Георгиев, *нав. чланак*, стр. 460.

уговора, ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узрока ништавости.<sup>7</sup> Дакле, ако је закључен непуноважни уговор, под наведеним условима може доћи до накнаде тзв. негативног уговорног интереса.

Неопходна претпоставка за примену правила о уговорној одговорности је постојање штете.<sup>8</sup> Код новчаних обавеза штета се претпоставља увек када обавеза није извршена, јер се сматра да би се новац увек могао корисно употребити (нпр. давањем на штедњу), али дужник може доказивати супротно – да поверилац није претрпео штету због тога што он није извршио своју новчану обавезу. Међутим, дужник новчане обавезе који задоцни са њеним испуњењем, не може се ослободити обавезе да повериоцу исплати законску затезну камату, јер по самом закону дугује повериоцу затезну камату, ако своју новчану обавезу измири у доцњи (чл. 278 ст. 1 ЗОО).<sup>9</sup> Претпоставка штете код неновчаних обавеза постоји код уговора о продаји у облику апстрактне штете, која је једнака разлици између цене у моменту закључења уговора и у моменту раскида уговора (разлика између уговорене и текуће цене).

Штета као последица повреде уговорне обавезе може настати или услед неизвршења обавезе или услед задоцњења у њеном извршењу.<sup>10</sup> Ако дужник није извршио обавезу онако како она гласи, поверилац је овлашћен да захтева испуњење обавезе.<sup>11</sup> Поред тога, поверилац има право да захтева и накнаду штете коју је услед тога претрпео.<sup>12</sup>

Ако је дужник задоцнио са испуњењем обавезе, разликују се две ситуације:

1. Могуће је да је дужник у доцњи и да *још увек није извршио* своју обавезу, када поверилац има право да захтева „и накнаду штете коју је услед тога претрпео“ (чл. 262 ст. 2 ЗОО). То значи да поверилац има право да захтева и извршење обавезе и накнаду штете насталу због задоцњења. Може се рећи да је у српском праву захтевање извршења

7 ЗОО, чл. 108.

8 *Ibid.* Поверилац има право на накнаду штете због неиспуњења уговорне обавезе, само ако докаже да је услед тог неиспуњења претрпео штету, вид. одлуку Вишег трговинског суда Пж. 1823/2005, нав. према: Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штећу*, Београд, 2013, стр. 46 фн. 133.

9 Вид. Решење Вишег трговинског суда Пж. 3569/2006 од 29.12.2006.

10 Постојање штете је заједничко за уговорну и деликтну одговорност (као и право на накнаду штете и захтев да је та штета произашла повредом обавезе); за сличности и разлике између уговорне и деликтне одговорности вид. С. Перовић, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, стр. 20–27.

11 ЗОО, чл. 262 ст. 1.

12 ЗОО, чл. 262 ст. 2.

правило, односно примарно право повериоца. За разлику од нашег права, *енглеско* право тежиште не ставља на извршење уговора, већ на накнаду штете.<sup>13</sup> Право на посебно испуњење/извршење уговорне обавезе у енглеском праву (*specific performance*) купац ће имати само у неким посебним случајевима. На пример, када продавац повреди уговор не-испоруком индивидуално одређене робе (*specific or ascertained goods*), суд може на захтев купца наложити посебно испуњење, ако сматра да је то одговарајућа мера.<sup>14</sup> У *америчком* праву код уговора о продаји робе, ако продавац повреди уговорну обавезу, купац ће имати право на посебно испуњење/извршење уговорне обавезе (*right to obtain specific performance*), ако је у питању уникатна роба или је правно средство купца неадекватно.<sup>15</sup> Суд ће најчешће наложити извршење уговорне обавезе када се ради о уметничким радовима, антиквитетима, ретким новчаницама и другим уникатним стварима.<sup>16</sup>

2. Ако је дужник *испунио своју обавезу*, али је закаснио са њеним испуњењем, формулација у ставу 2. члана 262. ЗОО („поверилац има право захтевати и накнаду штете“) је неприкладна, јер је у том случају право на накнаду штете једино повериочево право.<sup>17</sup>

## II Ослобођење од уговорне одговорности

### 1. Да ли је уговорна одговорност субјективна или објективна?

У правима већине држава уговорна одговорност је субјективна, односно дужник одговара за проузроковану штету по основу кривице.<sup>18</sup> Закон о облигационим односима уређује две ситуације у којима ће дужник бити ослобођен од одговорности. Прво, ако је дошло до делимичне или потпуне немогућности испуњења и ако ту немогућност није скривио, ако је наступила после његовог доласка у доцњу за коју одговара (чл. 262 ст. 4 ЗОО), али само под условом да докаже да би ствар која је предмет обавезе случајно пропала и да је он своју обавезу на време испунио (чл. 262 ст. 5 ЗОО). Друго, дужник ће се ослободити од одговорности, ако докаже да је до неиспуњења обавезе дошло због околности

13 Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1995, стр. 336.

14 Британски Закон о продаји робе из 1979. године (*Sale of Goods Act*), чл. 52 ст. 1.

15 Амерички Јединствени (Једнообразни) трговачки законик из 1952. године (*Uniform Commercial Code*), §2-716(1).

16 Henry Cheeseman, *Contemporary Business and Online Commerce Law*, New Jersey, 2009, стр. 457.

17 Ж. Ђорђевић, „Члан 262“, стр. 758–759.

18 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 408, 410.

насталих после закључења уговора које није могао спречити, ни отклонити или избећи (чл. 263 ЗОО).

Одговор на питање *како* дужник може да се ослободи уговорне одговорности зависи од тога да ли је уговорна одговорност субјективна или објективна. Ако је *субјективна*, дужник се ослобађа одговорности доказујући да није крив за штету. Могу се издвојити два начина ослобођења од одговорности. Први, дужник се ослобађа од одговорности, ако докаже стварни узрок штете (нпр. виша сила или случај). Други, дужник се ослобађа од одговорности, ако докаже да је пажљиво поступао, односно да је поступао са пажњом која се од њега захтевала, иако је узрок штете остао непознат. Ако је уговорна одговорност *објективна*, дужник се ослобађа од одговорности, ако докаже да је штета последица више силе, искључиве радње оштећеног или искључиве радње трећег лица.<sup>19</sup>

Већинско мишљење у српској правној теорији је да је уговорна одговорност субјективна.<sup>20</sup> Међутим, има и схватања да је уговорна одговорност објективна.<sup>21</sup> Разлог различитих ставова у теорији је последица формулације члана 263 ЗОО. Према овом члану „дужник се ослобађа одговорности и за штету, ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавеза због околности насталих после закључења уговора, које није могао спречити, отклонити или избећи“. Из наведене формулације може се закључити да постоје два услова која се морају испунити да би се дужник ослободио од одговорности: прво, да није испунио своју обавезу (односно да је закаснио са испуњењем обавеза) због околности насталих *после* закључења уговора, и друго, да те околности *није могао спречити, избећи или отклонити*.

#### а) *Околности настале после закључења уговора*

Околности услед којих дужник није могао да испуни своју обавезу или је закаснио са њеним испуњењем морају настати *после* закључења уговора. Дакле, мора се радити о накнадној немогућности испуњења. Ако би немогућност постојала већ у време закључења уговора, такав

19 Тодор Ачански, *Појам више силе у грађанском праву*, магистарски рад, Београд, 1977, стр. 163.

20 Ж. Ђорђевић, „Члан 262“, стр. 759–760; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, Београд, 1987, стр. 391; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, стр. 186; С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 504–505; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2011, стр. 439; Т. Ачански, *Појам више силе у грађанском праву*, стр. 156, 159, 160; Александар Јакшић, „Квалификација уговорне и вануговорне одговорности за штету“, *Правни живот*, бр. 9–10/1992, стр. 1210.

21 М. Караникић Мирић, *нав. дело*, стр. 45–62.

уговор не би ни настао, односно не би имао правно дејство, јер му је предмет немогућ.

Поред тога што околности морају наступити после закључења уговора, оне морају наступити и *пре* доласка дужника у доцњу. Ако би наступиле после његовог доласка у доцњу, не би дошло до ослобођења дужника од одговорности за проузроковану штету, јер дужник сноси ризик у доцњи.

*б) Околности које се нису могле спречити, избећи или оићклонити*

Формулација „околности које се нису могле спречити, отклонити или избећи“ је узрок размимоилажења у правној теорији, због тога што је законодавац пропустио да изричито уреди основ уговорне одговорности. Наиме, поставља се питање *ићи* се подразумева под околностима, које се нису могле спречити, избећи или отклонити. Одговором на ово питање долази се до закључка да ли је уговорна одговорност субјективна или објективна. Ако се под таквим околностима подразумева само виша сила, то значи да се дужник може ослободити од одговорности само ако докаже вишу силу, што би значило да је уговорна одговорност објективна. Ако се под таквим околностима подразумева и виша сила и случај, то значи да се дужник може ослободити одговорности доказујући и случај, што води закључку да је уговорна одговорност субјективна. Има аутора, који сматрају да доказивањем околности, које се нису могле спречити, ни отклонити или избећи, дужник доказује да *није крив*.<sup>22</sup>

У правној теорији се истиче да ЗОО не тражи да околности буду спољњег порекла, односно не тражи се да имају обележје више силе.<sup>23</sup> Тако се изјашњавао и Врховни касациони суд: „ЗОО не тражи да те околности имају карактер више силе. Околности само морају бити објективне природе. [...] Одредба члана 263 ЗОО првенствено подразумева објективне околности које су спречиле дужника да испуни своју уговорну обавезу, тј. околности које дужник није изазвао својим понашањем, него су наступиле мимо његове воље и мимо његовог деловања“.<sup>24</sup> Ако наведене околности представљају вишу силу, дужник ће се тим пре ослободити одговорности за штету насталу услед

22 Д. Поп Георгиев, *нав. чланак*, стр. 452–453.

23 Ж. Ђорђевић, „Члан 262“, стр. 761. Када су у питању уговорне облигације постоји оборива претпоставка да је дужник, који није испунио обавезу како је то уговорено, крив за неизвршење. Дужник може да доказује да није крив за неиспуњење, односно да обавезу није испунио из разлога који би га ослободио кривице – услед више силе или *случаја* [*ћрим. аући.*] или искључивом кривицом трећег лица, вид. О. Антић, *нав. дело*, стр. 77, 439.

24 Пресуда Врховног касационог суда Прев. 173/2011 од 9.2.2012. У наведеној пресуди се у образложењу истиче да „одговорност за штету која настане поводом дужности

неизвршења обавезе. Насупрот томе, друго мишљење у правној теорији је да околности, које се нису могле спречити, избећи или отклонити, обухватају само вишу силу, односно да само виша сила извињава дужника, што би значило да је његова одговорност објективна.<sup>25</sup> Овакво схватање у потпуности одговара формулацији, која у погледу наведених околности постоји у Скици професора Константиновића: „Дужник се ослобађа обавезе да накнади штету, ако докаже да је био спречен да испуни своју обавезу неким случајем *више силе*, или којим другим *странним узроком* за који он не одговара.“<sup>26</sup>

Једно од основних обележја *више силе* је *сиољашњост*: узрок штетних последица треба да буде *сиољан*, да долази споља као околност која није везана за субјекта, његову вољу и његову активност.<sup>27</sup> „Страни узрок“ из члана 208 Скице се може изједначити по значењу са изразом „спољњи узрок“, чиме се у овом члану изричито каже да се дужник може ослободити од одговорности доказујући само вишу силу, што води закључку да је према Скици уговорна одговорност објективна. Исти закључак би се могао извести и на основу пресуде Врховног суда Србије: „У случају штете проузроковане неизвршењем уговорне обавезе дужник обавезе *не може се ослободити одговорности доказујући да није крив*, већ само под условима из члана 263 ЗОО“.<sup>28</sup> Дакле, ако се дужник не може ослободити одговорности доказујући да није крив, онда је његова одговорност објективна.<sup>29</sup>

Уговорна одговорност у *енглеском* праву је објективна (*strict liability*) и наступа чим дужник повреди било коју уговорну обавезу – услов (*condition*), „гаранцију“ (*warranty*) или међууглавак (*intermediate term*).<sup>30</sup> Насупрот томе, у *руском* праву уговорна одговорност<sup>31</sup> је субјективна,

испуњења уговорне обавезе од стране дужника почива на *претпостављеној кривици* [*прим. аути*] дужника“.

25 М. Караникић Мирић, *нав. дело*, стр. 45.

26 Михаило Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1969 (даље у тексту: Скица), стр. 71, чл. 208.

27 Т. Ачански, „Виша сила“, у: Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић (ур.), *Енциклопедија имовинској права и права удруженој рада*, том III, Београд, 1978, стр. 734, 738.

28 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2962/1997 од 15.9.1997. Види и Решење Вишег трговинског суда Пж. 6802/2006 од 10.4.2007, где се суд изјаснио да екскулпација у смислу чл. 263 ЗОО подразумева само вишу силу.

29 М. Караникић Мирић, *нав. дело*, стр. 62.

30 Guenter Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford, 2004, стр. 314–315; Ewan McKendrick, *Contract Law*, Basinstoke, 2007, стр. 391; Н. Јовановић, *Кључне разлике између енглеској и српској уговорној права*, Београд, 2008, стр. 101.

31 Дужник је одговоран за штету коју поверилац претрпи услед неизвршења или неуредног извршења обавезе, вид. чл. 393 ст. 1 Грађанског законика Руске Федерације, доступно на адреси: <http://www.zakonrf.info/gk/ch1>.

односно заснована на кривици.<sup>32</sup> Међутим, Грађански законик РФ предвиђа строжу одговорност за предузетнике. Лице које обавља предузетничку делатност може да се ослободи одговорности само ако докаже да *није извршио обавезу услед више силе (непреодољива сила)*.<sup>33</sup> Бечка конвенција (Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе) не опредељује изричито основ уговорне одговорности. У члану 79 Бечке конвенције наводи се да, ако једна страна не изврши неку од својих обавеза, неће бити одговорна за неизвршење, ако докаже да је до неизвршења дошло због сметње која је била *ван њене контроле* и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу узме у обзир, *да избеће или савлада ипакв сметњу* и њене последице. Израз „узме у обзир“ у суштини значи „да предвиди“, па би се могло рећи да сметња мора имати карактеристике непредвидљивости и несавладивости. Поред тога, сметња мора бити „ван контроле“ уговорне стране (*beyond control*), што значи да мора имати јачу моћ од моћи посматраног субјекта (штетника).<sup>34</sup> Све наведене карактеристике указују на то да се у члану 79 ради о вишој сили, односно о ослобођењу од одговорности доказивањем више силе, па би требало закључити да је Бечка конвенција прихватила објективну одговорност. Још један аргумент за објективну одговорност је што Бечка конвенција не захтева кривицу дужника код права повериоца на накнаду штете, већ је једини услов за остваривање тог права било које (објективно) неизвршење дужникове обавезе.<sup>35</sup> У Бечкој конвенцији је концепција кривице као основа уговорне одговорности у *civil law* систему „замењена“ одговорношћу без кривице (*no-fault liability*) из *common law* система.<sup>36</sup>

32 Грађански законик РФ, чл. 401 ст. 1; Hiroshi Oda, *Russian Commercial Law*, Leiden, Boston, 2007, стр. 238.

33 Грађански законик РФ, чл. 401 ст. 3; Н. Oda, *нав. дело*, стр. 239.

34 Ако је околност слабије моћи од моћи субјекта, онда та околност представља случај. То што одређени субјект није у стању да спречи правно дејство случаја је то што га је околност, која се квалификује као случај, својим наступањем и дејством изненадила, па није могао да употреби своју моћ. Од случаја би се субјект могао одбранили употребом моћи којом располаже, када би обратио посебну пажњу на збивања око себе и у својој делатности, вид. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 162.

35 Joseph Lookofsky, „Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian’s Competing Approaches to Force Majeure and Hardship“, *International Review of Law and Economics*, Vol. 25, 2005, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky17.html>, 22.3.2015, стр. 435; Djakhongir Saidov, „Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, 2001, доступно на адреси: <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>, 22.3.2015.

36 J. Lookofsky, „Consequential damages in CISG Context“, *Pace International Law Review*, Vol. 19, 2007, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky18.html>, 22.3.2015.

Дилему која у нашој правној теорији постоји поводом основа уговорне одговорности, односно начина ослобођења од одговорности, није решио *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије* (у даљем тексту: Преднацрт). Члан 298 став 2 Преднацрта, који се односи на ослобођење дужника од одговорности, предвидео је исту формулацију која постоји у члану 263 ЗОО. Једина разлика је у томе што се у члану Преднацрта о ослобођењу дужника од одговорности (чл. 298) налази још један начин ослобођења, који је у ЗОО такође предвиђен, али у другом члану (чл. 262 ст. 5 ЗОО): дужник се ослобађа за штету, ако докаже да би ствар која је предмет обавезе случајно пропала и да је он своју обавезу на време испунио.<sup>37</sup>

У правној теорији се истиче да постоји и мишљење да је уговорна одговорност *мешовити*, односно да је то одговорност која није у потпуности ни субјективна ни објективна.<sup>38</sup> Разлог за овакво схватање је што се на први поглед кривица не захтева као услов одговорности: „Кад дужник не испуни обавезу или задоцни са њеним испуњењем, поверилац има право захтевати и накнаду штете коју је услед тога претрпео“ (чл. 262 ст. 2 ЗОО). Дакле, из ове формулације би се могло закључити да је потребна само повреда обавезе, не и кривица. Међутим, постоје друге одредбе у ЗОО, које указују на то да се кривица ипак узима у обзир, тако што се о кривици или непосредно говори или се говори о појединим степенима пажње, која се захтева у појединим врстама облигационих односа.<sup>39</sup> На пример, угоститељ дугује потпуну накнаду, ако му је гост предао ствар на чување, као и ако је штета настала *његовом кривицом* или кривицом лица за које он одговара (чл. 724 ст. 3 ЗОО). Учесник у облигационом односу дужан је да у извршењу своје обавезе поступа са пажњом која се у правном промету захтева у одговарајућој врсти облигационих односа – пажња доброг привредника, пажња доброг домаћина (чл. 18 ст. 1 ЗОО). Учесник у облигационом односу дужан је да у извршавању обавезе из своје професионалне делатности поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима – пажња доброг стручњака (чл. 18 ст. 2 ЗОО).

Може се рећи да се одговорност дужника разликује у зависности од тога да ли је закаснио у испуњењу обавезе или обавезу уопште није извршио. Када је у питању одговорност за штету насталу *због задоцњења у испуњењу обавезе*, наше право прихвата објективни појам доцње, јер ЗОО не помиње кривицу дужника као услов доцње, већ дужник долази

37 Упор. чл. 298 ст. 1 Преднацрта и чл. 262 ст. 5 ЗОО.

38 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 409; М. Караникић Мирић, *нав. дело*, стр. 59.

39 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 408–409.



у доцњу *када не испуни* обавезу у року одређеном за испуњење.<sup>40</sup> Поверилац не мора доказивати кривицу дужника због неизвршења, али би дужник могао да истиче вишу силу као разлог задоцњења, чиме би се могао ослободити од одговорности.<sup>41</sup> Према чл. 262 ст. 4 ЗОО дужник одговара и за делимичну или потпуну немогућност испуњења и ако ту немогућност *није скривио*, ако је наступила *после његовој доласка у доцњу* за коју одговара. Из наведене одредбе се види да кривица дужника није релевантна након његовог доласка у доцњу, па се може закључити да је одговорност за штету изазвану *задоцњењем* у испуњењу обавезе објективна.<sup>42</sup> Међутим, када је у питању одговорност за штету насталу зато што дужник *уојшише није извршио* уговорну обавезу, требало би закључити да је она ипак субјективна, односно да је заснована на претпостављеној кривици дужника. Остављајући по страни тумачење чл. 263 ЗОО поводом ослобођења дужника од одговорности, одговорност на основу кривице се „крије“ такође у чл. 262 ст. 4 ЗОО: „Дужник одговара и за делимичну или потпуну немогућност испуњења и ако ту немогућност *није скривио*, ако је наступила после његовог доласка у доцњу, за коју одговара“. Тумачењем *arguetum a contrario* долази се до закључка да дужник неће одговарати за немогућност испуњења, која је наступила *пре* његовог доласка у доцњу, ако ту немогућност *није скривио*. Дакле, кривица дужника је релевантна за неиспуњење уговорне обавезе, али ако је немогућност испуњења наступила пре његовог доласка у доцњу. То значи да би дужник могао да се ослободи одговорности, ако би доказао да *није крив* за немогућност испуњења.

Као што је наведено у претходном излагању, чл. 263 ЗОО је споран због формулације „околности настале после закључења уговора, које дужник није могао спречити, отклонити или избећи“. Да би се одговорило на питање да ли се те околности односе само на вишу силу или обухватају и случај, потребно је размотрити одредбу ЗОО, која се неспорно односи на вишу силу. Члан 177 ЗОО говори о ослобођењу од одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности (неспорно је да је то објективна одговорност), наводећи да се ималац ослобађа од одговорности, ако докаже да штета потиче од неког узрока који се налази *ван ствари*, а чије се дејство *није могло предвидети*, *ни избећи или отклонити*.

40 ЗОО, чл. 324 ст. 1.

41 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 504–505; С. Перовић, „Извршење уговорних обавеза и одговорност за неизвршење“, *Правни животи*, бр. 3–4/2008, стр. 11.

42 Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 101. Има аутора који штету изазвану задоцњењем у испуњењу обавеза изричито одређују као објективну, вид. Александар Јакшић, Срђан Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, Београд, 1995, стр. 188–189, наведено према: М. Караникић Мирић, *нав. дело*, стр. 55 фн. 156.

Већ је наведено да је једно од основних обележја више силе спољашњост – догађај више силе као узрок штете мора бити спољан у односу на опасну ствар,<sup>43</sup> односно мора бити ван ствари,<sup>44</sup> а тај израз постоји у члану 177 ЗОО. Поред спољашњости, обележја више силе су и *непредвидљивости* и *несавладивости*.<sup>45</sup> За разлику од више силе, случај је околност, чије се дејство, по правилу, може предвидети и спречити или избећи.<sup>46</sup> Поставља се питање да ли се непредвидљивост и несавладивост раздвајају, тако да је с једне стране, виша сила околност чије се дејство није могло предвидети, а с друге стране, околност чије се дејство могло предвидети и унапред знати, али се није могло спречити или избећи. Због везника „ни“ у чл. 177 ст. 1 ЗОО („чије се дејство није могло предвидети, *ни* избећи или отклонити“), чини се да је законодавац имао у виду кумулативност ових обележја, тако да је виша сила околност, чије се дејство није могло предвидети, а ни избећи или отклонити. Могуће је и да се ради о омашци законодавца, с обзиром на то да се у Скици користи везник „или“ („чије се дејство није могло предвидети *или* се није могло спречити или избећи“),<sup>47</sup> што би значило да наведена обележја више силе могу постојати алтернативно: виша сила је околност чије се дејство није могло предвидети, а ако се могло предвидети, није се могло избећи или отклонити. Вероватније је да се у ЗОО ради о омашци законодавца, јер би било престога да дужник одговара за предвидиву, а несавладиву вишу силу. Ипак би требало сматрати да је неотклоњивост централни елемент више силе.<sup>48</sup> Догађаји који се могу предвидети по правилу се могу и отклонити, а ако се не могу отклонити ирелевантно је да ли се могу предвидети или не.<sup>49</sup> Дужник ће бити одговоран ако одређени догађај предвиди, а не отклони га, иако је могао. Ако га не може отклонити, не би требало да буде одговоран без обзира на предвидљивост.<sup>50</sup> Независно од тога да ли ћемо сматрати да непредвидљивост и несавладивост морају постојати алтернативно или кумулативно, оно што је заједничко за ЗОО и Скицу је захтев да околност мора бити *ван ствари* да би се сматрала вишом силом.

43 Насупрот томе, мана ствари је унутрашње природе, тако да не улази у појам више силе, вид. Т. Ачански, „Виша сила“, стр. 738.

44 Т. Ачански, „Виша сила“, стр. 738; Мирко Васиљевић, *Одговорности железнице у домаћем и међународном превозу робе*, Београд, 1991, стр. 105.

45 Т. Ачански, „Виша сила“, стр. 735–736; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 158–159.

46 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 163.

47 Скица, чл. 137 ст. 1.

48 М. Васиљевић, *Одговорности железнице у домаћем и међународном превозу робе*, стр. 113.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.*, стр. 108.

<b>ВИША СИЛА</b>	
ЗОО (члан 177 став 1)	СКИЦА (члан 137 став 1)
<i>УЗРОК ВАН СТВАРИ</i>	<i>УЗРОК ВАН СТВАРИ</i>
чије се дејство није могло предвидети <i>ни</i> избећи или отклонити	чије се дејство није могло предвидети <i>или</i> спречити или избећи

Када формулацију из чл. 177 ст. 1 ЗОО упоредимо са формулацијом из чл. 263 ЗОО, видећемо да се у чл. 263 не наводи предвидљивост, а што је посебно важно, не спомиње се да околност мора бити *ван ствари*. Дакле, формулација из чл. 263 ЗОО се очигледно разликује од формулације из чл. 177 ЗОО, који се односи на вишу силу. Може се рећи да су околности из чл. 263 ЗОО *шире* дефинисане у односу на околности из чл. 177 ЗОО. То значи да „околности које дужник није могао спречити, отклонити или избећи“ не обухватају само вишу силу, већ и случај. Тако се изјашњава и наша правна теорија.<sup>51</sup>

Дакле, да би нека околност представљала вишу силу, она мора бити ван ствари, и да бисмо могли да тврдимо да је дужник објективно одговоран за неизвршење обавезе (односно да се може ослободити одговорности доказујући вишу силу), одредба закона би требало да садржи израз „ван ствари“.

Конечно, основ субјективне одговорности је кривица, али се поставља питање шта је основ објективне одговорности. Када је у питању одговорност за штету од опасне ствари и опасне делатности, одговорност се заснива на повећаном ризику од штете која би могла настати од опасне ствари или опасне делатности. Тај основ се не би могао употребити код уговорне одговорности, ако бисмо сматрали да је она објективна. Одговорност која не почива на кривици би се заснивала на изневеравању поверења које је поверилац имао у дужника, изневеравању очекивања повериоца, недржању дате речи од стране дужника.<sup>52</sup> Међутим, наведени разлози који би представљали основ уговорне одговорности без кривице постоје и када је у питању уговорна одговорност на основу кривице. Пошто је дужник крив, он треба да одговара за штету, коју је причинио неизвршењем своје обавезе, али је он тим скривљеним неизвршењем обавезе такође изневерио очекивања повериоца и поверење које је он имао у дужника. С обзиром на то да се наведени разлози појављују и код субјективне одговорности, тј. не

51 М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2012, стр. 71; О. Антић, *нав. дело*, стр. 77.

52 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *нав. дело*, стр. 409.

представљају *differentia specifica* објективне одговорности, остаје отворено питање шта би представљало основ уговорне одговорности, ако је она објективна.

У сваком случају, ако је штета настала, оштећени/поверилац има право да *бира* врсту грађанскоправне одговорности на основу које ће захтевати накнаду штете. То значи да не мора тражити накнаду штете по правилима уговорне одговорности, већ се може одлучити за накнаду штете по правилима вануговорне (деликтне) одговорности. Иако је тај пут тежи, могуће је да се поверилац као оштећени одлучи за такав вид накнаде штете.<sup>53</sup>

## 2. Ослобођење од одговорности код појединих трговинскоправних уговора

Прилике у којима долази до настанка штете се врло разликују, тако да се не могу сви случајеви штете подједнако третирати, тј. појединим групама случајева треба приступити сасвим различито. Због тога се у правној теорији истиче да ни једно начело не треба прогласити за једини основ одговорности, који би важио у свим случајевима настанка штете. Свако усвајање јединственог основа одговорности би било недовољно да покрије различитост ситуација у којима штета настаје.<sup>54</sup> Иако се аутори поводом основа уговорне одговорности опредељују између субјективне и објективне (мада постоји и схватање да је уговорна одговорност мешовита/субјективно-објективна), на примерима појединих трговинскоправних уговора се може видети да су заступљене обе врсте одговорности, односно оба основа одговорности, што је онда аргумент у прилог мешовите одговорности.

### а) Уговор о ускладиштењу

У правној теорији се истиче да је одговорност складиштара објективна,<sup>55</sup> односно да складиштар може одговорати и када је штета проузрокована случајем.<sup>56</sup>

53 *Ibid.*, стр. 163.

54 М. Константиновић, „Основ одговорности за проузроковану штету“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1–2/1976, стр. 139.

55 И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 446; други аутор наводи да складиштар не одговара за штету на роби која настаје дејством *више силе* [ирим. ауш.], кривицом оставодавца или због природног својства робе, из чега се закључује да аутор сматра да је одговорност складиштара објективна, вид. Иво Жувела, „План 731“, у: Борислав Благојевић, Врета Круљ (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1983, стр. 1665.

56 М. Васиљевић, *Трговинско право*, стр. 175.

Складиштар одговара за штету на роби, осим ако докаже да је штета проузрокована услед околности, које се *нису могле избећи или оићклонити*, или је проузрокована кривицом оставодавца, манама или природним својством робе, као и неисправном амбалажом.<sup>57</sup> Наведена формулација се у погледу „околности које се нису могле избећи или отклонити“ готово не разликује у односу на формулацију из чл. 263 ЗОО. Пошто се не спомиње спољна околност, насупрот преовлађујућем мишљењу, утисак је да те околности обухватају не само вишу силу, већ и случај, па би се могло закључити да је одговорност складиштара ипак субјективна. Поред тога, складиштар се може ослободити одговорности, ако је штета проузрокована манама или природним својством робе.<sup>58</sup> Мане и природна својства робе не спадају у вишу силу, јер представљају догађај унутрашње природе.<sup>59</sup> Када је у питању опасна ствар и опасна делатност, мана ствари не ослобађа од одговорности, без обзира на то што одговорно лице нема никакву кривицу у вези са њом.<sup>60</sup> Дакле, мане и природна својства робе можемо посматрати или као *случај* или као посебни/допунски начин ослобођења од одговорности. У оба случаја мане и природна својства робе не могу ослободити дужника објективне одговорности, што доводи до закључка да одговорност складиштара није објективна. Најзад, нигде се у чл. 731 ст. 1 ЗОО не наводе околности *ван ствари*, што је још један аргумент у прилог субјективне одговорности складиштара.

У *Преднацртју Грађанској законика* (чл. 974 ст. 1) формулација у погледу искључења одговорности складиштара се није променила, чиме Преднацрт није решио дилему која постоји у погледу основа одговорности складиштара.

### б) Угоститељска оштета

Угоститељ се сматра оставопримцем у погледу ствари које су гости донели и одговара за њихов нестанак или оштећење највише до износа утврђеног посебним прописом.<sup>61</sup> Одговорност угоститеља је искључена, ако су ствари пропале или оштећене услед околности, које се *нису могле избећи или оићклонити*, услед неког узрока у самој ствари, ако су неста-

57 ЗОО, чл. 731 ст. 1.

58 Роба која је ускладиштена са неадекватним својствима не ствара обавезу према складиштару на накнаду штете, вид. Пресуду Вишег трговинског суда Пж. 2142/2003 од 7.8.2003.

59 Т. Ачански, „Виша сила“, стр. 738.

60 *Ibid.*

61 ЗОО, чл. 724 ст. 1.

ле или оштећене понашањем самог госта, или понашањем лица која је он довео или која су му дошла у посету.<sup>62</sup>

У правној теорији се наводи да је угоститељева одговорност искључена, ако су ствари нестале или оштећене услед *више силе*, понашањем самог госта или понашањем трећег лица.<sup>63</sup> То значи да се сматра да „околности, које се нису могле избећи или отклонити“ представљају вишу силу, што би водило закључку да је одговорност угоститеља објективна. Међутим, исти аутор наводи да је одговорност угоститеља уговорна одговорност,<sup>64</sup> а заступа становиште да је уговорна одговорност субјективна, односно одговорност на основу претпостављене кривице.<sup>65</sup>

Као што је наведено и за одговорност складиштара, „околности које се нису могле избећи или отклонити“ обухватају не само вишу силу, него и случај, и то из три разлога. Прво, јер слична формулација постоји у чл. 263 ЗОО, те се чини да те околности обухватају и случај. Друго, нигде се не спомиње околност/узрок *ван ствари*, а спољашњост је основна карактеристика *више силе*. И треће, угоститељева одговорност је искључена, ако је штета настала услед неког узрока *у самој ствари*, што је унутрашњи узрок, па не може представљати вишу силу. Дакле, ако је одговорност угоститеља искључена у случају унутрашњег узрока, то значи да његова одговорност не може бити објективна.

Ипак, у чл. 727 ЗОО се наводи да објаве истакнуте у просторијама угоститеља, којима се *искључује*, ограничава или условљава њихова одговорност за ствари које су гости донели, немају никаквог правног дејства. „Овом одредбом се појачава одговорност угоститеља и сигурност госта за донесене ствари, а уједно се потврђује важност једне општеприхваћене норме у свету, на коју су посебно инострани туристи и пословни људи навикнути“.<sup>66</sup> Циљним тумачењем ове одредбе се ипак може доћи до закључка да ће угоститељ одговарати и за случај, тако да би се тада „околности које се нису могле избећи или отклонити“ из чл. 724 ст. 2 ЗОО тумачиле као виша сила, па би угоститељева одговорност ипак била објективна.

У *Преднацирју Грађанској законика* одредба о искључењу одговорности угоститеља је измењена, тако да је у околност која се није мог-

62 ЗОО, чл. 724 ст. 2.

63 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 749–750.

64 *Ibid.*, стр. 750.

65 *Ibid.*, стр. 504–505; С. Перовић, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, стр. 21, 23.

66 И. Жувела, „Члан 727“, у: Б. Благојевић, В. Круљ (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1983, стр. 1659.

ла избећи или отклонити увршћен случај: одговорност угоститеља је искључена, ако су ствари пропале или оштећене услед *случаја*, или услед неког узрока у самој ствари, ако су нестале или оштећене кривицом самог госта, или кривицом лица која је он довео са собом или која су му дошла у посету, или ако су отете или оштећене насилно.<sup>67</sup>

Овим је Преднацрт решио дилему у погледу основа одговорности угоститеља, предвиђајући субјективну одговорност, односно одговорност по основу претпостављене кривице. Поставља се питање да ли је ново решење из Преднацрта позитивно, тј. да ли ће довести до позитивних последица. Примера ради, ако се деси крађа ствари, то би се могло подвести под случај, па би угоститељ могао да се ослободи од одговорности. Ако би крађу извршиле нпр. собарице, али се не утврди да су оне то учиниле, ново решење из Преднацрта би могло да се окарактерише као „попуштање“, јер би угоститељ доказујући случај (крађа) могао да се ослободи од одговорности. Ипак, Преднацрт задржава одредбу из ЗОО по којој угоститељ дугује потпуну накнаду, ако му је гост предао ствар на чување, као и ако је штета настала његовом кривицом или *кривицом лица за које он одговара*.<sup>68</sup> Собарица је свакако лице за које угоститељ одговара, али је проблем како знати или доказати да је она извршила крађу. Ако би крађу извршило неко треће лице, за које угоститељ не одговара, таква крађа би се могла подвести под случај, па би се угоститељ ослободио од одговорности. Чини се да ово решење није добро, јер се тиме сувише штити угоститељ, иако је једно од основних начела ЗОО да су стране у облигационом односу равноправне.<sup>69</sup> Поред тога, таквим решењем се обесмишљава одредба да објаве о искључењу одговорности немају никаквог правног дејства,<sup>70</sup> с обзиром на то да се објаве угоститеља о искључењу одговорности најчешће односе на ситуације које спадају у случај.

### в) Уговор о превозу ствари

Превозилац одговара за губитак или оштећење пошилике, који би се догодили од часа преузимања до њене предаје, осим ако су проузроковани радњом овлашћеног лица, својствима пошилике, или *стираним узроцима*, који се нису могли предвидети, ни избећи или отклонити.<sup>71</sup>

67 Преднацрт, чл. 961 ст. 2.

68 ЗОО, чл. 724 ст. 3; Преднацрт, чл. 961 ст. 3.

69 ЗОО, чл. 11.

70 ЗОО, чл. 727. Ова одредба задржана је и у Преднацрту, вид. чл. 964 Преднацрта.

71 ЗОО, чл. 671 ст. 1.

У наведеној одредби ЗОО користи се израз „страни узроци“, што указује на спољашњост као основно обележје више силе.<sup>72</sup> Поред тога, наставак законске одредбе (чл. 671 ст. 1 ЗОО) је *исти* као у чл. 177 ст. 1 ЗОО, који се неспорно односи на вишу силу: „...није могло предвидети, ни избећи или отклонити“. То значи да би превозилац ствари могао да се ослободи од одговорности за губитак или оштећење пошилике, само ако докаже вишу силу, из чега се закључује да је његова одговорност објективна. Такво схватање постоји и у правној теорији.<sup>73</sup>

У *Преднацртју Грађанскої законика* ова одредба није промењена, односно задржава се правило о објективној одговорности превозиоца ствари.<sup>74</sup> Иако се ради о „пугујућем складишту“, обавеза превозиоца ствари је поштрена у односу на одговорност складиштара. Разлог за строжу одговорност превозиоца је тај што складиштар има обавезу да омогући прегледање робе оставодавцу/овлашћеном лицу,<sup>75</sup> док код превоза ствари то фактички није могуће, јер се роба налази у превозу. Корисник превоза има „статус посматрача“, без могућности да утиче на очување интегритета ствари. „Ималац права је пасивни посматрач одвијања транспортне предаје ствари на превоз, тако да му је најчешће практично немогуће доказати понашање превозиоца у извршењу уговора о превозу.“<sup>76</sup> С обзиром на то да је роба током превоза у потпуности „препуштена“ превозиоцу, логично је да његова одговорност буде поштрена у односу на складиштара, односно објективна.

### ī) Уговор о превозу лица

Превозилац одговара за сигурност путника од почетка до завршетка превоза, те је дужан накнадити штету која настане оштећењем здравља, повредом или смрћу путника, изузев ако је проузрокована радњом путника или *сїраним узроком*, који се *није моїао їредвидети ни избећи или оїклонити*.<sup>77</sup> У *Преднацртју* се речи „радњом путника“ замењују речима „искључивом кривицом путника“.<sup>78</sup>

72 У чл. 208 Скице, који се односи на ослобођење од уговорне одговорности, користи се израз „виша сила, или који други *сїрани узрок*“.

73 Ратимир Кашанин, „Члан 671“, у: Б. Благојевић, В. Круљ (ур.), *Коментїар Закона о облиїационим односима*, Београд, 1983, стр. 1594-1596.

74 Преднацрт, чл. 904 ст. 1.

75 ЗОО, чл. 735.

76 М. Васиљевић, *Одїворностї железнице у домаћем и међународном їревозу робе*, стр. 112.

77 ЗОО, чл. 684 ст. 1.

78 Преднацрт, чл. 918 ст. 1.



Као и код уговора о превозу ствари, и код овог уговора одговорност превозиоца је објективна, с обзиром на то да се он може ослободити од одговорности једино ако докаже вишу силу – страни узрок, који се није могао предвидети, ни избећи или отклонити.<sup>79</sup>

Алтернатива у *Преднацрпџу* је да се речи „страним узроком, који се није могао предвидети, ни избећи или *отклонити*“ замени речима „околностима које се нису могле предвидети, ни избећи или *савлада-ти*“, али то не води суштинској промени, јер се у оба случаја ради о несавладивости, као суштинском обележју више силе. Дакле, разлика је само терминолошке природе. Ипак, предлог је да се израз „страни узрок“ замени изразом „околности“. Аутор сматра да би било боље задржати решење које постоји у ЗОО, јер тиме што ЗОО изричито наводи *страни узрок* несумњиво упућује на вишу силу, па тако не оставља простор за различита тумачења.

Одредба ЗОО, која регулише одговорност превозиоца путника *за задоцњење*, не садржи исту формулацију као одредба о одговорности превозиоца за сигурност путника. Превозилац одговара за штету коју би путник претрпео због задоцњења,<sup>80</sup> изузев ако је до задоцњења дошло из узрока, који *није могао отклонити ни пажњом доброг стручњака*. Наведена формулација указује на то да се превозилац може ослободити од одговорности доказујући да је поступао са пажњом доброг стручњака. Таква врста пажње се и захтева од превозиоца, коме је превоз путника професионална делатност, јер су према чл. 18 ст. 2 ЗОО стране у облигационом односу дужне да у извршавању обавеза из своје *професионалне делатности*, поступају са повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (*пажња доброг стручњака*). Могућност ослобођења од одговорности доказивањем да је до задоцњења дошло из узрока, који није могао отклонити ни пажњом доброг стручњака, води закључку да је одговорност превозиоца за задоцњење субјективна. У правној теорији се чак изричито каже да се одговорност превозиоца због задоцњења заснива на *иретийостављеној кривици*.<sup>81</sup>

У *Преднацрпџу Грађанској законика* ова одредба је промењена, тако да превозилац одговара за штету коју би путник претрпео због

79 Кретање теретног возила као другог учесника у саобраћајној незгоди се не може сматрати страним узроком који се није могао предвидети. „Теретно возило на путу на коме се обавља саобраћај не може се сматрати страним узроком који се није могао предвидети, а неправилна и неправилна вожња учесника у саобраћају не може се сматрати вишом силом, јер су такве опасности због коришћења возила на моторни погон које се сматрају опасним стварима, постојеће и предвидиве“, вид. Пресуду Врховног суда Србије Рев. 668/2003 од 19.3.2003.

80 За право на накнаду штете није битно да ли превозилац касни у поласку, битно је да касни у доласку, вид. Р. Кашанин, „Члан 671“, стр. 1616.

81 Ратимир Кашанин, „Члан 671“, стр. 1616.

задоцњења, изузев ако је задоцњење проузроковано околностима, које се нису могле предвидети, ни избећи или савладати.<sup>82</sup> Ова формулација је врло слична формулацији из чл. 177 ст. 1 ЗОО, који се односи на вишу силу, а указује на њена битна обележја – непредвидљивост и несавладивост. Зато би требало закључити да Преднацрт пооштрава одговорност превозиоца за закашњење путника, предвиђајући објективну одговорност. Ново решење има за циљ да заштити путнике у случају кашњења, тако да ће они имати право на накнаду штете чим до кашњења дође (подразумева се – ако је штета настала), а превозилац ће моћи да се ослободи од одговорности само ако докаже вишу силу, а не ако докаже узрок, који није могао да отклони, иако је поступао са пажњом доброг стручњака.

### III Закључак

Анализом члана 263 ЗОО, који се односи на ослобођење од уговорне одговорности, члана 177 ЗОО, који упућује на вишу силу, као и других одредаба ЗОО, које уређују одговорност код појединих трговинскоправних уговора, може се приметити *недоследности* законодавца у формулацијама о ослобођењу од одговорности. Та недоследност ствара подлогу за различита тумачења, што је довело до различитих схватања у правној теорији о основу уговорне одговорности. Дилему која у нашој правној теорији постоји поводом основа уговорне одговорности није решио Преднацрт Грађанског законика, јер је у члану 298 став 2, који се односи на ослобођење дужника од одговорности, предвидео исту формулацију, која постоји у члану 263 ЗОО.

Иако једни аутори тврде да је уговорна одговорност заснована на претпостављеној кривици, а други да постоји независно од кривице, на основу тумачења и анализе одредбе ЗОО о ослобођењу од одговорности, требало би закључити да је уговорна одговорност у *основи* субјективна. То би значило да се дужник може ослободити од одговорности не само доказујући вишу силу, већ и случај. Међутим, постоје одређени трговинскоправни уговори, који предвиђају објективну одговорност дужника за штету (нпр. уговор о превозу ствари и уговор о превозу лица). Преднацрт Грађанског законика предвиђа одређене новине код тих уговора у односу на ЗОО, пооштравајући одговорност превозиоца. Код уговора о превозу путника Преднацрт Грађанског законика предвиђа објективну одговорност превозиоца за задоцњење у превозу, у циљу да се заштите путници као „слабија“ уговорна страна. С друге стране, одговорност угоститеља код угоститељске оставе се у Преднацрту убла-

82 Преднацрт, чл. 917 ст. 2.

жава, јер ће угоститељ моћи да се ослободи од одговорности доказујући не само вишу силу, већ и случај. Такво решење можда сувише штити угоститеља, иако је гост „слабија“ страна у уговорном односу. Дилема у погледу одговорности складиштара није решена у Преднацрту, с обзиром на то да се формулација у погледу искључења одговорности складиштара није променила. Остаје нам да видимо која решења ће коначно садржати Грађански законик и да ли ће она у пракси имати позитивне или негативне последице.

**Maša MIŠKOVIĆ, M.A.**

**PhD Candidate at the Faculty of Law University of Belgrade**

## EXEMPTION FROM CONTRACTUAL LIABILITY

### Summary

*In this paper the author analyzes the conditions for the debtor's exemption from liability for damages, which is caused by his failure to perform any of his obligations under the contract or by his late performance. The main question that arises in regard to the general rule of the Serbian Law on Contracts and Torts (LCT) on exemption from contractual liability (Article 263) is whether the debtor may be exempted from liability by proving that there is no fault on his part or only by proving the circumstances which represent force majeure. The answer to this question leads to the conclusion whether contractual liability is subjective or objective. In order to have complete analysis, the author examines some commercial contracts (contract for the storage of goods, deposit with an innkeeper, contract for the carriage of goods, passenger transport contract), considering provisions of the LCT on the exemption from liability in these contracts. Given the fact that some solutions are changed in the Draft of the Serbian Civil Code, the author also analyzes its provisions in order to see to what extent would new provisions change current regulation, and gives the assessment of the new solutions.*

**Key words:** *contractual liability, exemption from contractual liability, force majeure and hardship.*

---

# ПРИВРЕДНИ УГОВОРИ

---

Др Марко РАЈЧЕВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

## МОМЕНАТ И УСЛОВИ СТИЦАЊА ПРАВА НА ПОСРЕДНИЧКУ НАКНАДУ

### Резиме

*У раду се разматрају питања момента стицања и услова који су потребни да би посредник остварио право на накнаду за пружену услугу посредовања, а у вези са рјешењем које у том погледу нуди Закон о облигационим односима и по којем ће посредник остварити право на накнаду само ако се посредовани уговор његовим дјеловањем безусловно закључи. И поред тога што су одредбе тог прописа диспозитивне природе, чиме се посреднику и комисиону даје могућност да питање накнаде уговором ријеше на друачији начин у односу на Закон, аутор сматра да има доста практичних и теоретских аргумената који указују на могућност друачије рјешења законској полазној става да се посредникова накнада остварује само онда ако је и када је посредовани уговор закључен.*

**Кључне речи:** посредник, уговор о посредовању, посредничка накнада.

## I Уводне напомене

Посредник је лице, привредни субјект, који обавља своју дјелатност у циљу стицања права на накнаду.<sup>1</sup> Ово право ће имати без обзира да ли

<sup>1</sup> У правној теорији постављено је питање адекватности термина „накнада“, с обзиром да он више асоцира на обавезу накнаде штете, но што указује на посредничково право из уговора о посредовању. Види Владимир Капор, Славко Царић,

је оно уговорено, пошто важи претпоставка да постоји. Уговорне стране се могу споразумијети да посредник неће имати право на накнаду. Али и кад се бесплатност уговори, то не мора да значи да се за услугу посредовања не чини никаква противпрестација, јер ако се пође од шире дефиниције плаћања, односно цијене, да је то свака накнада у новцу, натури или у облику било какве директне или индиректне користи (примања), онда је јасно да се фактички врло ријетко може говорити о лукративним уговорима у привреди. Подсјетимо се само чињенице да постоје разноврсни односи у којима се интерес посредника да наплати извршену услугу може свести и на друге користи које се не изражавају само кроз новчани облик. То су, на примјер, случајеви везани за послове иступања и освајања нових тржишта као и његове афирмације на њима.

Накнада није битни елеменат уговора о посредовању. О питању накнаде не мора се ни преговарати јер постоје начини да се она накнадно одреди. Она је резултат цјелокупне ангажованости посредника у циљу настојања да се нађе и доведе у везу са налогодавцем лице које би са њим преговарало о закључењу одређеног уговора, како то проистиче из дефиниције уговора о посредовању у члану 813 ЗОО.

Посредничко право на накнаду изазвало је у правној теорији и пракси много дилема, те се о том праву својевремено, нарочито до доношења ЗОО у бившој СФРЈ, 1978. године, пуно писало и расправљало. Кад посредник стиче право на накнаду и под којим условима, у којој висини, од кога се може захтијевати, може ли се ово право условљавати, кад се и под којим условима губи, само су нека од питања на која је пружено доста, често опречних одговора и рјешења, а у овом раду бавићемо се само питањима момента и услова за стицање тог посредничког права.

## II Моменат стицања права на провизију

Најчешће разматрано питање у вези са посредничким правом на провизију је питање момента његовог стицања. Имајући у виду рјешење ранијих прописа те важећи став ЗОО, као и теоретске ставове појединих

---

*Уговори робној промеша*, 4. издање, Београд, 1979, стр. 194. Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, 3/96, 39/03; даље у фуснотама ЗОО) користи тај термин (види нпр. члан 813). Међутим, у пракси и стручној литератури употребљавају се термини „провизија“ и „награда“ за које би се исто тако могло рећи да нису најадекватнији јер „провизија“ више указује на метод одређивања посредничке цијене за пружену услугу, а „награда“ указује на једнострану изјаву воље налогодавца. Ипак, коришћење термина како оног у ЗОО тако и у пракси није споран ако се зна да се под тим подразумева цијена за пружену посредничку услугу.

аутора, може се рећи да постоје три система концепције, којима се ово питање рјешава.

По првом систему посредник стиче право на накнаду у моменту довођења у везу комитента са трећим лицем, неовисно од тога хоће ли касније они закључити посредовани уговор. Овдје се полази од става да се посредовање састоји у успостављању контакта између налогодавца и трећег лица, те, аналогно томе, ако је посредник уложио свој рад и стручно знање да пронађе заинтересовано лице и повеже га са комитентом, стећи ће право на провизију већ самим фактом успостављања контакта.<sup>2</sup> Наглашава се чињеница да је посредник уредно извршио налог за посредовање успостављањем контаката између комитента и трећег лица, а сам акт закључења уговора је ван његове моћи пошто од њега не зависи да ли ће уговор бити закључен, већ једино и искључиво од воље самих преговарача. Он има пасивну улогу јер не може ништа обећати нити уговорити за свог комитента.<sup>3</sup> У прилог оваквој концепцији наводе се и други аргументи. Тако се истиче да посредник својом дјелатношћу продаје своје познавање тржишних прилика, а до те спознаје прилика на тржишту он је дошао претходним ангажовањем својих материјалних и стручних способности, те није правично да му стечено знање и стручност остану неплаћени. Нема сумње да је све то од значаја за његове комитенте, а нарочито за оне који први пут наступају на тржишту које „покрива“ посредник. С тим у вези могуће је и изигравање посредника несавјесним поступањем комитента, на примјер, да у конкретной ситуацији стране не постигну споразум, а након краћег времена, али овај пут без учешћа и знања посредника, закључе уговор о истој роби о којој су претходно безуспјешно вођени преговори. Дакле, и касније закључени уговор је резултат посредничке активности – налогодавац се, у суштини, обогатио без основа пошто посредник нема право на провизију.<sup>4</sup>

За другу концепцију карактеристично је да полази од идеје резултата рада, односно успјеха оствареног посредовањем. Ту је одлучујућа чињеница закључење посредованог уговора, јер тад посредник остварује своје право на провизију.<sup>5</sup> Оваквим рјешењем најбоље се остварује ко-

2 Овакво рјешење прихваћено је у правима неких медитеранских земаља (Радомир Ђуровић, *Међународно привредно право*, Београд, 1982, стр. 252), а по неким ауторима то треба да буде опште правило (Славко Царић, „Уговори у робном промету са елементом мандата (налог, комисион, агентура, посредовање, шпедиција)“, *Привреда и право*, бр. 11/1978, стр. 18).

3 С. Царић, *нав чланак*, стр. 17–18; Младен Драшкић, *Међународно привредно уговорно право*, Београд, 1977, стр. 321.

4 Зоран Антонијевић, *Привредно право*, 8. издање, Београд, 1986, стр. 313.

5 Овакво рјешење традиционално је прихваћено у нашем ранијем праву (Српски трговачки законик, параграф 54, Трговачки закон из 1937, параграф 98), а прихватају га и италијанско, швајцарско и њемачко право, као и ЗОО (чл. 823 ст. 1).

митентов интерес коме је циљ да се посредовани уговор закључи. Ако посредовање не постигне такав циљ, неће се остварити ни интерес на-логодавца, а није ни право да се наплаћује накнада за посао који комитенту није донио очекивани резултат. Ако би се посреднику омогућило да оствари право на награду моментом довођења у везу комитента са трећим лицем, постојала би реална опасност да посредници непотпуно и површно обаве свој посреднички задатак, односно да посредовање изврше што брже, јефтиније и у што већем броју случајева како би стекли то право. То би довело до запостављања квалитета посредовања на рачун његовог квантитета.<sup>6</sup> Исто тако, оваквом концепцијом спречава се могућност да посредник повезује комитента са трећим лицем и онда када нема „реалних изгледа“ да се склопи посредовани уговор, чиме се остварује право на накнаду без посебног залагања.<sup>7</sup> Осим тога, оваквим рјешењем може се вредновати не само посредников труд, већ и успјех у послу. То не би било могуће ако би посредник остварио своје право моментом довођења у везу комитента са трећим лицем, јер би посредник остваривао накнаду само за труд, без обзира на резултат посредовања, што се не може прихватити.<sup>8</sup> Очигледно је да ова концепција више одговара интересима комитента који су у доброј мјери заштићени. Она је у домаћем праву имала и има највећи број присталица међу правним теоретичарима, а и судска пракса бивше државе ју је највише подржавала и прије доношења ЗОО с обзиром на правна правила ранијег законодавства.

Трећа концепција иде најдаље у условљавању посредничког права на накнаду, јер посреднику није довољно да је посредован уговор закључен, већ се захтијева да треће лице у потпуности испуни обавезе према комитенту, па тек у том тренутку посредник полаже право да захтијева накнаду.<sup>9</sup> Очигледно је да је посредник оваквим рјешењем у најтежој позицији јер се ризик неизвршења посла неоправдано преваљује на њега иако он није страна у уговорном односу из посредованог уговора. Наравно, овакво рјешење момента остваривања посредничког права могуће је на уговорној основи, па би се онда радило о *del credere* посредовању.<sup>10</sup>

6 Михаило Велимировић, „Уговор о посредовању“, у: Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић (уредници), *Енциклопедија имовинској права и права удруженој рада*, Београд, 1978, том III, стр. 563.

7 Иван Букљаш, Борис Визнер, *Коментар Закона о обавезним (облигационим) односима*, Загреб, 1979, књига IV, стр. 2426.

8 Александар Хрибар, „Мешетарски и агентски посао“, *Привреда и право*, бр. 3/1967, стр. 6.

9 Рјешење некадашњег Законика међународне трговине Чехословачке, параграф 602 ст. 1.

10 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 14. издање, Београд, 2014. стр. 129.

Рјешење које је прихваћено у ЗОО је путем норме која је дис-позитивног карактера, што подразумева примат воље налогодавца и посредника у тражењу најбољих међусобних опција везаних за ово питање.

Ипак, ако би се критички осврнули на концепцију прихваћену у ЗОО, могли би тврдити да је сав ризик око закључења посредованог уговора преваљен на посредника чиме се његовом праву на накнаду даје обиљежје алеаторности. Наиме, неизвјесност око закључења посредованог уговора увијек постоји, без обзира што је посредник ангажован. То зависи од воље трећег лица и налогодавца. Закон о облигационим односима потенцира ту чињеницу и истиче да „налогодавац може опозвати налог кад хоће, ако се тога није одрекао и под условом да то није противно савјесности“.<sup>11</sup> Затим, „налогодавац није дужан приступити преговорима за закључење уговора са лицем које је посредник нашао, ни закључити са њим уговор под условима које је саопштио посреднику“.<sup>12</sup> Ове одредбе су потпуно разумљиве с обзиром да су у питању комитентови интереси и послови, те само од њега зависи да ли ће закључити посредовани уговор. Налогодавац може у међувремену, од момента закључења уговора о посредовању изгубити интерес за закључење захтјеваног уговора (закључио је уговор са лицем кога је сам пронашао, јер давањем налога посреднику комитент се не одриче права да и сам нађе лице с којим ће закључити уговор, на примјер, измјениле су се прилике на тржишту па услови дати у налогу више не одговарају и сл.). Најзад, може лице којег је посредник пронашао да не одговара налогодавцу (не улива му повјерење да ће уговор уредно извршити).<sup>13</sup> У свим овим случајевима, пошто се посредовни уговор не закључује, ни посредник не остварује право на накнаду, иако је уредно испунио своје обавезе.

Са правно теоретског аспекта посматрано, посредникова обавеза „да настоји наћи и довести у везу са налогодавцем лице које би с њиме преговарало о закључењу одређеног уговора“<sup>14</sup> је облигација средстава а не циља. Тиме, кад је у питању обавеза посредника, у Закону о облигационим односима није консеквентно проведено теоретско правило да се дужник у облигацији средстава обавезује само на предузимање средстава, јер „ако је дужник предузео одређена средства са дужном пажњом, сматра се да је обавезу испунио без обзира да ли је постигнут

11 Члан 816.

12 Члан 817.

13 Ратимир Кашанин, „Уговор о посредовању“, у: Борислав Благојевић, Врлета Круљ (уредници), *Коментаријар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, књига II, стр. 312.

14 Члан 813 ЗОО.



крајњи циљ односно резултат рада“,<sup>15</sup> те отуда има право захтијевати испуњење обавезе супротне стране.

Закон о облигационим односима садржи одредбу по којој ће, када је уговорено да ће посредник имати право на одређену накнаду и ако „његово настојање остане без резултата“, о таквом уговору бити суђено по правилима која важе за уговор о дјелу.<sup>16</sup>

Како тумачити ову одредбу? Да ли она одражава став законодавца поводом питања да ли може посредник остварити право на награду у моменту довођења у везу налогодавца и трећег лица? Одредба се различито тумачи. По једном мишљењу овом одредбом се могу обухватити двије ситуације, и то: а) посредник ће имати право на награду кад пронађе треће лице, или б) кад га пронађе али налогодавац са њим не закључи уговор. У тим случајевима о таквом уговору судиће се по одредбама уговора о дјелу, а то опет не значи да такав уговор нема елемената уговора о посредовању, јер се и он може закључити издавањем налога.<sup>17</sup> По другом мишљењу ова одредба односи се само на случај да се треће лице пронађе, али се посредовни уговор не закључи.<sup>18</sup>

Оцјењујући аргументе који иду у прилог једној или другој концепцији, може се доћи до закључка да има мјеста изношењу концепције која би на неки начин представљала компромисно рјешење, јер узима у обзир како интересе комитента тако и интересе посредника.

Наиме, не може се пренебрегнути интерес комитента да оствари свој циљ и закључи посредовни уговор и тако испуни економску сврху ангажмана посредника. Са друге стране треба стимулисати посредника и елиминисати елеменат алеаторности у погледу остварења права на накнаду. Зато би посредник требао остварити своје право у моменту успостављања контакта између налогодавца и трећег лица. Висина те накнаде може бити и симболична али је битно да она обухвати трошкове које је посредник имао у извршењу уговорних обавеза. Кроз износ накнаде плаћао би се посредников труд, а кроз то и његово стручно знање и умјешност у проналажењу пословног партнера. Међутим, уколико дође до закључења посредовног уговора, посредник би имао право и на допунску, додатну, накнаду кроз чију висину би се изражавао ефекат посредничке услуге. Висина основне и висина допунске накнаде давала би њен коначан износ који би био једнак износу који се и сада уобичајено исплаћује за одговарајућу услугу посредовања.

15 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, књига I, стр. 92.

16 Члан 814 ЗОО.

17 Р. Кашанин, *нав. дело*, стр. 308.

18 И. Букљаш, Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 2426; Шиме Ивањко, „Уговор о посредовању“, *Привреда и право*, бр. 5/1580, стр. 52.

Према томе, суштина оваквог става у односу на посредничку накнаду је у успостављању равнотеже између интереса уговорних страна, а то значи побољшати позицију посредника у односу на важеће стање. Оваквом концепцијом предупредиле би се могућности несавјесних поступака посредника јер би увијек био заинтересован за крајњи исход ангажмана, закључењем посредовног уговора, пошто би тек тада остваривао допунску накнаду. Према томе, треба стимулисати посредника а не угрозити интересе комитента.

Ипак, практично гледано, због диспозитивности норме о моменту стицања посредникове провизије, посредник и налогодавац увијек у конкретној ситуацији могу усагласити своје интересе и у том смислу наћи за њих најбоље рјешење.

### **III Услови стицања права на накнаду**

По схватању судске праксе и правне теорије, као и по концепцији уговора о посредовању у нашем и страним правним системима, неопходно је испунити четири услова да би посредник остварио право на провизију, и то:

- прво, посредовани уговор мора бити закључен,
- друго, посредовани уговор мора бити пуноважан,
- треће, посредовани уговор мора бити безуслован,
- четврто, између дјеловања посредника и закључења посредованог уговора мора постојати узрочна веза, каузалност.

#### **1. Закључење посредованог уговора**

Склапање уговора између комитента и трећег лица, ако другачије није уговорено је, према члану 823 ст. 1 ЗОО основни услов за остваривање права на провизију.

С тим у вези намеће се питање, када се, у односу на посредника, посредовни уговор сматра закључним и између самих уговарача или у неком другом моменту, на примјер, када се изда посреднички лист?

Судови бивше СФРЈ су и прије доношења ЗОО расправљали ово питање и сматрали су да се иза спорова поводом тога крије посредникова тежња да оствари провизију и онда када није сигурно да ли ће доћи до закључења посредованог уговора. Зато су поводом оваквих спорова заузимали став да тренутак кад посредник полаже право на провизију наступа онда када се комитент и треће лице сагласе о битним елемен-

тима посредованог уговора, а не онда када посредник изда посреднички (мешетарски) лист.<sup>19</sup>

Према томе, закључењем посредованог уговора испуњен је основни услов остваривања права на провизију. При томе је правно и релевантно каква је судбина посредовног уговора у погледу његовог извршења, јер посредник стиче право на провизију у моменту његовог закључења и њега даљња судбина тог уговора не треба да интересује пошто не утиче на његово већ остварено право.<sup>20</sup>

Међутим било је и пресуда у којима су се изражавала строжа гледишта, а наиме, да је посредничка накнада која се исплаћује без обзира на реализацију посредованог уговора противна начелу поштења и савјесности.<sup>21</sup>

## 2. Пуноважност посредованог уговора

Ако је посредовни уговор неважећи, посредник ће према ЗОО стећи право на награду само ако му узрок неважности није био познат.<sup>22</sup> У супротном, посредник не само да неће имати право на провизију него ће је морати вратити ако ју је већ примио. Има мишљења да се ради о когентној норми којом се конкретизује начело поштења и савјесности, па зато посредник и комитент не би могли уговорити да ће посредник имати право на накнаду независно од тога да ли му је разлог неважности уговора био познат.<sup>23</sup>

19 „Битан услов, без кога посредник не може захтевати плаћање, јесте да је закључен и уговор између комитента, у овом случају туженог, и једне привредне организације. Међутим, самим тим што су се налози туженог као продавца и привредне организације састали код тужиоца као посредника међу њима није закључен уговор, без обзира што је тужилац издао мешетарски лист. Да би се закључио уговор потребно је да уговорне странке или њихови овлашћени пуномоћници успоставе непосредан однос и да се сагласе у погледу битних састојака уговора, што у случају издавања мешетарског листа на основу телефонских налога странака није случај.“ – Пресуда Врховног привредног суда, П.166/68 од 5.9.1968, у: Милутин Косовац „Облигациони уговори кроз судску праксу, Београд, 1978, стр. 381.

20 „Посао посредништва је извршен у моменту када посредник својим радњама омогући закључење уговора без обзира на даљњу судбину уговора који је закључен његовим посредовањем.“ – Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 2034/71 по Ратимир Кашанин, Драгољуб Вељковић, *Судска пракса привредних судова*, Београд, 1975, стр. 370–371.

21 Пресуда Врховног суда Војводине, Гж, 1005/72 од 14.6.1973.

22 Чл. 823 ст. 4. Слична одредба постоји и у Грађанском законнику Италије – чл. 1753 ст. 3.

23 Јован Славнић, „О концепцији уговора о посредовању у Закону о облигационим односима“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4/1985, стр. 641.

Саму чињеницу да узрок неважности није био познат посреднику треба тумачити у том смислу да посредник није био дужан да зна узрок неважности јер би у противном био нестручан и несавјестан што би истовремено значило да не би имао право на провизију.<sup>24</sup>

Неважећи уговори дијеле се на ништаве и рушљиве. Без обзира да ли се ради о различитим узроцима неважности, битна чињеница за остваривање посредникове накнаде своди се на питање да ли је посредник знао да се ради о таквим уговорима.

Међутим, постоји мишљење, с којим се слажемо, да би посредник имао право на накнаду у ситуацији да се ради о рушљивом уговору који је, у недостатку нападања, остао на снази, без обзира што је посредник знао за разлоге рушљивости. Јер, заиста, било би нелогично да такав уговор обавезује уговорне стране и да га оне испуњавају, иако знају да је рушљив и не нападају га, а да посредник нема право на накнаду.<sup>25</sup>

У пракси су се дешавали случајеви да се закључи уговор између комитента и трећег лица којим се чини привредни преступ. Казнени поступак против уговорних страна није утицао на посредничку провизију, али под условом да уговор остане на снази. Такав поступак по схватању судске праксе није повлачио ништавост уговора, али се изражавала сумња у то да ли је такав став о независности привредно-казненог поступка и ништавости уговора био исправан, јер у супротном посредник не би могао остварити своје право.<sup>26</sup>

### 3. Безусловност посредованог уговора

До доношења ЗОО у судској пракси важио је став да уговор који је закључен посредовањем и који је основ за тражење провизије не смије бити условљен. По ЗОО разликују се ситуације кад је посредовни уговор условљен, зависно од тога да ли се ради о одложном или раскидном услову.

Опште је правило да ако је уговор закључен под одложним (супспензивним) условом, уговор неће настати све дотле док услов не наступи. Ако наступи, уговор дјелује од момента закључења, осим ако из закона, природе посла или воље страна не произилази нешто друго.<sup>27</sup> Према

24 Славко Царић, „Уговор о посредовању“, у: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (уредници), *Коментаријар Закона о облигационим односима*, Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, стр. 658.

25 Р. Кашанин, *нав. чланак*, стр. 322.

26 Р. Кашанин, *нав. чланак*, стр. 323.

27 Чл. 74 ст. 2 ЗОО.

томе, док услов не наступи не настају права и обавезе између уговорних страна, а ако никако не наступи сматра се као да није закључен.

Закон о облигационим односима консеквентно проводи то правило, па одређује дјеловање одложног права на посредничково право – „ако је уговор закључен под одложним условом, посредник стиче право на накнаду тек кад се услов оствари“.<sup>28</sup>

Из овог правила види се колики ризик мора сносити посредник, што је директна посљедица прихваћене концепције о моменту закључења посредованог уговора као моменту стицања права на накнаду, јер, без обзира на то што је извршио све своје уговорне обавезе, што се читује у закљученом посредовном уговору, посредник неће остварити своје право ако услов не наступи, зато што посредовање није остварило економски ефекат за налогодавца.

Може се поставити питање посредничковог положаја у ситуацији да је посредовани уговор закључен под одложним роком, с обзиром да за ту ситуацију ЗОО не нуди рјешење. Да ли посредник стиче право на накнаду моментом закључења посредованог уговора или тек у моменту наступања рока? Да би се одговарало на ово питање мора се поћи од основне разлике између услова и рока. Наиме, неступање услова је неизвјесно, па отуда, ако се ради о одложном услову постоји неизвјесност и да ће уговор произвести дејство. Напротив, наступ одложног рока је извјестан, па су стране његовим уговарањем само одложиле дејство уговора од то момента. Међутим, Закон о облигационим односима одређује да „кад дејство уговора почиње од одређеног времена, сходно се примјењују правило о одложном услову, а кад уговор престаје да важи по истеку одређеног рока, сходно се примјењују правила о раскидном услову“.<sup>29</sup> Ова одредба нема утицаја на посредничково право на накнаду, јер је битно да рок није неизвјестан догађај, па ће посредник стећи своје право без обзира на то што је посредовани уговор закључен под одложним роком.

Положај посредника повољнији је у ситуацији кад комитент са трећим пронађеним лицем склопи уговор под раскидним (суспензивним) условом. Закључење посредованог уговора под овим условима значи да тај уговор производи правна дејства већ моментом закључења, а престаје наступањем услова. Закон о облигационим односима каже да ће посредник остварити своје право на накнаду без обзира на наступање услова.<sup>30</sup>

28 Чл. 823 ст. 2 ЗОО.

29 Чл. 78 ЗОО.

30 Чл. 823 ст. 3 ЗОО.

Ни до доношења ЗОО у судској праски није било спорно, кад је раскидни услов у питању, да посредник стиче право на накнаду моментом закључења посредовног уговора. Међутим, било је спорно да ли наступом раскидног услова мора вратити примљену накнаду.

По једном мишљењу посредник је требао вратити износ примљене провизије, јер ако наступи раскидни услов онемогућава се реализација закљученог уговора, а самим тим се посредовањем не остварује очекивани економски ефекат за посредничког комитента са којим је рачунао кад је закључивао уговор о посредовању.<sup>31</sup>

Закон о облигационим односима изричито одређује да, кад је посредовани уговор закључен под раскидним условом, остварење услова неће имати утицаја на посредничко право на накнаду.<sup>32</sup> Видљиво је да ЗОО није био досљедан у спровођењу концепције по којој се посредовањем мора остварити одређени економски ефекат за налогодавца, пошто посредник не мора враћати примљени износ на име накнаде иако налогодавац није остварио свој економски циљ.

Наведене формално-правне финесе не могу имати већи значај од реалних односа у привреди које теба што исправније, ефикасније и једноставније правно регулисати. Ова правила о одложном и раскидном услову код уговора о посредовању била су позната у правним правилима ранијих прописа, а постоје и у неким страним земљама. Међутим, не треба изгубити из вида да се тај алеаторни и пренаглашени лукративни елемент мора мање истицати у први план када се ради о правном регулисању привредних услуга, и да у том погледу све веће значење у позитивном праву и правној теорији треба да има приоритетни друштвени функционализам одређеног правног правила.<sup>33</sup>

#### 4. Узрочна веза између посредованог уговора и дјеловања посредника

Општеприхваћен је теоретски став да између закљученог посредничког уговора и дјеловања посредника мора постојати узрочна веза као један од услова за стицање права на провизију.<sup>34</sup>

За остварење посредничког права на накнаду потребно је али и довољно да је његовом активношћу дошло до успостављања међусобног

31 А. Хрибар, *нав. чланак*, стр. 6.

32 Чл. 823 ст. 3 ЗОО. Такав став усваја и италијански Грађански законик, чл. 1757 ст. 2.

33 С. Царић, „Уговор о посредовању“, стр. 657–658.

34 Стеван Јанковић, „О посредовању-мешетарењу – у пословима привредног права“, *Економика њедугећа*, бр. 8/1965, стр. 585; Ш. Ивањко, *нав. чланак*, стр. 52–53.

контакта између комитента и трећег лица на основу којег је дошло до склапања посредног уговора.

У пракси је долазило до спорова о праву на накнаду ако је између комитента и трећег лица склопљен уговор друге врсте, а не онај који је био одређен у комитентовом налогу.

У таквој стиуацији, по једном мишљењу, посредник не би имао право на накнаду, јер посао који је одређен у налогу за посредовање није идентичан са закљученим послом.<sup>35</sup> По другом мишљењу за одлуку о том случају је битно да ли је до склапања уговора, односно до међусобних контаката уговорних страна дошло у вези са дјеловањем посредника, па ако је то тако, посредник би имао право на накнаду без обзира на то што нема идентичности између захтјеваног и склопљеног уговора.<sup>36</sup>

Сматрамо да се као исправно може прихватити једино друго мишљење, јер би у противном постојала могућност изигравања посредника од стране комитента. Осим тога, комитент је ангажовањем посредника остварио економску сврху ангажовања, остварио је економску корист без обзира што та корист потиче од другог посредованог уговора али је он резултат дјеловања посредника.

У пракси су се догађали случајеви да се између комитента и трећег лица, након закључења посредног уговора, касније развио други и трајнији однос, па се поставило питање може ли посредник захтијевати накнаду од комитента и за све уговоре које би он убудуће закључивао с трећим лицем којег је посредник пронашао.

У ранијој судској пракси било је случајева којима је подржан став да посредник у таквим ситуацијама није имао право на накнаду. Тако, према првостепеној пресуди, која је потврђена од другостепеног суда, „договор да мора налоговац платити посредничку провизију од других послова које ће било када касније закључити са трећом особом с којом је успоставио међусобни контакт посредовањем посредника, је у супротности са начелом савјесности и поштења у пословима робног промета“.<sup>37</sup> Исто тако, „околност да је туженик након закључења купопродајног уговора по горе наведеној закључници испоручио свом купцу и даљњих 1219 кубика хрстових трупаца, не даје право тужиоцу да туженом зарачунава провизију. Ово због тога што тужилац у вези са накнадном испоруком хрстових трупаца од стране туженика његовом купцу није вршио никакво посредовање. То значи да из тог односа

35 С. Јанковић, *нав. чланак*, стр. 585.

36 Ш. Ивањко, *нав. чланак*, стр. 53. Такав став подржава и М. Васиљевић, *нав. гјело*, стр. 130.

37 Пресуда Округног привредног суда у Марибору, П. 138/66, потврђена пресудом Вишег привредног суда у Љубљани П. 284/66, *Правник*, бр. 4–6/1967, стр. 30–33.

није обавио свој дио посла, па досљедно томе, не припада му накнада из основа провизије.<sup>38</sup> У једној другој пресуди наводи се да „посредник има право на провизију само за склопљени уговор за који је посредовао, али не и за све још незакључене уговоре које би налогодавац у будућности закључио с трећом особом“.<sup>39</sup>

Иако сматрамо да су наведени ставови у принципу исправни, мора се водити рачуна и о томе да они могу довести до несавјесних поступања комитената. Тако, на примјер, комитенту је потребна количина од стотину тона неке робе, ангажује посредника за куповину само једне тоне са циљем да успостави пословни контакт са трећим лицем с којим ће касније закључити уговор о продаји преостале количине. У овом примјеру би се у име поштења и савјесности штитио непоштени и несавјесни комитент.<sup>40</sup>

Зато сматрамо да је поводом овог питања најисправнији став који је био изнешен у једној пресуди бившег Врховног привредног суда, а који је подржан и од стране правне теорије. Наиме, није забрањено утаначење провизије за тзв. индиректне послове, али да провизија код таквих уговора о посредовању може да садржи одговарајући износ којим ће бити обухваћени само послови које налогодавац закључује са трећим лицем у једном „економски гледано на ствар, примјереном року рачунајући од дана посредовања“.<sup>41</sup>

## IV Закључак

За моменат стицања права на накнаду посреднику одлучујуће је да ли је и кад је закључен посредовани уговор. Резон оваквог рјешења, прихваћеног у Закону о облигационим односима и подржаног од већине правних теоретичара, је у постизању економских ефеката за налогодавца чиме се даје предност његовим интересима у односу на интерес посредника. С друге стране, посредничко право на провизију на тај начин добија елемент алеаторности, с обзиром да од посредника не зависи да ли ће посредовани уговор бити закључен. Истовремено, оваквим рјешењем одступа се од теоретског става о посредовању као облигацији средстава, јер се захтијева остварење циља манифестованог у закључењу посредованог уговора. Систем признавања провизије моментом закључења уговора не вреднује посредников ангажман у ситуацији кад се уговор

38 Пресуда Вишег привредног суда у Сарајеву, Пж. 217/77, *Адвокајтура БиХ*, бр. 4/1978.

39 Пресуда Врховног суда БиХ, Рев. 267/78, *Привреда и њправо*, бр. 2/1980.

40 В. Капор, С. Царић, *нав. гјело*, стр. 197.

41 Пресуда, Сл. 20/70, ЗОО, књ. В. св. 4/79, одлука 530, М. Васиљевић, *нав. гјело*, стр. 130.



између комитента и трећег лица не закључи, а посредничково дјеловање и могућност утицаја на закључење посредованог уговора су исти у било којој ситуацији. Мора се знати да су заслуге посредника за закључење посредованог уговора увијек исте, без обзира да ли је дошло или није дошло до тога.

Ови аргументи указују на то да је позиција посредника у погледу рјешења прихваћених Законом о облигационим односима могла бити повољнија, тако што би се у оваквој ситуацији вредновао посредничков ангажман на проналажењу трећег лица.

Међутим, с обзиром на диспозитивност одредаба Закона о облигационим односима, остаје на уговорним странама да пронађу међусобно најприхватљивије рјешење. Позиција посредника зависиће тада од потребе његовог ангажмана и од конкуренције на тржишту посредничких услуга, која је у савременим условима пословања и модерних средстава комуникације врло изражена и која поприма нове карактеристике, квалитативно различите од оних класичних које су биле основа постојеће законске концепције посредовања.

**Marko RAJČEVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka**

## **MOMENTUM AND THE CONDITIONS NECESSARY FOR MEDIATOR FEE QUALIFICATION**

### **Summary**

*This paper discusses the issues related to the momentum and the conditions necessary for mediator fee qualification for mediation services, in relation to the solutions provided by Law of Obligations and in which the mediator will be entitled to fee only if mediated contract is explicitly concluded by his action. Despite the fact that the provisions of this law are of dispositive nature, which gives the mediator and client opportunity to resolve the fee issue in a different way, author believes that there are plenty of practical and theoretical arguments showing the possibility of a different legal starting positions in order for realization of mediator fee only if and when the mediated contract is concluded.*

**Key words:** *mediator, mediation contract, mediation provision.*

Др Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## О МЕСТУ ALIUD-А У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

### Резиме

*Имајући у виду да је у Преднацрту Грађанског законика у алтернативи два, уз члан 531, предвиђен случај алиуд-а и могућности увођења јединствене концепције „несаобразности робе“<sup>1</sup>, рад је посвећен анализи алиуда као једног од случајева несаобразности из Бечке конвенције. У том циљу алиуд ће бити анализиран као део обавезе продавца да испоручи робу и као један од случајева несаобразности. С обзиром да питање алиуда није прецизно дефинисано у Бечкој конвенцији, нићи око његовог значења постоји јединствени став у судској пракси и правној теорији, аутор сматра да из ових, али и других разлога које наводи у раду, не би требало уводити алиуд у нови Грађански законик.*

**Кључне речи:** алиуд, Грађански законик Републике Србије, несаобразности робе, несаобразна испорука, Конвенција УН о међународној продаји робе.

### I Постављање проблема

Због посебног значаја који има у унутрашњем и међународном промету, уговор о продаји је регулисан у свим националним правима и у великом броју међународних извора. Чак и у земаљама оп-

1 Вид. напомену уз члан 531 Преднацрта.

штег права које не карактерише постојање писаних извора, као што су САД и Енглеска, уговор о продаји је регулисан посебним законима. На међународном плану, уговор је регулисан бројним изворима тврдог и меког права, као што су: Европски принципи уговорног права (EPCL), UNIDROIT принципи за међународне трговинске уговоре (PIC), предлог заједничких правила за уговорно право (DCFR), OHADA закон уговорног права (*L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* – OHADA) и предлог заједничких правила за европску продају (CESL).<sup>2</sup> Од њих је најзначајнија Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту: Бечка конвенција или само Конвенција). Осим по обавезности, Конвенција је најзначајнији извор јер се на једнообразан начин примењује у 83 државе са свих континената, и у том смислу представља један од најуспешнијих примера „међународне кодификације“.

Међутим, и поред неспорног унификаторског утицаја и хармонизирајућег дејства које врше међународни извори и очигледне сличности која постоји у националним правима, још увек постоје питања која нису регулисана међународним изворима, као и она која су регулисана, али се тумаче на различите начине. Једно од таквих питања око чијег значења постоје различита схватања у теорији и у пракси се односи на испоруку друге робе, а не уговорене. Разлике постоје по бројним питањима чији корени се налазе у почетној дилеми да ли се испорука друге, а не уговорене робе сматра несаобразном испоруком или испоруком несаобразне робе, тј. да ли је у питању *неиспуњење* обавезе испоруке, или манљиво тј. *несаобразно испуњење*.

Реч је, пре свега, о правном а не о фактичком питању. Другачије речено, није спорно да тако испоручена роба нема потребна својства, већ како квалификовати тај недостатак према терминологији Конвенције, да ли као несаобразну испоруку или *неиспуњење* уговора, или као испоруку несаобразне робе, тј. као несаобразно *испуњење* уговора.

За разлику од Бечке конвенције и извора „меког права“, Закон о облигационим односима, као ни Опште узансе за промет робом, питање *aliud*-а не регулишу. Правна теорија у овом погледу има различите приступе. Једни сматрају да предаја друге ствари или друге врсте робе, у односу на уговорену, не представља испоруку робе са материјалним недостатком. Предајом друге ствари уместо уговорене продавац није извршио обавезу испоруке, па протеком рока за испоруку пада у доцњу и одговара за њене последице.<sup>3</sup> Овако становиште прихвата и судска

2 Вид. Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012, стр. 364–371; С. Фишер Шобот, *Право међународне продаје*, Нови Сад, 2014, стр. 17–37.

3 Вид. Б. Визнер, И. Букљаш, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, књига 3, Загреб, 1979, стр. 1596.

пракса. Према ставу судске праксе продавац није извршио испоруку, ако купцу преда другу ствар, а не ону која је била уговорена.<sup>4</sup>

Други, пак, сматрају да је испоруку *aliud*-а, могуће третирати као испоруку робе са материјалним недостатком. У граничним случајевима, када је испоручена роба истог рода, али је другачија од уговорене, треба сматрати да је реч о материјалном недостатку,<sup>5</sup> или о манљивој испоруци.<sup>6</sup>

Један број аутора, овом питању не посвећује посебну пажњу и не даје му посебан значај, јер полази од чињенице да је продавац и према једном и према другом схватању повредио обавезу испоруке па ће свакако одговорати за неизвршење уговорене обавезе. Основ његове одговорности лежи повреди уговора која постоји и у једном и у другом случају.

У једном броју националних (углавном старијих) права код извршења уговора се прави разлика између *rei*-а и *aliud*-а. Под *rei*-ом се подразумева случај када је продавац испоручио купцу уговорену робу, али која има недостатке и таква испорука се третира као испуњење уговора испоруком дефектне или манљиве робе. Случај у коме је продавац испоручио другу, а не уговорену робу је означен *aliud*-ом. Случај *aliud*-а постоји на основу саме чињенице да је испоручено нешто друго (*aliud*), а не оно што је уговорено, на основу врсте, без обзира на својства испоручене робе. Постојање *rei*-а се утврђује на основу стања робе, тј. њених својстава, а не на основу врсте робе. Како се, међутим, критеријуми разликовања могу преклапати, као претходно се поставља питање на основу којих критеријума (субјективних или објективних) третирати другу робу коју је продавац испоручио као неиспуњење, као манљиво испуњење (*rei*), или као испоруку несаобразне робе (*aliud*). Од ове оцене зависе правна средства која купцу стоје на располагању и са њима повезане радње које је потребно да предузме да би очувао своја права и да би могао да их користи у том случају.

Имајући у виду да је у Преднацрту Грађанског законика у алтернативи два, уз члан 531, предвиђен случај *aliud*-а и могућност увођења јединственог концепта „несаобразности робе“, рад је посвећен анализи *aliud*-а као једног од случајева несаобразности из Бечке конвенције. У

4 И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, стр. 144.

5 Вид. С. Перовић, Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига 2, Горњи Милановац, 1980, стр. 73. И професор Константиновић је у Скици за Законик о облигацијама и уговорима, у чл. 407(1)(3)(2), као једна од случајева материјалних недостатка предвидео „предају друге ствари“. Вид. М. Константиновић, *Облигације и уговори*, Класици југословенског права, Београд, 1996.

6 В. Капор, 1966, стр. 171.

7 Вид. напомену уз члан 531 Преднацрта.

том циљу *aliud* ће бити анализиран као део обавезе продавца да испоручи робу и као један од случајева несаобарзности. С обзиром да питање *aliud*-а није прецизно дефинисано у Бечкој конвенцији, нити око његовог значења постоји јединствени став у судској пракси и правној теорији, аутор сматра да из ових, али и других разлога које наводи у раду, не би требало уводити *aliud* у нови Грађански законик.

## II O обавези продавца да испоручи робу

Обавеза продавца да испоручи робу је предвиђена као основна обавеза у свим националним правима и међународним изворима. При томе се у њима предвиђена решења разликују не само по формулацији у језичком смислу, већ и по правном значају и садржини ове обавезе.

У *језичком смислу*, ова обавеза се означава или као обавеза *предаје* ствари (*hand over*) или као обавеза *испоруке* (*delivery*), али се у односним изворима не дефинишу ни једна, ни друга. Обавезу предаје, у генералном смислу, предвиђају углавном старији национални закони у којима је као основна обавеза продавца предвиђена обавеза преноса својине и у којима се својине не стиче самим закључивањем уговора. Обавеза предаје ствари у том случају је у функцији начина стицања својине (*modus acquirendi*). Овакав концепт је прихваћен у ЗОО (члан 454) и члану 504 Предлога Грађанског законика (ПГЗ). Према наведеним члановима, уговором о продаји продавац се обавезује да на купца пренесе својину продате ствари „и да му је у *иу сврху* преда...“ Сврха предаје ствари је, дакле, стицање својине. Овако прописана обавеза предаје је у правној теорији схваћена као радња или скуп радњи које је продавац, према уговору или уобичајеним правилима понашања, дужан да предузме како би се купцу омогућила државина ствари.<sup>8</sup> Овде се, заправо, и не прави разлика између појмова „испорука“ и „предаја“ ствари и сматра се да је „испорука ушла у оквир појма предаје“.<sup>9</sup>

У Бечкој конвенцији је обавеза испоруке робе наведена као једна од основних обавеза. Према одредбама члана 30 Конвенције, продавац је, поред испоруке, дужан да преда документе и да пренесе својине на продатој роби. Конвенција, међутим, не дефинише шта се подразумева

8 С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 541.

9 М. Драшкић, *Међународна тродаја према униформним ирвилима и уиоредном ираву*, Београд, 1987, стр. 125, сматра да је у правима која су приватили систем традиције, испорука ушла у оквир појма предаје и да означава радњу коју купац мора да изврши да би испунио обавезу преноса својине. И у Коментару ЗОО, ред. С. Перовић, књ. II, уз члан 467, стр. 891, се наводи да се предаја ствари паралелно користи са појмом испорука робе која се користи код уговора о продаји у привреди.

под испоруком робе, али је очигледно да, бар у језичком смислу, прави разлику између појмова „предаје“ и „испоруке“. Тако је продавац дужан да преда (*hand over*) документе, али да испоручи (*delivery*) робу.<sup>10</sup> О садржини ових појмова/обавеза може се закључити на основу одредби Конвенције у којима је регулисан начин њиховог извршавања. Начин извршења обавезе испоруке су детаљније регулисани у посебном одсеку I, у члановима 31 до 34 Конвенције.

## 1. Садржина обавезе продавца да испоручи робу

Одредбе члана 30 Конвенције прописују да продавац „мора на начин који је предвиђен уговором и овом Конвенцијом да испоручи робу, преда документе који се односе на робу и пренесе својину на роби“. О начину на који је продавац дужан да испуни обавезу испоруке робе (енгл. *delivery*, франц. *délivrance*, нем. *lieferung*) се може закључити из формулације на „начин *предвиђен уговором*“, док су место и време испуњења регулисани одредбама чланова 31 до 34 Конвенције. Одредбама чланова 31 и 33 регулисано су место и време испоруке робе, док су одредбе члана 34 Конвенције посвећене регулисању места, времена и начина предаје докумената. Из формулације члана 32 повезане са чланом 31 очигледно је да се у Конвенцији прави разлика између испоруке и предаје робе и да се садржина појма испоруке може изједначити са начином испоруке робе. Из наведених чланова се може закључити да појам испоруке обухвата радње *предаје* робе и *сипавања робе на расклопање*. Сврха предаје робе може бити различита и зависи од начина на који се у односном праву преноси својина: да купцу омогући да стекне својину<sup>11</sup> или државину на роби, да прими испоруку<sup>12</sup> или да стекне могућност физичке контроле.<sup>13</sup>

У правној теорији се под обавезом испоруке робе подразумева сложена обавеза коју продавац извршава предузимањем две групе фактичких радњи и правних послова. Једне су усмерене на припрему предаје, а друге се састоје из саме предаје робе. Као претходне и припремне радње, може се навести обавеза продавца да, код уговора о продаји са ЦИФ клаузулом, закључи уговор о превозу робе, да добије потребне дозволе за извоз или да пријави извозни посао (уговор). Предаја робе се састоји по правилу из физичких или симболичких радњи које су усмерене на предају државине или омогућавање купцу да стекне државину и

10 Уосталом и одговарајући одсек I је насловљен као „испорука робе и предаја докумената“.

11 Чл. 454(1) ЗОО.

12 Узанса бр. 70(2).

13 Вид. напомену/коментар уз чл. IV.A. – 2:201. DCFR, стр. 1300.

располаже робом. Као физичке радње, наводи се издвајање робе из масе, њено паковање ради идентификације, али и физичка или симболичка предаја или уручивање робе. Ако се прихвати овакво разликовање, испорука робе обавезно обухвата и предају и може се са њом изједначити, али и не мора.

У ЗОО су ове радње означене као уручење ствари и предаја исправа. Разликовање између испоруке и предаје је прихваћено и у DCFR у којима се предаја робе сматра као један од начина испоруке робе. Као други начин предвиђено је стављање робе на располагање. Циљ на овај начин одређена „функционалне дефиниције испоруке“ је да омогући „трансфер физичке контроле на роби“.<sup>14</sup>

У Једнообразном закону о међународној продаји телесних покретних ствари (у даљем тексту: Хашки једнообразни закон или ХЈЗ), испорука је дефинисана на потпуно другачији начин. Обавезу испоруке робу према одредбама члана 19(1) ХЈЗ, чине две обавезе: обавеза продавца да преда робу и да тако предата роба буде саобразна уговора.

У домаћем праву, појам испоруке је био познат у Општим узансама за промет робе (у даљем тексту: Опште узансе), док се у ЗОО као и у Преднацрту регулише предаја ствари. У узанси број 70 појам испоруке је дефинисан као „све оне радње које је продавац дужан да обави, према уговору и природи посла, да би купац могао да прими испоруку“. Ако се „пријем испоруке“ не ограничи само на пријем саобразне робе (робе без недостатака), онда се овако одређење испоруке по дејству изједначава са касније усвојеним решењем у Бечкој конвенцији. То практично значи да се према Општим узансама сматра да је продавац испунио обавезу испоруке и када испоручена роба има материјалних недостатака. Супротно решење је прихваћено у ХЈЗ. Према одредбама члана 19(1), продавац је своју обавезу испоруке извршио тек ако и када је испоручио саобразну робу.

Питање дефинисања обима појма испоруке није само од теоријског, већ и од практичног значаја и за случај *aliud*-а. За разматрање питања *aliud*-а од значаја је разликовати решења код којих се испорука исцрпљује у предаји робе или њеном стављању на располагање у месту, времену и на начин како је одређено у уговору или у складу са обичајима и прихваћеном праксом и она код којих се осим наведене предаје захтева и да тако предата роба буде саобразна уговору. У првом случају, обавеза испоруке је одвојена од обавезе предаје саобразне робе. У правима у којима је прихваћено такво решење, правне последице *aliud*-а су регулисане одредбама о саобразности испоручене робе. У другом случају, ме-

14 Вид. коментар уз члан IV.A. – 2:201, књ. IV DCFR, стр. 1283. Коментатори наводе да од правила о преносу физичке контроле постоје и изузеци.

сто, време и начин предаје су повезане са својствима испоручене робе, па корене *aliud*-а треба тражити у обавези испоруке која се протеже и на одоворност за својства робе.

Дефинисање обавезе испоруке преко предаје робе и њено условљавање саобразношћу предате робе је стварало бројне проблеме у практичној примени<sup>15</sup> па је у Конвенцији појам испоруке поједностављен и третира се као посебан или аутономан појам, односно обавеза продавца. Поједностављење се огледа у томе што се обавеза испоруке посматра одвојено од саобразности робе, а њено испуњење се цени према року, месту и начину на који је роба предата или је стављена на располагање. Ако је продавац предао робу у уговореном месту, на време и на начин како је уговорено или произлази из Конвенције или обичаја, таква се испорука сматра као саобразна испорука. Стање робе се, при томе, не узима у обзир. Обавеза продавца да испоручи робу саобразну уговору је одвојена од обавезе испоруке и регулисана је посебним правилима. Раздвајање и одвојено регулисање ове две обавезе може довести до ситуације да се сматра да је продавац испунио обавезу испоруке и када испоручена роба *није саобразна* уговору и без обзира да ли је пренет *ризик* са продавца на купца.

И поред тога, то не значи да је појам испоруке робе (*delivery*) поистовећен или изједначен са појмом предаје робе (*hand over*), као актом којим се преноси државина или својина.<sup>16</sup> Испорука се *може сасијојати* у *предаји робе, али и не мора*. Отуда постоје случајеви кад се сматра да је продавац извршио испоруку, а да није предао робу купцу. И обрнуто, постоје ситуације када се сматра да продавац није извршио испоруку иако је купцу предао робу.<sup>17</sup> Које су све радње обухваћене појмом испоруке зависи од конкретног уговора, природе предмета и околности посла. С обзиром на то шта све обухвата, може се говорити о испоруци у ужем и у ширем смислу. У *уже* смислу, појам испоруке подразумева уручење или предају робе купцу или стављање робе на располагање купцу у одређеном месту. У овом смислу би требало разумети одредбе чланова 454(1) ЗОО и 504(1) ПГЗ. У *ширем* смислу, под појмом испоруке се подразумевају и друге радње које служе истој сврси, као што су: обавештавање купца о испоруци, закључивање уговора о превозу или обезбеђивање превозног средства, утовар робе у превозно сред-

15 Вид. Lando, у: Bianca, Bonell, *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffre – Milan, 1987, стр. 245–46, тач. 1.2 и 1.3.

16 М. Драшкић, М. Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд, 2005, стр. 291, марг. бр. 20.43.

17 В. Поповић, *Правни аспекти доцње продавца са испоруком робе*, Бања Лука, 2000, стр. 18.



ство, прибављање потребних докумената и слично.<sup>18</sup> У Конвенцији су све те радње обухваћене појмом предаје робе или стављање робе на располагање купцу.

## 2. Обавеза продавца да испоручи саобразну робу

Обавеза продавца се не исцрпљује у предаји робе превозиоцу или у њеном стављању на располагање купцу. Купац очекује од продавца не само да му испоручи робу, већ и да роба има одређена својства, она која је имао у виду приликом закључивања уговора, односно она својства која је уговорио. У Конвенцији се полази од морално-правног правила *cavaet venditor* које, за разлику од схватања у римском праву (*cavaet emptor*), представља општу тенденцију у уговорном праву продаје од краја 19. века.<sup>19</sup> У Конвенцији је у члану 35 ово изражено кроз обавезу продавца да испоручи робу саобразну уговору и његову одговорност у случају да је купцу испоручио несаобразну робу. Чињенице да ли је продавац знао или није знао, као ни то да ли је крив за постојање несаобразности нису од значаја за његову одговорност.<sup>20</sup> У Нацрту заједничких правила за упућивање, гарантовање саобразности робе је одређено као основна обавеза.<sup>21</sup>

У Конвенцији је саобразност робе одређена као *јединствени појам* и обухвата случајеве испоруке манљиве или дефектне робе, испоруку друге, а не уговорне робе и робу са видљивим и невидљивим или скривеним недостацима.<sup>22</sup> Што се тиче питања да ли су и правни недостаци обухваћени јединственим појмом саобразности, мишљења у правној теорији су подељена. Док једни сматрају да је реч о техничком појму који се односи само на случајеве наведене у члановима 35 и 36 Конвенције, а не и на случајеве постојања права и захтева трећих лица из члана 41 Конвенције, други сматрају да се појам несаобразности односи и на последње случајеве.<sup>23</sup>

18 Вид. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 541; И. Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1999, стр. 357; М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2006, стр. 52.

19 R. F. Henschel, „Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35: Cavaet Venditor, Cavaet Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules“, *Nordic Journal of Commercial Law*, бр. 1/2004, стр. 3.

20 S. Krusing, *(Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, Interesentia nv, 2004, стр. 25.

21 DCFR, IV.A. – 2:101(d).

22 Schwenzer, у: Schlechtriem, Schwenzer, *нав. дело*, стр. 411–412, марг. бр. 4; Bianca, у: Bianca, Bonell, *нав. дело*, стр. 270, тач. 1.3.

23 Вид. P. Huber, A. Mullis, *The CISG: A new textbook for students and practitioners*, Sellier, 2007, стр. 247. и ауторе које наводи у нап. бр. 894. и 895. У домаћој теорји Ј. Перовић, *Бићина њовреда уговора*, стр. 201, нап. бр. 726.

Правна својства су изведена категорија којом се изражава однос трећих лица према роби, тј. да ли трећа лица имају каквих правних претензија: државину, залогу, резервисано право својине или неки облик права индустријске својине и слично. И једна и друга својства су у Конвенцији обухваћена појмом саобразности робе (*conformity of goods*). У том смислу је одређено да је роба саобразна уговору ако има уговорена или уобичајена својства и ако је слободна од захтева трећих лица. Другим речима, да би испунио обавезе из уговора, продавац је дужан да купцу испоручи саобразну робу. Ако роба није саобразна продавац је одговоран за несаобразност. Купцу у том случају стоје на располагању посебна правна средства.

### III Случајеви несаобразности робе према Конвенцији

Иако је појам саобразност робе централни институт према коме се мери испуњеност уговорних обавеза и на коме се заснива систем одговорности продавца, у Конвенцији није одређено његово опште значење. Уместо приступа методом апстрактног дефинисања, у Конвенцији је прихваћен еклектички метод, који је углавном прихваћен у *common law* систему, тако што су у члану 35 набројани случајеви кад се сматра да роба није саобразна. То је навело поједине ауторе да решења Конвенције о саобразности робе оквалификују као „елегантан текст“ који „прикрива богатство тешкоћа“.<sup>24</sup>

У Конвенцији су као основни критеријум за утврђивање саобразности прихваћена *уговорена својства* као правно преобразени облик очекивања које су уговорне стране имале од уговора приликом његовог закључивања, односно као манифестовани облик аутономије воље. У том смислу се у Конвенцији разликују случајеви када су уговорне стране *уговориле* потребна својства робе и *када то нису учиниле*, или нису учиниле у потпуности, или довољно јасно. У првом случају је продавац дужан да испоручи робу у количини, квалитету и врсти како је то предвиђено уговором и упаковану и заштићену и на начин предвиђен уговором. Из ове одредбе члана 35 став 1 Конвенције би се могло закључити да својства робе на основу којих се цени њена саобразност у правном смислу чине: количина, квалитет, врста и паковање.

Када уговором нису одређена ова својства, у Конвенцији није дат општи појам саобразности, већ се у њеном одређивању пошло од субјективних и објективних елемената и очекивања уговорних страна.

24 R. Hyland, „Conformity of Goods to the Contract Under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code“, у: P. Schlechtriem (ed.), *Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1987, стр. 305.

При томе је примењен тзв. негативни приступ, тако што су наведени случајеви када се сматра да роба није саобразна.

Осим ових случајева који су у Конвенцији изричито наведени, у теорији преовладава схватање да је и случај *aliud*-а, који је у Хашким законима био изричито наведен, на прећутан начин обухваћен Конвенцијом као случај несаобразности.<sup>25</sup> Практично, појам несаобразности обухвата постојање недостатака у квалитету и квантитету, испоруку *aliud*-а и недостатке у паковању робе. У Нацрту заједничког оквира за упућивање, случајеви несаобразности су одређени на нешто другачији начин. Према одредбама члана IV.A. – 2:301, роба није саобразна уговору ако не одговара по квантитету, квалитету и опису; ако није упакована на захтевани начин, ако није испоручена са додацима, упутством за инсталисање или другим упутствима која су предвиђена уговором и ако није саобразна са преосталим члановима овог дела Нацрта.

#### IV Несаобразна испорука и испорука несаобразне робе

И несаобразна испорука и испорука несаобразне робе представљају повреду уговора. Ако је продавац испоручио робу која није саобразна уговору таква испорука се сматра испоруком несаобразне робе. Постојање несаобразности на роби која је испоручена и коју је купац примио нема дејство на испоруку, већ даје право купцу на посебна правна средства која се разликују од оних за случај несаобразне испоруке. Несаобразна испорука постоји кад је продавац повредио обавезу да робу преда или да је стави на располагање на место, време или уговорени начин.

Испорука несаобразне робе се не сматра аутоматски битном повредом уговора, па је на купцу терет да докаже тежину повреде. Ако докаже да несаобразност представља битну повреду уговора и ако је о томе обавестио продавца у разумном времену након што је открио или могао открити, а у сваком случају не касније од две године након што му је роба предата, купац може раскинути уговор и од продавца захтевати накнадно уредно испуњење *испоруком нове робе*.

У Хашком једнообразном закону ово питање је било концепцијски регулисано на другачији начин тако што је саобразност или уредност испоруке била условљена саобразношћу испоручене робе. Саобразном испоруком се сматрала не само испорука саобразне робе, већ и ако је то учињено на место, време и начин како је уговорено. Повреда било ког од наведених елемената се третира као повреда обавезе испоруке, а купац у том случају своја права остварује према правилима о неиспоруци.

25 Schwenzler, у: Schlechtriem, Schwenzler, *нав. дело*, стр. 411, марг. бр. 4.

## 1. Испорука *aliud*-а као облик испоруке несаобразне робе

Латински израз *aliud* значи нешто друго, а под испоруком *aliud*-а се подразумева испорука друге ствари или ствари другог рода.<sup>26</sup> У Бечкој конвенцији се испорука друге, а не уговорене робе (испорука *aliud*-а), сматра као испорука несаобразне робе и као један од случајева несаобразности. Према решењима из Закона о облигационим односима, ако је продавац предао купцу другу, а не уговорену робу, сматра се да уопште није испоручио робу, тј. да није испунио уговор. Зависно од тога како се квалификује ова повреда уговора, као и од чињенице да ли је продавац знао или је могао знати да је испоручио другу, а не уговорену робу, зависи којим се правима може користити купац.

Што се тиче правних средстава која стоје на располагању купцу, у Конвенцији су, у складу са јединственим појмом повреде уговора, сви случајеви несаобразно испоручене робе третирани на исти начин, без обзира на то у чему се састоји несаобразност, нпр. да ли је испоручена већа или мања количина, или роба нема уговорена својства или је испоручена друга роба, а не уговорена. У свим овим случајевима продавац одговара купцу због несаобразности испоручене робе. *Aliud* представља само једна од случајева несаобразности, па иста правила о одговорности важе и за случај *aliud*-а, иако се он по много чему разликује од осталих случајева несаобразности.

У складу са општим правилима о одговорности, да би продавац одговарао због *aliud*-а, потребно је да је утврђено постојање *aliud*-а, као облика несаобразности, да своју одговорност није искључио уговором или Конвенцијом и да је купац ставио приговор.

*Aliud* као повреда уговора и услов за коришћење њравних средстава. У Конвенцији се за „повреду уговора“ (*breach of contract*) паралелно користе изрази: „неиспуњење уговорних обавеза“ (*nonperformance of contract obligations*) и пропуштање испуњења (*failure to perform*).<sup>27</sup> И поред језичких разлика, њихово правно значење је исто.<sup>28</sup> Ови појмови,

26 С. Фишер Шобот, *нав. дело*, стр. 107.

27 Тако је део III Конвенције, чланови 45-52, насловљен као „Remedie for breach of contract by the seller“, док се у наведеним члановима користе оба израза.

28 Will, у: Binaca, Bonell, *нав. дело*, стр. 331, тач. 2.1.2; Huber, у: Schlechtriem, *нав. дело*, стр. 357, марг. бр. 6; Müller-Chen, у: Schlechtriem, Schwenger, *нав. дело*, стр. 521, марг. бр. 5; U EPC: вид. чл. 8:101, и пропратне коментаре и илустрације, стр. 359-362. у: O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Commission on European Contract Law and Kluwer, 2000, појам неиспуњења обухвата и тзв. извизнавајућа и неизвизнавајућа неиспуњења. Супротно, Д. Павић, „Општи поглед на неизвршење уговора у Принципима европског уговорног права“, у: Р. Вукадиновић (ред.), *Начела Европској уговорној права и југословенско право, њрилој хармонизацији домаћеј законодавјиства*, Крагујевац, 2001, стр. 217.

као збирни обухватају све врсте и облике неиспуњења обавеза, односно све облике повреде уговора.<sup>29</sup> Неиспуњење може бити резултат продавачеве активне или пасивне радње, односно резултат одређеног чињења или нечињења (понашања). Тако је продавац повредио уговор ако није испоручио робу, али и ако је испоручио робу која није саобразна уговору, ако није пренео својину на продатој роби, али и ако није узео у заштиту купца од правних захтева трећих лица, или није купцу дао потребна обавештења или документе, или није одустао од продаје робе купчевим конкурентима ако је то уговором било изричито уговорено.

*Значај кривице.* Разлози због којих је дошло до неиспуњења, или повреде уговора нису од значаја за постојање неиспуњења или повреде уговора. Под разлозима се најчешће подразумева кривица. Међутим, не само што кривица не утиче на постојање неиспуњења, већ ни било који други разлози, чак ни они који су у Конвенцији наведени као разлози за ослобађање од одговорности продавца (чл. 79). Појам неиспуњења је објективизован резултатима или насталим последицама, и одвојен је од разлога који су таквом резултату допринели. Разлози који су до тога довели могу имати значаја за квалификацију повреде као битне или небитне и могу утицати на право купца да изабере одговарајуће правно средство, али не утичу на постојање саме повреде. У том смислу су посебна правна средства предвиђена ако се повреда уговора састоји у *неиспоруци робе*, а посебна ако је *испоручена несаобразна роба*.

*Значај савесности продавца.* У случају *aliud*-а купац је дужан да о томе обавести продавца и да тражи испоруку уговорене робе само ако продавац није знао да је испоручио другу, а не уговорену робу. Ако је продавац за ово знао или је могао знати, у питању је његова намера да обмане купца па у том случају таква повреда уговора представља битну повреду уговора која купцу даје право на раскид

Знање продавца утиче посредно и на начин на који купац може користити своја права. У том погледу одредбе члана 40 Конвенције прописују да се продавац не може користити одредбама о обавези прегледа робе у кратком року и о благовременом обавештењу, када се недостатак саобразности односи на чињенице „које су му биле познате или му нису могле бити непознате, а он их није открио купцу“. Такво извршење купац може сматрати неиспоруком и у складу са одредбама члана 47 Конвенције оставити продавцу накнадни рок разумне дужине за нову испоруку. Условљавати купца да спроведе поступак контроле и обавештавања као у случају испоруке несаобразне робе било би

29 Међутим, јединствени појам неиспуњења не треба везивати само на тзв. неизвињавајућа неиспуњења и само за њих везивати појам повреде уговора који даје право купцу на правна средства, што је познато у енглеском праву. Исто тако, није од значаја ни да ли је повређена основна или споредна уговорна обавеза.

у супротности и са начелом савесности и поштења на чије поштовање у тумачењу Конвенције упућују одредбе члана 7. Стога би евентуални приговор продавца да купац није благовремено прегледао робу и да га о томе није обавестио, иако је и сам знао да је испоручио другу робу, требало одбити као супротан начелу савесности и поштења (или добре вере у општем праву).

## 2. Кад постоји *aliud*?

Из формулације члан 35(1) Конвенције није јасно да ли *aliud* обухвата робу која припада истој врсти као што је уговорена, или и сваку другу робу без обзира на врсту и род ако не одговара „опису који је захтева уговором“, како је наведено у Конвенцији,<sup>30</sup> јер није одређено шта се подразумева под одступањем „у врсти“. Одредбе члана 33(1)(6) ХЈЗ су биле јасније и „покривале“ су две врсте робе: робу исте врсте, али различиту од оне која је уговорена, и робу друге врсте, па и испорука потпуно или тотално друге ствари, у односу на ону која је уговорена и испоруке робе друге врсте. Тако се као испорука друге робе сматра и случај кад је продавац уместо пшенице испоручио кукуруз, или када је уместо црног вина испоручио бело вино или шећер уместо соли.<sup>31</sup>

У правној теорији и пракси се мишљења у том погледу разликују.<sup>32</sup>

Испорука друге врсте робе – *aliud*-а, је на различите начине третирана и у националним правима. У упоредном праву испорука друге робе се третира или као испорука несаобразне робе,<sup>33</sup> или као неиспорука робе.<sup>34</sup>

Мислимо да би формулацију о *aliud*-у требало тумачити у оквиру општих начела и општих правила на којима се заснива Конвенција,<sup>35</sup> начелу поштовања савесности и поштења (добре вере), из члана 7, и правилу разумног тумачења, из члана 8(2) Конвенције.

30 У преводу на српски језик „опис захтеван уговором“ (*description required by the contract*) је преведен као „врста предвиђена уговором“. Вероватно је на овакав превод утицала формулација употребљена у члану 33(1)(6) Једнообразног закона.

31 Вид. Schwenzler, у: P. Schlechtriem, I. Schwenzler, *нав. дело*, стр. 415, марг. бр. 10.

32 Вид. Schwenzler, у: Schlechtriem, Schwenzler, *нав. дело*, стр. 414, марг. бр. 10; R. F. Henschel, *нав. дело*, стр. 169 и даље; S. Kruisinga, *нав. дело*, стр. 38 и даље; С. Фишер Шобот, *нав. дело*, стр. 108 и даље.

33 R. F. Henschel, *нав. дело*, стр. 169, наводи у том смислу права норвешких земаља, данско право и право Немачке после измене Грађанског законика од 2001. године. Вид. и коментар – напомену уз члан IV.A.2:301(a) DCFR, *pod E*, стр. 1300.

34 Право Аустрије и Немачке пре измене Грађанског законика од 2001. године. *Истио*, напомена бр. 58.

35 Вид. чл. 7(2) Конвенције.

Природа уговора о продаји и опште правило према коме „изјаве и понашања једне стране треба тумачити онако како би их разумно лице истих својстава као друга страна схватила у истим околностима“ упућују на уже тумачење. Осим у складу са схватањем разумног лица (разумно тумачење), понашање продавца би требало ценити и према његовом знању, односно савесности код испоруке такве робе. Тако продавац може свесно испоручити другу робу иако је знао да то није уговорена роба, на пример, може уместо уговорене марке цигарата „*marlboro*“ испоручити цигарете „*vinston*“ која је су по цени исте вредности као и наручена роба. Несумњиво је да обе врсте цигарета спадају у исту класу, тј. врсту. Да ли се у овом случају може тврдити да је продавац знао за разлику између уговорене и испоручене робе, тј. да је свесно испоручио *aliud*, посебно ако није пушач, имајући у виду да је цена и једних и других иста? Слична дилема постоји и у случају када је продавац испоручио уместо садница „раних“ испоручио саднице „касних“ јабука. Сматрамо да је у обе ситуације продавац испоручио робу у оквиру исте врсте, али не ону која је уговорена. Што се тиче знања, терет доказивања је на продавцу. Он мора да докаже да то није учинио са знањем или намером. У супротном, ако не докаже, може се поставити питање преваре, а у том случају „превара квари све“ (*fraus omnia corumpit*). Питање знања и намере је значајно због квалификације такве испоруке, или као неиспоруке (у случају знања) или као преваре (у случају намере), или као испоруке несаобразне робе (у случају да није знао).

У случају кад се испорука сматра *aliud*-ом, као једином од облика несаобразности робе, купац је дужан да је прегледа „у што је могуће краћем року“, <sup>36</sup> да о томе продавца обавести „у разумном року“ од тренутка кад га је открио или морао открити, <sup>37</sup> а најкасније у року од две године дана од дана стварне предаје купцу. <sup>38</sup> Према једном схватању, купац је на то обавезан чак и када је продавац испоручио „потпуно другу“ (по врсти) и другачију (по својствима) робу од оне која је уговорена, на пример, шећер уместо соли, или кромпир уместо кукуруза. <sup>39</sup> Други аутори сматрају да ту није реч о *aliud*-у, већ о неиспоруци.

С обзиром да је и формулација „потпуно друга роба“ само описни, али не и правни појам, одговор на питање да ли испорука такве робе представља неиспоруку (повреду обавезе испоруке) или испоруку несаобразне робе, зависи од тога како се схвата појам врсте: да ли само на основу заједничких битних елемената који чине супстанцу, или

36 Чл. 38(1) Конвенције.

37 Чл. 39(1) Конвенције.

38 Чл. 39(2) Конвенције.

39 Примери преузети из Schwenzler, у: Schlechtriem, Schwenzler, *нав. дело*, стр. 415, марг. бр. 10.

и на основу употребних вредности, па и потрошачке заменљивости (супституције на тржишту). Тако, на пример, као воће намењено купцима, крушке јесу заменљиве јабукама, али су по саставу другачије. То посебно важи за шећер и со, без обзира што би се могли сврстати у групу или врсту зачина. Ако се у обзир узму ове недоумице, која нису само правне природе, може се разумети због чега се у Конвенцији не помиње и одступање по врсти.

XJЗ је у том погледу био прецизнији, па је као *aliud* третирао „робу која није она на коју се уговор односи и робу различите врсте“. У теорији се сматра да се и Конвенција, без обзира што то није јасно стипулисано, односи на робу друге врсте, тј. да се као *aliud* сматра и роба друге врсте. У том случају, преглед робе има за циљ да утврди да ли је роба коју је купац примио обухваћена *aliud*-ом, тј. да ли је реч о роби исте или различите врсте, а након тога њено стање.

Након што се утврди да се примљена роба сматра *aliud*-ом, поставља се питање одговорности продавца и правних средстава која у том случају стоје купцу на располагању.

## **V Правна средства која стоје на располагању купцу у случају *aliud*-а**

У случају повреде уговора, уговорним странама стоје на располагању правна средства која су, када је реч о купцу у члановима 45 до 52 Конвенције одређена као:

- 1) захтев за испуњење уговора,
- 2) право да раскине уговор или
- 3) снижење цене и
- 4) захтев за накнаду штете.

Да би купац могао да их користи потребно је да је продавац учинио повреду уговора, да је изабрао неко од предвиђених средстава и да је о томе обавестио продавца. С друге стране, услови за њихово коришћење се разликују зависно од тога да ли је продавац испоручио или није испоручио макар и дефектну или несаобразну робу.

### **1. Ако није извршена испорука робе**

Пошто се повреда уговора учињена неиспоруком, без обзира на јединствени концепт повреде, ипак издваја као „посебно тешка“ и по самој Конвенцији представља битну повреду, за коришћење овим правом је предвиђен посебан поступак. Купац је према одредбама члана



49(1)(б) дужан да продавцу остави додатни рок, па ако продавац ни у додатном року не испоручи робу коју му је купац одредио, може раскинути уговор.

Повреда обавезе испоруке обухвата не само случајеве када роба уопште није испоручена, него и када је испоручена у погрешном месту, или је испоручен само део робе, као и када нису предати документи који се односе на робу или није пренето неоптерећено право својине на роби.<sup>40</sup> У случају испоруке друге а не уговорене робе (*aliud*), начелно се сматра да је продавац испунио обавезу испоруке, али се таква испорука сматра несаобразном и за њу важе друга правила. Као неиспорука би се могла сматрати једино испорука потпуно друге робе друге врсте о чему је знао продавац, случај тзв. квалификованог *aliud*-а.

## 2. Ако је испоручена несаобразна роба

У случајевима који су обухваћени појмом испоруке несаобразне робе, купац је за разлику од неиспоруке ипак нешто добио, макар и другу робу, па су му за коришћење предвиђених правних средстава наметнуте „посебне обавезе“.<sup>41</sup> То се односи на обавезу утврђивања несаобразности тако да губи право да се позове на недостатак саобразности ако о томе није благовремено послао обавештење продавцу у коме је навео природу недостатка. С друге стране, и у погледу момента од кога почињу да теку рокови застарелости, у Конвенцији о застарелости је направљена разлика између случајева који се односе на захтеве по основу повреде уговора, несаобразности и по основу повреде изричите гаранције.<sup>42</sup> У случају *aliud*-а купцу начелно стоје на располагању сва правна средства. Међутим, коришћење неких од њих је ограничено или онемогућено природом *aliud*-а.

Тако се питање поправке робе у неким случајевима практично не поставља јер је немогуће со „поправити“ у шећер. Спорно је и питање накнаде штете: у чему се састоји и према којим критеријумима се мери:

40 Will, *нав. дело*, стр. 336, тач. 2.1.1.1; Müller-Chen, у: Schlechtriem, Schwenger, *нав. дело*, стр. 539, марг. бр. 6; C. Liu, *Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, тач. 3.2.

41 R. Hyland, „Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code“, у: P. Schlechtriem (ed.), *Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1987, стр. 307.

42 У националним правима је ово питање регулисано на различите начине. Тако се у немачком праву о продаји разликује испорука дефектне робе (робе са недостатком) и погрешне (друге) робе. У случају испоруке заменљиве робе, купац у принципу може бирати између средстава за несаобразност или за неиспоруку. У француском праву се не прави разлика између испоруке несаобразне робе и неиспоруке.

субјективним или објективним. Објективни критеријуми или нису довољни, или нису подесни да мере штету. То се може видети на примеру испоруке „винстона“ уместо „марлбороа“, будући да су им продајне цене исте. Субјективни критеријуми на први поглед изгледају подеснији. То се може илустровати примером купца који је желео рану сорту јабука, а не њену касну варијанту, или купца који хоће бело вино „шардоне“ од једног, а не од другог произвођача. Проблем са чистим субјективним критеријумом је у томе што његова примена претвара *aliud* у робу уговорених својстава, а то није био циљ редактора Конвенције. Циљ редактора Конвенције је да купцима омогући да прихвате и другачију робу од оне која је уговорена, ако за то имају интереса.

## VI Резиме

Имајући у виду да су и након више од две деценије од примене Бечке конвенције бројна питања која се односе на *aliud* и даље нерешена, а да о неким од њих постоје различита тачења, сматрамо да би се његовим уношењем у нови Грађански законик Србије без посебних разлога унеле и све дилеме на које је је указано у раду. Евентуални разлози да се прихватањем друге робе која је испоручена уместо уговорене омогући купцу да задржи и такву робу и тиме смањи трошкове враћања робе, нису у тој мери карактеристични за унутрашњи промет.

**Radovan D. VUKADINOVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac**

## ABOUT THE PLACE OF *ALIUD* IN DRAFT CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

### Summary

*Bearing in mind that in the Draft Civil Code of the Republic of Serbia in Art. 531 exist two alternatives, provided *aliud* case and the possibility of introducing the unique concept of “non-conformity of goods”, the paper is devoted to an analysis of *aliud* as one of the cases of non-conformity of goods in the UN Convention on international sale (CISG). To this end *aliud* has analysed as part of the obligations of the seller to deliver the goods as well as one of the cases nonconformity. Having in mind that case of *aliud* is not precisely defined in the*

---

*Vienna convention, nor about its meaning exists a unique position in jurisprudence and legal theory, the author argues that for these and other reasons cited in the paper, should not be imposed aliud in the new Civil Code.*

**Key words:** *aliud, the Civil Code of the Republic of Serbia, lack of conformity of goods, non-conformity delivery, the UN Convention on contracts for the international sale of goods.*

Др Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Свешислав В. КОСТИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

## ОПОРЕЗИВАЊЕ ПРОМЕТА КОД УГОВОРА О ЗАЈЕДНИЧКОЈ ИЗГРАДЊИ И УГОВОРА О ГРАЂЕЊУ\*

### Резиме

*Грађевинарство је сложена и комплексна привредна грана, која ангажује велики број фирми и радника, те је од посебној значаја за привреду Србије и њен развој. Аутори се у раду баве пореским импликацијама грађевинске делатности, са аспекта пореза на додату вредност. Анализирајући уговор о заједничкој изградњи и уговор о грађењу, они указују на специфичности опорезивања промета грађевинских објеката и грађевинских услуга. Посебан критички осврт је дао на важеће решење, према којем у ситуацији када су и извођач радова, и инвеститор обвезници пореза на додату вредност, порески дужник који обрачунава порез на додату вредност није извођач радова, већ инвеститор. Иако је таквом одредбом законодавац хтео да побољша ликвидност овој сектору српске привреде, остаје дилема да ли ће се ова тенденција остварити у пракси, што зависи од ефикасности државе у повраћају пореза на додату вредност извођачу грађевинских радова.*

---

\* Рад је резултат рада на пројекту 179001 „Организациона и информациона подршка систему управљања квалитетом као кључним фактором повећања конкурентности наших предузећа и њиховог бржег изласка на светско и ЕУ тржиште“, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

**Кључне речи:** *грађевинарство, грађевински објекти, порез на додату вредност, порез, уговор о грађењу, уговор о заједничкој изградњи.*

## І Уводне напомене

Грађевинарство представља једну од врло важних индустријских привредних грана, са аспекта привредног раста и функционисања привреде. Оно обухвата изградњу зграда (стамбене и нестамбене зграде – фабрике, пословне зграде, болнице, школе, хотели, ресторани, спортске дворане, складишта, подземне гараже и др.) и осталих грађевина (путеви, железничке пруге, подземне железнице, аеродроми, пристаништа, улице, мостови, тунели, цевоводи, електрични и телекомуникациони водови, хидротехнички објекти и др.), као и специјализоване грађевинске радове (рушење објеката и припрема градилишта, постављање електричних инсталација, водоводних, канализационих, грејних и климатизационих система, завршни грађевинско-занатски радови – малтерисање, уградња столарије, постављање подних и зидних облога, кровни радови и др.).<sup>1</sup>

Према подацима Привредне коморе Србије, у грађевинској делатности Републике Србије је регистровано око 11.500 привредних друштава, у којима је запослено близу 120.000 радника, што чини око 12% у укупном броју запослених.<sup>2</sup> Међутим, неодговарајуће институционално окружење (дуготрајни поступци добијања грађевинских дозвола, који неретко имплицирају нелегалне поступке и корупцију), правна несигурност и општа економска криза довели су до недостатка финансијских средстава за финансирање грађевинских пројеката.<sup>3</sup> Ови проблеми су утицали да је у трећем кварталу 2014. године у односу на исти период претходне године забележен реални пад бруто додате вредности у сектору грађевинарства (6,4%), јер је и сама вредност изведених радова извођача из Србије за период јануар–септембар 2014. године опала за 7,1% у односу на исти период 2013. године.<sup>4</sup> Такође, у току неколико

1 Уредба о класификацији делатности (Службени гласник РС, бр. 54/2010), Сектор Б, Области 41, 42 и 43.

2 Привредна комора Београда, *Статистички подаци*, доступно на адреси: [www.kombeg.org.rs/Komora/.../UdruzenjeGradjevina](http://www.kombeg.org.rs/Komora/.../UdruzenjeGradjevina), 26.2.2015. Такође, вид. *Привреда Србије*, Привредна комора Србије, доступно на адреси: [www.pks.rs/PrivredaSrbije.aspx?id=7](http://www.pks.rs/PrivredaSrbije.aspx?id=7), 26.2.2015.

3 Игор Младеновић, „Грађевинарство као индустријски сектор у функцији опоравка привреде Републике Србије“, *Економски хоризонти*, Годиште XV, Свеска 3, септембар–децембар 2013, стр. 246.

4 Завод за статистику Републике Србије, *Месечни статистички билтен*, бр. 11/2014, стр. 13, 42.

последњих година без посла у овој индустрији остало је преко 20.000 радника.<sup>5</sup>

## II Опорезиви промет добара и услуга у грађевинарству

Промет добара и пружање услуга који настају у вези са обављањем грађевинске делатности представљају опорезиве трансакције у српском систему пореза на додату вредност (у даљем тексту: ПДВ). Од посебног значаја је промет добара који се односи на пренос права располагања на грађевинским објектима или економски дељивим целинама у оквиру тих објеката.<sup>6</sup> Грађевински објекат је грађевина спојена са тлом, која чини физичку, функционалну, техничко-технолошку или биотехничку целину (зграде свих врста, саобраћајни, водопривредни и енергетски објекти, објекти инфраструктуре, објекти спорта и рекреације и др.).<sup>7</sup> Економски дељивим целинама у оквиру новоизграђених грађевинских објеката сматрају се делови тих објеката који се испоручују као посебне целине (нпр. станови, пословни простори, гараже, гаражна места и др.).<sup>8</sup> Одредба чл. 25 ст. 2 тач. 3 ЗПДВ указује да је ПДВ-у подвргнут само први пренос права располагања, и то на новоизграђеним грађевинским објектима или економски дељивим целинама у оквиру њих. Тумачењем наведене законске одредбе закључује се да су остали промети грађевинских објеката ослобођени од ПДВ-а без права на одбитак претходног пореза и подвргнути порезу на пренос апсолутних права. Пдв и порез на пренос апсолутних права примењују се алтерна-

5 Густаво Наваро, „Грађевинска индустрија као носилац привредног развоја Србије“, *Макроекономске анализе и иџрендови*, мај 2011, стр. 39–40.

6 Закон о порезу на додату вредност (*Службени гласник РС*, бр. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 68/14, 142/14, у даљем тексту: ЗПДВ), чл. 4 ст. 3 тач. 7.

7 У чл. 2 тач. 22 Закона о планирању и изградњи (*Службени гласник РС*, бр. 72/09, 81/09, 64/10, 24/11, 121/12, 42/13, 50/13, 98/13, 132/14, 145/14) користи се термин „објекат“. Појам објекта, у смислу грађевинске делатности, на сличан начин је одређен и у пореским прописима. Њиме су обухваћени стамбени објекти (зграде које су у потпуности намењене становању, као и зграде које су делом намењене становању, а делом у друге сврхе, у делу који је намењен становању) и друге врсте објеката (пословне зграде, саобраћајни, водопривредни и енергетски објекти, објекти инфраструктуре електронских комуникација – кабловска канализација, објекти комуналне инфраструктуре, индустријски, пољопривредни и други привредни објекти, објекти спорта и рекреације, гробља, склоништа и др.). Вид. Правилник о утврђивању појединих добара и услуга из члана 25 Закона о порезу на додату вредност (*Службени гласник РС*, бр. 120/12, у даљем тексту: Правилник о утврђивању добара и услуга), чл. 2 ст. 1.

8 Правилник о утврђивању добара и услуга, чл. 3 ст. 2.

тивно, јер промет једног грађевинског објекта не може истовремено да буде оптерећен са оба ова пореза.<sup>9</sup>

Са становишта ПДВ обавезе, важно је да је у питању промет новоизграђеног грађевинског објекта и да је реч о првом преносу права располагања на њему. Појам новоизграђеног грађевинског објекта прецизиран је подзаконским актом<sup>10</sup> и њиме су обухваћени објекти чија је изградња, односно доградња започета после 1. јануара 2005. године. То значи да предмет ПДВ-а не могу да буду грађевински објекти који су, у целости, изграђени пре 1. јануара 2005. године, иако се њихова испорука или плаћање врши после 1. јануара 2005. године. Примера ради, уколико је градња завршена 20. децембра 2004. године, а стан продат 20. јануара 2005. године, тада не постоји опорезиви промет у смислу ЗПДВ, јер је грађевински објекат изграђен пре 1. јануара 2005. године, тј. пре него што је у Србији почео са применом ЗПДВ. Али, ако је изградња грађевинског објекта започела до 31. децембра 2004. године, а затим настављена после 1. јануара 2005. године, тај објекат ће се, када буде завршен, сматрати новоизграђеним, у делу који је изграђен након почетка примене ЗПДВ, и његов промет ће бити подвргнут обавези по основу ПДВ-а.<sup>11</sup> Први пренос права располагања подразумева да грађевински објекат до тада није био предмет ниједног правног посла којим би се то право преносило.<sup>12</sup> У случају када се само промет дела новоизграђеног објекта опорезује ПДВ-ом као први пренос права располагања, обвезник ПДВ-а треба да утврди проценат вредности објекта који се опорезује ПДВ-ом. Процент вредности објекта представља проценат који је једнак разлици од 100% и процента учешћа вредности објекта на дан 31. децембра 2004. године, односно на дан стицања незавршеног новоизграђеног грађевинског објекта у укупној вредности објекта у моменту преноса права располагања.<sup>13</sup> Основица за обрачунавање ПДВ-а на делу објекта се утврђује применом процента вредности објекта на укупан износ накнаде за промет новоизграђеног грађевинског објекта, уз одбитак ПДВ-а.

ПДВ-ом се опорезује и пренос власничког удела на грађевинским објектима или економски дељивим целинама у оквиру тих објеката,<sup>14</sup>

9 Гордана Илић-Попов, *Закон о порезу на додату вредност у Србији: Коментар закона и подзаконских аката*, Београд, 2005, стр. 31.

10 Правилник о утврђивању добара и услуга, чл. 3.

11 У тој ситуацији треба утврдити који део вредности је створен после 1. јануара 2005. године.

12 Вид. Г. Илић-Попов, *нав. дело*, стр. 32.

13 Правилник о утврђивању добара и услуга, чл. 3 ст. 3–5.

14 ЗПДВ, чл. 4 ст. 3 тач. 7а.

затим испорука материјала која се врши за потребе изградње објеката у Србији,<sup>15</sup> као и размена добара за добра или услуге.<sup>16</sup>

У погледу промета услуга који подлеже ПДВ-у, за грађевинарство су карактеристичне услуге лица која врше грађевинску делатност и учествују у изградњи објеката као извођачи радова или подизвођачи<sup>17</sup> и размена услуга за добра или услуге.<sup>18</sup>

Уколико грађевинско предузеће – обвезник ПДВ-а изгради грађевински објекат по налогу и од материјала наручиоца (инвеститора), његова предаја се сматра прометом услуга,<sup>19</sup> а ако је грађевински објекат изграђен по налогу наручиоца (инвеститора), али од материјала испоручиоца (грађевинског предузећа), под условом да се не ради само о споредним материјалима, испорука тог објекта се опорезује ПДВ-ом као промет добара.<sup>20</sup>

Промет добара, као и услуге из области грађевинарства које врши извођач радова – обвезник ПДВ-а инвеститору – обвезнику ПДВ-а, односно Републици и њеним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и правним лицима основаним за обављање послова државне управе је, такође, подвргнут ПДВ-у.<sup>21</sup> У тим случајевима порески дужник је инвеститор, који је прималац добара или услуга из области грађевинарства, о чему ће касније бити више речи.

### III Уговор о заједничкој изградњи са аспекта српског ПДВ-а

У Србији је релативно чест случај заједничке изградње грађевинских објеката, када инвеститор који је ималац права коришћења грађевинског земљишта и права градње на грађевинском земљишту (пошто на њега гласи грађевинска дозвола)<sup>22</sup> уступа право грађења извођачу радова – грађевинском предузећу, које организује и изводи грађевинске

15 Пдв обрачунат од стране добављача на грађевински материјал је за извођача радова претходни порез, који он одбија од дугованог ПДВ-а на испоруку грађевинског објекта. ЗПДВ, чл. 4 ст. 1 и 2.

16 ЗПДВ, чл. 4 ст. 3 тач. 8.

17 ЗПДВ, чл. 5 ст. 1.

18 ЗПДВ, чл. 5 ст. 3 тач. 4.

19 ЗПДВ, чл. 5 ст. 3 тач. 3.

20 ЗПДВ, чл. 4 ст. 3 тач. 6. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-02492/2005-04 од 12.10.2005. године.

21 ЗПДВ, чл. 10 ст. 2 тач. 3.

22 Закон о планирању и изградњи, чл. 2 тач. 21.



радове и финансира изградњу објекта. С обзиром на то да му је омогућио изградњу, инвеститор, заузврат, од извођача радова добија део изграђеног грађевинског објекта. Пошто грађевинско предузеће у целини финансира радове њему, по правилу, припада већи део изграђеног објекта.<sup>23</sup> Но, колики ће тај део бити инвеститор и извођач радова прецизирају уговором о заједничкој изградњи, који закључују.<sup>24</sup>

Код уговора о заједничкој изградњи извршен је промет грађевинског објекта од стране извођача радова инвеститору за пренос права располагања на новоизграђеном грађевинском објекту од стране инвеститора извођачу радова. Из тога закључујемо да су извршена два одвојена промета, која су међусобно повезана: 1) испорука грађевинског објекта од стране извођача радова инвеститору и 2) први пренос права располагања на новоизграђеном грађевинском објекту, односно његовом делу, који врши инвеститор извођачу радова.

Са становишта ПДВ-а, ова размена добара између инвеститора и извођача грађевинских радова, као својеврсни облик промета, подвргнута је опорезивању.<sup>25</sup> Када извођач радова испоручује инвеститору грађевински објекат, који је изградио од сопственог материјала, у питању је опорезиви промет добара, односно промет услуга, ако грађевинско предузеће градњу објекта врши од материјала инвеститора, о чему је напред већ било речи. Пошто оригинарно (изворно) право својине на грађевинском објекту има лице на које гласи грађевинска дозвола и за чије потребе се гради објекат, први пренос права располагања на новоизграђеном грађевинском објекту или економски дељивој целини врши инвеститор.<sup>26</sup> Пренос права располагања на грађевинском објекту или економски дељивим целинама у оквиру тог објекта, подвргнут је ПДВ-у, у складу са чл. 4 ст. 3 тач. 7 ЗПДВ, односно чл. 25 ст. 2 тач. 3 ЗПДВ.<sup>27</sup> Но, ваља истаћи и то да од чињенице да ли су и инвеститор, и извођач радова обвезници ПДВ-а зависи да ли ће наведени промет, који врши инвеститор, бити опорезован ПДВ-ом или, пак, порезом на пренос апсолутних права.

23 Извођач за изградњу грађевинског објекта и остале грађевинске радове које је извршио не добија накнаду у новцу, већ у објекту, односно његовим економски дељивим целинама.

24 Упор. Драгољуб Симоновић, *Уговори у области грађевинарства*, Београд, 2011.

25 Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-1389/2010-04 од 22.11.2010. године.

26 Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-3520/2010-04 од 15.12.2010. године.

27 Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-107/2012-04 од 6.01.2015. године.

## 1. Ситуација када су инвеститор и извођач радова обвезници ПДВ-а

У случају када су обе стране код уговора о заједничкој изградњи обвезници ПДВ-а, извођач радова је, у начелу, у обавези да приликом испоруке грађевинског објекта инвеститору обрачуна ПДВ по општој стопи од 20%. Како смо напред истакли, овде је реч о размени добара, те се накнада за испоручени грађевински објекат не остварује у новцу, већ у добру. Отуда, пореску основицу за обрачун ПДВ-а чини тржишна вредност оног дела грађевинског објекта коју извођач радова добија кроз размену по основу уговора о заједничкој изградњи. Тржишном вредношћу сматра се цена по којој се такви грађевински објекти, или економски дељиве целине могу набавити, на дан испоруке, у коју није укључен ПДВ.<sup>28</sup> Инвеститор има право да обрачуна ПДВ одбије као претходни порез, уколико поседује рачун о извршеном промету грађевинског објекта издат од стране извођача радова, затим да је по основу авансног плаћања, односно на накнаду за испоручено добро обрачунао ПДВ, као и ако објекат користи или ће га користити за промет који је опорезив ПДВ-ом, односно за који је у складу са чл. 24 ЗПДВ прописано пореско ослобођење са правом на одбитак претходног пореза.<sup>29</sup> Међутим, извођач радова и инвеститор могу уговором да предвиде да ће прималац грађевинског објекта – инвеститор на тај промет да обрачуна ПДВ.<sup>30</sup> У том случају, грађевинско предузеће издаје инвеститору рачун за испоручени грађевински објекат по завршетку његове градње, али у њему не исказује ПДВ, већ инвеститор за објекат добијен путем размене обрачунава ПДВ као порески дужник.

У погледу другог промета, инвеститор издаје рачун грађевинском предузећу за први пренос права располагања на оном делу новоизграђеног грађевинског објекта, који су уговором предвидели. Инвеститор има обавезу да у рачуну обрачуна и искаже ПДВ по посебној стопи од 10%, ако ће извођач радова користити део новоизграђеног грађевинског објекта, који добија у размени, за стамбене потребе, односно по општој

28 ЗПДВ, чл. 17 ст. 4.

29 ЗПДВ, чл. 28 ст. 5.

30 ЗПДВ, чл. 10 ст. 2 тач. 2. Али, када обвезник ПДВ – извођач радова врши промет добара и услуга из области грађевинарства у оквиру реконструкције постојећег грађевинског објекта (а не градње или доградње објекта), порески дужник за тај промет је извођач радова, пошто се обвезник ПДВ-а којем се врши промет у оквиру реконструкције објекта не сматра инвеститором, у смислу чл. 2 тач. 21 Закона о планирању и изградњи. Тада је, дакле, извођач радова дужан да обрачуна и плати ПДВ. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-252/2014-04 од 9.1.2015. године; Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-657/2013-04 од 26.6.2014. године.

стопа од 20%, уколико је у питању први пренос права располагања на објекту који се не сматра стамбеним.<sup>31</sup> Пореска основица је тржишна вредност дела новоизграђеног грађевинског објекта који инвеститор добија у размени по основу уговора о заједничкој изградњи.

Пошто су обе уговорне стране обвезници ПДВ-а, намеће се питање да ли извођач радова има право да ПДВ обрачунат од стране инвеститора, као претходни порез, одбије од дугованог ПДВ-а. Одговор зависи од тога за које сврхе ће користити објекат. Уколико новоизграђени грађевински објекат, односно економски дељиве целине у оквиру њега убудуће користи за промет добара и услуга који је опорезив ПДВ-ом, или за промет добара и услуга за који постоји пореско ослобођење са правом на одбитак претходног пореза (нпр. давање у закуп пословног простора правним лицима и предузетницима и др.), извођач има право на одбитак претходног пореза.<sup>32</sup> Али, уколико новоизграђени објекат који је кроз размену примио од инвеститора даље користи за давање у закуп за стамбене потребе физичким лицима (нпр. запосленима у грађевинском предузећу или трећим лицима), он у том случају нема право на одбитак претходног ПДВ-а, који је инвеститор обрачунао и исказао у свом рачуну, јер је законом предвиђено пореско ослобођење без права на одбитак претходног пореза за услуге закупа станова, који се користе за стамбене потребе.<sup>33</sup>

У пракси грађевинско предузеће најчешће, како би сачувало ликвидност и обезбедило средства за своје даље пословање, грађевински објекат (тачније, његове делове) који је стекао од инвеститора путем уговора о заједничкој изградњи, даље продаје. Уколико објекат прода лицу које није обвезник ПДВ-а, између њих се закључује купопродајни уговор и на тај промет се плаћа порез на пренос апсолутних права по стопи од 2,5%.<sup>34</sup> Разлог лежи у томе што се више не ради о првом преносу права располагања на новоизграђеном објекту, већ извођач тада врши други пренос права располагања, и то лицу које није обвезник ПДВ-а. Став Министарства финансија је да када обвезник ПДВ-а обрачуна ПДВ за други пренос права располагања на стану, који врши физичком лицу које није обвезник ПДВ-а, а које тиме купује први стан, физичко лице – купац нема право на рефундацију тако обрачунатог ПДВ-а на куповину

31 ЗПДВ, чл. 23 ст. 2 тач. 14.

32 ЗПДВ, чл. 28.

33 ЗПДВ, чл. 25 ст. 2 тач. 4.

34 Закон о порезима на имовину (*Службени гласник РС*, бр. 26/01, 45/02, *Службени лист СРЈ*, бр. 42/02, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12, 47/13, 68/14, у даљем тексту: ЗПИ), чл. 30. У случају да грађевинско предузеће изврши пренос без накнаде права својине на некој од економских дељивих целина плаћа се порез на поклон.

првог стана, пошто је ПДВ обрачунат за промет стана који није био опорезив ПДВ-ом (није реч о првом преносу права располагања – *йрим. ау-ишора*), већ се тај промет опорезивао према одредбама ЗПИ.<sup>35</sup> Међутим, постоје одређене пореске олакшице у домену опорезивања имовине, пошто се порез на пренос апсолутних права не плаћа на пренос права својине на стану физичком лицу које купује први стан, чија површина не прелази површину од 40 m<sup>2</sup> за њега и за чланове његовог породичног домаћинства који од 1. јула 2006. године нису имали у својини, односно сусвојини стан на територији Републике Србије до 15 m<sup>2</sup> по сваком члану.<sup>36</sup>

## 2. Ситуација када инвеститор није обвезник ПДВ-а

Код заједничке изградње грађевинских објеката ређе су ситуације када инвеститор није обвезник ПДВ-а. На пример, ималац грађевинске дозволе је физичко лице<sup>37</sup> које је власник неке старе куће (која је предвиђена за рушење) и земљишта, те он са извођачем радова, који је обвезник ПДВ-а, закључи уговор о заједничкој изградњи нове стамбене зграде, са четири стана и четири гаражна места, на свом земљишту. Тим уговором они предвиде да ће један стан и једно гаражно место припасти инвеститору,<sup>38</sup> а преостала три стана и три гаражна места извођачу радова.

Пошто је грађевинско предузеће обвезник ПДВ-а, оно је у обавези да у рачуну који испоставља инвеститору (који није обвезник ПДВ-а) обрачуна ПДВ на извршену испоруку грађевинског објекта, по општој стопи од 20%. Основицу за обрачун ПДВ-а чини тржишна вредност станова и гаражних места, које је добио од инвеститора, у замену (тј. као накнаду) за испоруку грађевинског објекта.<sup>39</sup> С друге стране, ин-

35 Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-00009/2014-04 од 11.7.2014. године; Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-340/2012-04 од 10.4.2014. године.

36 ЗПИ, чл. 31а.

37 Могуће је и да грађевинска дозвола гласи на два физичка лица (на пример, у случају сувласништва над кућом). Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-2060/2008-04 од 29.4.2009. године.

38 Када има више суинвеститора нема промета између њих, што потврђује и став Врховног суда Србије, према којем правни основ за упис права својине на изграђеном објекту од стране инвеститора представља грађевинска дозвола која гласи на њихова имена, а не уговор о заједничкој изградњи. Вид. У. 5686/06 и У. 3886/05. Одлуке Врховног суда у фискалним случајевима, Министарство финансија РС – Пореска управа, Београд, 2010, стр. 62, 66.

39 Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-1273/2007-04 од 14.9.2007. године.

веститор није обвезник ПДВ-а, па пренос дела грађевинског објекта који по основу уговора о заједничкој изградњи врши извођачу радова представља пренос уз накнаду права својине на непокретности у смислу ЗПИ.<sup>40</sup> Концепт „првог преноса права располагања“ подразумева да се преноси права броје само у оквиру промета који подлеже ПДВ-у, тј. када промет врши порески обвезник, што овде није случај.<sup>41</sup> Овај пренос је зато подвргнут порезу на пренос апсолутних права, а не ПДВ-у. Инвеститор нема право да одбије ПДВ обрачунат од стране извођача радова, пошто није обвезник ПДВ-а. Извођач радова, међутим, има право на одбитак ПДВ-а обрачунаог и исказаног у рачунима добављача, за материјал и услуге које је набавио, односно користио при изградњи грађевинског објекта.

У пракси се некада дешавају ситуације да порески обвезник купи стан, при чему на тај промет плати порез на пренос апсолутних права, а затим га адаптира и касније, тако адаптираног, прода. Адаптација подразумева извођење грађевинских и других радова на постојећем објекту којима се врши промена организације простора у објекту, замена уређаја, постројења, опреме и инсталација истог капацитета, а којима се не утиче на стабилност и сигурност објекта, не мењају конструктивни елементи, не мења спољни изглед и не утиче на безбедност суседних објеката, саобраћаја, заштите од пожара и животне средине.<sup>42</sup> Примера ради, 80% укупне вредности адаптираног стана који се продаје представља вредност оног иницијалног објекта приликом чије куповине је плаћен порез на пренос апсолутних права, док 20% његове садашње вредности чини адаптација, код које је порески обвезник платио ПДВ при набавци добра и услуга које је користио за адаптацију. Приликом продаје адаптираног грађевинског објекта, ПДВ ће се обрачунати и платити само на тих 20% његове вредности. Порески обвезник има, при томе, право да од ПДВ-а који дугује на испоруку адаптираног грађевинског објекта одбије ПДВ који је платио кроз набавну цену свих инпута које је користио при адаптацији. На 80% вредности адаптираног грађевинског објекта се не обрачунава ПДВ, јер се не ради о првом преносу права располагања, него се опет плаћа порез на пренос апсолутних права.<sup>43</sup>

40 Дејан Поповић, Стеван Алексић, *Примена Закона о порезу на годашњу вредност*, Београд, 2006, стр. 26.

41 *Ibid.*, стр. 22.

42 Закон о планирању и изградњи, чл. 2 тач. 34.

43 Вид. Г. Илић-Попов, *нав. дело*, стр. 33.

## IV Уговор о грађењу са аспекта српског ПДВ-а

Уговор о грађењу је уговор о делу којим се извођач обавезује да према одређеном пројекту сагради у уговореном року одређену грађевину на одређеном земљишту, или да на таквом земљишту, односно на већ постојећем објекту изврши какве друге грађевинске радове, а наручилац се обавезује да му за то исплати одређену цену.<sup>44</sup> Појам грађевине је у Закону о облигационим односима одређен на ужи начин него што то чини чл. 2 тач. 22 Закона о планирању и изградњи.<sup>45</sup> Тако се грађевином сматрају зграде, бране, мостови, тунели, водоводи, канализације, путеви, железничке пруге, бунари и остали грађевински објекти чија израда захтева веће и сложеније радове.<sup>46</sup> Предмет уговора о грађењу могу да буду и одређени грађевински радови. ЗПДВ под грађевинским радовима подразумева изградњу нових објеката и грађевинске услуге на постојећим објектима, а Закон о планирању и изградњи<sup>47</sup> грађевинске радове помиње у контексту грађења, доградње, адаптације, реконструкције, санације и др.

У овом теретном и формалном правном послу, комутативне природе, уговорне стране су извођач радова и наручилац изградње нове грађевине или грађевинских радова на већ постојећој грађевини. Обе стране уговором преузимају одређене обавезе и имају одговарајућа права.<sup>48</sup> Обавезе извођача радова обухватају преглед техничке документације, изградњу грађевине на одређеном земљишту, извођење уговорених грађевинских радова на постојећем објекту, придржавање уговорених рокова за извођење градње и друге грађевинске радове, плаћање уговорене казне у случају непридржавања рокова из уговора, осигурање грађевинских радова и обавештење наручиоца о свим важнијим околностима у вези градње (на пример, кашњење у испоруци материјала или одговарајуће опреме, што отежава или онемогућава извођење радова). Извођач од наручиоца захтева плаћање уговорене цене за градњу, односно извршене грађевинске радове, а има и право да у одређеним случајевима тражи продужење рока за извођење грађевинских радова (на пример, у случају неповољних временских услова). С друге стране, наручилац је обавезан да прибави дозво-

44 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03, у даљем тексту: ЗОО), чл. 630 ст. 1.

45 Вид. фн 7.

46 ЗОО, чл. 631.

47 Закон о планирању и изградњи, чл. 2 тач. 31–35.

48 Вид. Здравко Петровић, „Појам и правна природа уговора о грађењу“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 6/1985, стр. 28–35.

лу за изградњу, као и да извођачу благовремено преда сву неопходну пројектно-техничку документацију, затим да уведе извођача у посао у року који је одређен уговором и да плати уговорену цену. Његово право је да од извођача захтева да изградњу, односно грађевинске радове оконча у уговореном року, на начин како је то предвиђено пројектом коју му је доставио, као и да захтева да му плати уговорену казну уколико није поштовао рокове из уговора.

Битан елемент уговора о грађењу чини цена, која може да буде уговорена или у укупном износу за целу грађевину, односно за све грађевинске радове које извођач треба да изврши, или посебно за појединачне уговорене радове или делове објекта. Цена обухвата вредност извршених грађевинских радова, а неретко је у њу укључена и вредност материјала, уколико је уговором предвиђено да га набавља извођач радова.<sup>49</sup> Уговорне стране могу да се договоре да наручилац извођачу плати укупну цену тек у тренутку испоруке (предаје) изграђеног објекта или завршених радова, или авансно, у моменту закључења уговора. У пракси, међутим, најчешће извођач и наручилац уговорају да наручилац плаћа цену сукцесивно, односно за радове који су извршени у одређеном периоду (привремене ситуације). Код класичног уговора о грађењу, дакле, извођач радова издаје инвеститору рачуне, које инвеститор има обавезу да измири плаћањем у новцу.<sup>50</sup>

Са порескоправног аспекта, приликом извршења уговора о грађењу настаје један промет добара, односно услуга, који врши извођач радова инвеститору. То је главна разлика између уговора о заједничкој изградњи и уговора о грађењу. Пореску основицу чини износ новчане накнаде коју је извођач радова примио од инвеститора за испоручени грађевински објекат или пружене грађевинске услуге, у коју се урачунавају акцизе, царина, друге увозне дажбине и остали јавни приходи, осим ПДВ-а, и сви споредни трошкови које обвезник зарачунава инвеститору. Основица, међутим, не садржи попусте и друга умањења цене, који се инвеститору евентуално одобравају у моменту вршења промета добара или услуга.<sup>51</sup>

49 Ако уговор о грађењу садржи одредбу „кључ у руке“, уговорена цена обухвата и вредност свих непредвиђених радова и вишкова радова, а искључује утицај мањкова радова на уговорену цену. Вид. ЗОО, чл. 640. ст. 1 и 2. Вид. Vlado Belaj, Davor Rajčić, „Ugovor o građenju kao temelj pravnog posla“, *Грађевинар*, бр. 7/2008, стр. 627–629.

50 Испостављене привремене и коначна ситуација, које су оверене од стране овлашћеног надзорног органа, имају карактер рачуна у систему ПДВ-а. Вид. Правилник о одређивању случајева у којима нема обавезе издавања рачуна и о рачунима код којих се могу изоставити поједини подаци (*Службени гласник РС*, бр. 123/12).

51 ЗПДВ, чл. 17 ст. 1–3.

Када су и извођач грађевинских радова, и инвеститор обвезници ПДВ-а,<sup>52</sup> извођач радова, почев од 1. јануара 2013. године,<sup>53</sup> не обрачунава ПДВ у периодичним рачунима, које испоставља инвеститору за сваку привремену ситуацију.<sup>54</sup> Тада је порески дужник који обрачунава ПДВ прималац објекта, односно грађевинске услуге, тј. инвеститор, чиме је постигнуто пореско растерећење извођача. Да би извођач радова имао право на ослобођење од обавезе обрачуна и плаћања ПДВ-а, потребно је прецизирати ко се сматра извођачем радова. У смислу Закона о планирању и изградњи, извођачем радова сматра се лице које је са инвеститором закључило уговор о грађењу грађевинског објекта, укључујући и доградивање.<sup>55</sup> Његов назив, у својству извођача радова, мора да буде истакнут на табли којом се обележава градилиште обезбеђеној од стране инвеститора.<sup>56</sup> Извођач радова, дакле, мора да буде обвезник ПДВ-а, затим да изводи радове на изградњи новог објекта или доградњи постојећег грађевинског објекта,<sup>57</sup> да своје радове фактурише директно инвеститору који је у систему ПДВ-а или државном органу, као и да инвеститор за радове које врши извођач мора да поседује грађевинску дозволу.

Иако не обрачунава излазни ПДВ на извршене грађевинске радове, извођач има право на одбитак ПДВ-а, који је исказан у рачунима добављача за материјал и услуге које је користио при градњи грађевинског објекта. Из оваквог законског решења произлази да грађевинске фирме које се искључиво или претежно баве изградњом грађевинских објеката неће исказивати ПДВ у излазним рачунима, а ПДВ из улазних рачуна ће да користе као одбитак. Отуда се може догодити да у пореском периоду излазни ПДВ буде мањи него улазни ПДВ, те по том основу могу од државе да траже повраћај ПДВ-а.

52 Као и када је инвеститор лице из чл. 9 ст. 1 ЗПДВ (Република и њени органи, органи територијалне аутономије и локалне самоуправе и правна лица основана за обављање послова државне управе). Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-146/2014-04 од 19.5.2014. године.

53 Закон о изменама и допунама Закона о порезу на додатну вредност (*Службени гласник РС*, бр. 93/2012).

54 У рачуну извођач радова наводи да ПДВ није обрачунат, у складу са чл. 10 ст. 2 тач. 3 ЗПДВ.

55 Извођач радова је привредно друштво, односно друго правно лице или предузетник, који су уписани у одговарајући регистар за грађење објеката, односно извођење грађевинских радова. Вид. Закон о планирању и изградњи, чл. 150 ст. 1 и 2.

56 Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-77/2012-04 од 18.1.2013. године.

57 Доградња подразумева извођење грађевинских и других радова којим се изграђује нови простор ван постојећег габарита објекта, као и надзиђивање објекта. Вид. Закон о планирању и изградњи, чл. 2 тач. 33.



Главни разлог због којег су грађевинска предузећа ослобођена од обавезе да обрачунавају излазни ПДВ лежи у намери законодавца да побољша ликвидност овог сектора привреде. Али, таква законска одредба неће моћи да оствари свој ефекат ако држава касни са повраћајем ПДВ-а. Штавише, грађевинска предузећа могу да буду у неповољнијем положају него што су била пре 1. јануара 2013. године. Наиме, она су раније могла да ПДВ плаћен за материјал и услуге наплате кроз рачуне, које испостављају инвеститорима. Сада, међутим, извођачу радова преостаје да чека повраћај ПДВ-а од државе, и све док га не добије, улазни ПДВ за њега представља значајан трошак, који може да му угрози пословање.

Уколико главни извођач ангажује подизвођача да врши одређене специјализоване радове на грађевинском објекту – што је у пракси чест случај – који му за своје извршене радове испоставља привремене ситуације или рачуне (пошто подизвођач није уговорио извођење радова са инвеститором, већ са главним извођачем – *йрим. ауџора*), извођач радова је у обавези да инвеститору испостави рачун, односно обрачунску ситуацију са обрачунатим ПДВ-ом. То може да створи проблеме, јер ће за неке радове инвеститор да има улазни ПДВ, а за друге неће. Такође, када извођач радова изводи радове на објекту за који инвеститор има грађевинску дозволу, али није у систему ПДВ-а,<sup>58</sup> порески дужник који обрачунава ПДВ је извођач радова, а не инвеститор.

## V Закључак

Економска криза која је погодила привреду Србије није заобишла ни грађевинарство, које је некада имало врло високо учешће у бруто друштвеном производу. Пошто грађевинску делатност прати врло велики број других привредних грана и делатности, врло је важно да држава различитим мерама, па и пореским, помогне да се грађевинарство опорави (значајан број великих грађевинских фирми је у озбиљној кризи због великих дугова или, чак, пред стечајем), јер ће то имати утицај на развој укупне српске привреде. Не треба сметнути с ума чињеницу да велике инвестиције најчешће долазе баш из грађевинарства. У наредним годинама планирано је да се у Србији изводе радови врло велике вредности, али је важно да се домаћим грађевинским предузећима пружи једнаке могућности као и страним извођачима, што би допринело да грађевинска индустрија буде основа економског опоравка Србије и пораста запослености.

---

58 Инвеститор је физичко лице или предузетник који није обвезник ПДВ-а.

**Gordana ILIĆ-POPOV, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Belgrade**

**Svetislav V. KOSTIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **TAXATION OF SUPPLY AT THE JOINT CONSTRUCTION CONTRACTS AND THE CONSTRUCTION CONTRACTS**

### **Summary**

*Construction is comprehensive and complex industry, engaging a large number of firms and employing thousands of workers, so it is of a particular importance for the economy of Serbia and its development. In this paper, the authors are dealing with the tax implications of the construction industry, in terms of the value added tax. Analyzing the contract on joint construction and the construction contract, they point to the specifics of taxation of the supply of the buildings and the construction services. Especially, a critical review is given to the current solution, according to which in the situation when both the contractor and the investor are the taxpayers of the value added tax, tax debtor who calculated the value added tax is not a contractor, but an investor. Although such a provision has been aimed to improve the liquidity of this sector of the Serbian economy, the dilemma remains whether this legislator's intention shall be achieved in practice, depending on how the state will be effective in the return of the value added tax to the construction contractor.*

**Key words:** *construction, construction contract, construction facility, joint construction contract, supply, value added tax.*

Др Александар ЂИРИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

## АУТОНОМНИ МЕЂУНАРОДНИ ТРГОВИНСКИ ПРАВНИ ПОРЕДАК И НОВИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК СРБИЈЕ\*

### Резиме

Аутор је централну јажњу у овом раду посветио међународно-правном регулативном оквиру трговинских односа, у светлу његовој конститутивној елементи при изради Преднацрта новој Грађанској законика Републике Србије. После уводних излагања, даје је осврт на карактеристике и значај аутономној међународној трговинској правној порека (*lex mercatoria*), као и на однос националних грађанских кодификација и аутономној трговинској правној порека. У даљем тексту је анализирано питање места извора аутономној права трговача у новом Грађанском законика Србије на примеру „добрих условних обичаја“ (група књија, Облигациони односи, чл. 10).

На основу сprovedене анализе о начину нормирања обичаја у појединим изворима међународној трговинској уговорној права, аутор у закључку овој рада, предлаже конкретна моућа решења за члан 10 из Групе књије, која је посвећена облигацијама.

**Кључне речи:** нови Грађански законика Србије, аутономни међународни трговински поредак (*lex mercatoria*), „трговачки обичаји“, националне грађанске кодификације, међународни трговински односи, хармонизација и унификација.

---

\* Чланак је резултат рада на Пројекту бр. 179046 Министарства просвете и науке Републике Србије.

## I Увод

Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије, у Предговору Општег дела Преднацрта законика, наводи: „...Као основа за израду текста, сасвим разумљиво, послужио је важећи Закон о облигационим односима који у нашем правном поретку успешно функционише већ преко 35 година... Комисија је настојала да тај важећи законодавни акт усаврши и допуни, не само на основу анализе богате вишедеценијске праксе и савремених тенденција, пре свега, у европској компаративној легислативи, већ и у складу са потребама и рационалним захтевима савременог правног живота“.<sup>1</sup>

Сматрамо да конститутивним елементима „савременог правног живота“ припада и тзв. „аутономни међународни трговински правни поредак“ (*lex mercatoria*), који заслужује посебан респект у поступку израде новог Грађанског законика Србије. Предмет овог рада чини анализа међусобног односа аутономног међународног трговинског права и великих националних грађанских и трговинских кодификација, као и истраживање конкретних нормативних решења о трговачким обичајима у новом Грађанском законик у Србије и у општим изворима међународног аутономног трговинског уговорног права.

Карактер и обим овога рада, ограничили су нас, у основи, на анализу члана 10 из текста Друге књиге, „Облигациони односи“ Преднацрта Грађанског законика Србије. Као најприкладнији предмет поређења, издвојили смо норме о „добрим обичајима“, „добрим пословним обичајима“ и узансама у Преднацрту новог Грађанског законика Републике Србије и у аутономном праву трговаца (*lex mercatoria*). Изостављена су компаративна истраживања веома важних решења Преднацрта и појединих извора аутономног трговинског поретка, у материји уређивања конкретних уговорних односа.

## II Карактеристике и значај аутономног трговинског правног поретка (*lex mercatoria*)

На питање шта представљају аутономни извори права (*lex mercatoria*) правна теорија одговара на различите начине. Сигурно је да је реч о правилима која нису резултат законодавне надлежности државе. Њих стварају сами учесници међународног трговинског промета (продавци, купци, осигуравачи, туристичке агенције, превозници, банкар и други). Они опредељују и њихову примену на основу сопствене

1 Комисија за израду Грађанског законика, Предговор, Грађански законик Републике Србије, Општи део, пета књига, Београд, 2013, стр. 6–7.

аутономије воље, која је ограничена националним правним поретком и прописима државног права. Уколико се аутономни извори примењују са унутрашњих страна граница једне државе, они чине домаће аутономно право, а ако се њихова примена протеже и са спољашњих државних граница, реч је о међународном аутономном праву. Теорија да је држава једини творац права је појавом аутономног права подвргнута озбиљним истраживањима и провери.

Према једној групи аутора реч је о наднационалном трговачком праву, које претендује на улогу заокруженог аутономног правног поретка.<sup>2</sup> Према другој групи теоретичара, *lex mercatoria* се састоји из „добрих пословних обичаја“ и праксе међународне трговине. Примена ових извора има факултативни карактер и долази у обзир само у случајевима када се појави потреба за попуном правних празнина код примене норми националног законодавства. У те изворе права се убрајају општа правна начела, обичајне норме, типски уговори, као и међународне конвенције и споразуми.<sup>3</sup>

Неки аутори сматрају да је *lex mercatoria* митска концепција, која се одликује недовољним нивоом стабилности и формалности, који јој је неопходан за правно регулисање међународне трговине.<sup>4</sup> Ако пођемо од опште дефиниције да је право скуп правила понашања прописаних и санкционисаних од стране државе, могли бисмо оспорити значај не само извора *lex mercatoria*, већ и аутономног трговинског права у целини. Међутим, овакав категоричан став би био погрешан. Тако, уско схватање права није никада било опште. Уосталом, шире схватање права у том смислу је запажено још код римских правника. Паулус је говорио: „Правило је оно што укратко описује ствар; не треба од правила право да произлази, већ из онога што је право треба да постаје правило“.<sup>5</sup> То су разлози услед којих

2 Ово становиште заступају В. Goldman, С. М. Schmitthoff, R. Good, А. Goldštajn, F. de Lu, G. P. Kalliss и други. О томе вид. Александар Ђирић, *Међународно трговинско право*, Општи део, Ниш, 2012, стр. 31.

3 Присталице ове концепције су О. Lando, F. Dasser, В. Klemades, S. Plen и други. О томе вид. А. Ђирић, *нав. дело*, стр. 31.

4 Представници овог концепта су Lagard, G. Batiffol, Delome, M. Mustill, F. Mann, K. Najet и други. Том ставу се додаје и мишљење да се пракси примене *lex mercatoria* треба захвалити, јер она није ништа друго до појам створен од тзв. „уважених аутора“ за потребе моћних корпорација, које су их ставиле на своју „платну листу. Вид. Muthucumaraswamy Sornarajah, „Power and Justice in Foreign Investment Arbitration“, *Journal of International Arbitration*, бр. 14/1997, стр. 125. У литератури се износи упозорење да су теоретичари из развијених земаља склони да своја схватања увек представљају као „универзална“ и устаљена правила међународног права, када за то и нема основа. Са сруге стране, јуриспруденција из мање развијених држава то образлаже као „приватно стварање права“ у име и за рачун крупног капитала. О томе вид. Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID*, Rijeka, 2002, стр. 25.

5 Digeste, L. 17; *Paulus libro sexto decimo ad Plautium*: „Regula est, que rem quae est breviter enarrat non ex regula ius sumatur sed iure quod est regula fiat“.

се у правној литератури оправдано и посвећује изузетна пажња аутономном трговинском праву.<sup>6</sup> Поред тога, органи који расправљају у највећем броју спорова са елементом иностраности – међународне трговачке арбитраже, респектују ове изворе узимајући их у подлогу својих одлука,<sup>7</sup> што представља допринос правној сигурности.<sup>8</sup>

*Lex mercatoria* представља скуп извора права који је од посебног значаја за уређивање међународне трговине. Према ауторитативном ставу утицајне групе правних теоретичара, у те изворе права се, поред осталих, убрајају општа правна начела, обичаји, али и међународне конвенције и споразуми.<sup>9</sup> Уз прихватање овако широког концепта о обухвату норми *lex mercatoria*, у ову групу би се могли сврстати следећи извори: а) општи услови пословања; б) типски и адхезиони уговори; в) трговачки обичаји; г) прометни обичаји; д) кодификована обичајна правила и узансе; ђ) пословни и производни уобичајени стандарди; е) судска и арбитражна пракса националних и међународних арбитража; ж) међународне конвенције, модели закони и други извори права меког нормативитета (*Soft Law*).

Ваља нагласити да се извори аутономног трговачког права често подводе под јединствену категорију „трговачки обичаји“, или „обичаји пословног промета“, „добри пословни обичаји“ и слично. Међутим, јасно је да се из напред побројаних извора, између њих не може ставити знак једнакости. Чак и у односу на различите врсте трговачких обичаја постоји низ специфичности, укључујући и правила о хијерархији њихове примене. Тако, уколико опште услове пословања (у даљем тексту: ОУП)

6 Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, тринаесто и допуњено издање, Београд, 2012, стр. 40–46; Тамара Миленковић-Керковић, *Аутономни уговори трговинског права*, Ниш, 2008, стр. 299; С. М. Schmitthoff, *нав. дело*, стр. 7–15; Bernard Audit, „The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria“, Thomas E. Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration: a Discussion of the New Law Merchant*, New York, 1990, стр. 139–160; Harold J. Berman, „The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)“, *Emory Journal of International Dispute Resolution*, бр. 2/1988, стр. 235–310; UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria, ICC Publication No.490/1 (1995), стр. 85–93; Gesa G. Baron, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?*, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu>.

7 О овоме вид. Антоније Симовић, „*Lex mercatoria* као извор међународног трговинског права у пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије“, *Арбитража*, бр. 5/2008, стр. 65; Antonije Simović, „*Lex mercatoria* kao izvor prava u arbitražnoj praksi“, *Arbitraža v mednarodnem poslovanju*, Letnik II, Številka 1, marec 2013.

8 Добросав Митровић (ур.), *Међународна трговинска арбитража*, Београд, 1998, стр. 56.

9 Ово становиште заступају В. Goldman, С. М. Schmitthoff, R. Good, А. Goldštajn, F. de Lu, G.-P. Kalliss и други. Више података доступно на адреси: <http://www.miripravo.ru/forms/kupl/0.htm>.

доведемо у однос са трговачким обичајима, предност у примени ће имати ОУП будући да се они примењују на основу споразума уговорних страна, чиме су оне искључиле примену трговачких обичаја у односу на питања која су уређена ОУП-ом. Такође, узансе имају предност у примени над трговачким обичајима, при чему узансе не могу бити у супротности са императивним нормама.<sup>10</sup>

У савременом промету трговачки обичаји најчешће настају широком применом формулара, а мање на класичан начин, тј. понављањем одређених поступака. Из тога се може закључити да за постојање трговачког обичаја није више неопходно доказивати његово дуготрајно понављање. Довољно ће бити утврдити да неки обичај постоји и да се примјењује.<sup>11</sup> Према објективној теорији обичај ће се примењивати и ако његова примена није уговорена, уколико не противуречи императивним прописима, а стране га нису изричито искључиле.

Изградњом универзалних и регионалних унификованих аката међународног трговинског права, попут Конвенције ОУН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године (Бечка конвенција, енгл. *Convention on the International Sale of Goods – CISG*), затим UNIDROIT Конвенције о представљању у међународној продаји робе из 1983. године (*Convention on Agency in the International Sale of Goods*); UNIDROIT Конвенције о лизингу (*UNIDROIT Convention on International Financial Leasing*), UNIDROIT Конвенције о међународном факторингу (*UNIDROIT Convention on International Factoring*) из 1988. године и многих других, уговорни односи из сфере међународног пословног промета све више комплетирају своју самосталну и, у односу на национална законодавства, паралелну нормативну основу. У том смислу се заједнички циљ конвенцијских извора права артикулише у функционални еквивалент облигационог, односно грађанског, права националних легислатива. Поред тога, доношењем UNIDROIT начела међународних трговачких уговора (*UCP*), као и Начела европског уговорног права (*PECL*), отворен је пут примени докумената који својом садржином претендују да формирају „општи део“ међународног трговинског уговорног права.<sup>12</sup>

Дакле, у формалноправном смислу, аутономно трговинско право представља израз воље учесника трговинских односа, од које зависи и његова примена. Границе те воље постављене су националним правним порецима и нормама државног права.<sup>13</sup>

10 „Узансе се неће применити на односе који су регулисани императивним нормама ЗОО“. Вид. пресуду Врховног суда, Vs, II Rev-22/1987.

11 Aleksandar Goldštajn, *Pravo međunarodne kupoprodaje*, Zagreb, 1965, стр. 18.

12 Александар Ђирић, *Међународно трговинско право*, Општи део, Ниш, 2012, стр. 20.

13 Члан 1(2) Грађанског кодекса Швајцарске, предвиђа да „у недостатку важећег закона, судија одлучује по обичајном праву, а у недостатку обичаја, у складу са прави-

У постојећем дискурсу правне доктрине, скуп трговинских аутономних правних норми се поима као транснационално трговинско право, које, упоредо са националним, међународним и наднационалним правом, чини четврти вид правног система. Ипак, чињеница је да још увек нема јединственог става у вези са појмом и примененом *lex mercatoria*, као аутономног система права.<sup>14</sup> У сваком случају оно је увек било и остало реалност света коме припада.

---

лима која би установио да поступа у својству законодавца“. Вид. Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Etat le 1er juillet 2014) L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse, vu l'art. 64 de la constitution; 2 vu le message du Conseil fédéral du 28 mai 1943, décrète, доступно на адреси: <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>. Чланови 5 и 421 Грађанског кодекса Руске Федерације предвиђају примену пословних обичаја. На основу члана 5 става 2, „обичаји пословног промета, који су супротни уговору или законским нормама, које су обавезне за стране одговарајућег односа, се не примењују“. Вид. Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (принят ГД ФС РФ 21.10.1994) (действующая редакция от 6.4.2015), доступно на адреси: <http://www.consultant.ru/popular/gkrf1/>. Сличне одредбе садржи и читав низ грађанских законика других држава: члан 1.287 Грађанског кодекса Шпаније (El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse); чл. 3:11 Грађанског кодекса Холандије; члан. 6 Трговинског кодекса Чилеа, Трговински кодекс Чилеа (Закон бр. 1865, са изменама на основу Закона бр. 20382, од 20. 10. 2009, Código de Comercio (Ley N° 1865, modificada por la Ley N° 20.382 del 20 de octubre de 2009), доступно на адреси: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=823>, 10.4.2015. године и други. Типичну норму, која допушта примену међународне пословне праксе и обичаја, а која је формулисана по мери савременог међународног аутономног трговинског права, садржи члан 55 Закона Кине о међународним привредним уговорима: „У вези са питањима, која нису уређена правом Кине, примениће се међународна пословна пракса“. Закон обухвата само основне уставне и законске циљеве Кинеске владе. Вид. Article 55 of the Economic Contract Law. О овоме вид. Zhang Yuqing James S. McLean, „China's Foreign Economic Contract Law: Its Significance and Analysis“, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 8, бр. 1/1987, стр. 126.

- 14 У данашње време многи национални законодавци су предвидели примену *lex mercatoria* на изричит начин у законима о парничном поступку, законима о арбитражним судовима и другим. Ако би се усудили да дефинишемо *lex mercatoria*, могли бисмо бесциљно да лутамо, јер су се о томе водиле бурне расправе у којима су учествовала истакнута имена као што су: Goldman, Kahn, Fouchard, Schmitthof.<sup>104</sup> Нејасне су границе овог корпуса правних норми, јер када постоји изричито или прећутно изражена воља страна да се на њихов уговор не примјењују правила неког од националних права, одлучује се у складу с начелом правичности, обичајима и пракси у међународном промету. Према: Elvedin Mamel, UNIDROIT principi međunarodnih trgovinskih ugovora i njihova primjena u praksi, бр. 13/6, доступно на адреси: [http://www.prf.unze.ba/docs/AnalizPFZEbr13god6/godina\\_6broj\\_13\\_04.pdf](http://www.prf.unze.ba/docs/AnalizPFZEbr13god6/godina_6broj_13_04.pdf), стр. 95.



### III Осврт на традиционални однос националних кодификација и аутономног трговинског права

У зависности од утицаја моћи и нивоа (не)толеранције државног права према аутономном трговинском праву, процес настанка извора за уређивање међународних трговинских односа је нераскидиво везан за однос права трговаца, заснованом на „добрим пословним обичајима“, с једне, и великих националних грађанских и трговачких кодификација, са друге стране. Појаву аутономног права карактерише процес интеграције, који је карактеристичан за Средњи век, када су трговци успели да изграде сопствено право познато као *lex mercatoria*, засновано на скупу међународних трговачких обичаја. Парадоксално је да је јединственост правила била потпуно супротна територијалној подељености. Такво стање се протегло све до почетка деветнаестог века, када су се питања правне регулативе трговинских односа почела решавати великим националним грађанским и трговинским кодификацијама. Аутономни извори средњевековне *lex mercatoria*-е инкорпорисани су у националне правне системе, који су им ограничили транснационални карактер и разградили их, уносећи им дух свог партикуларизма и специфична национална обележја.

Током XIX и почетком XX века материјалне норме националних грађанских и трговачких законика, чија се примена одређивала на основу колизионог метода, биле су једини извори регулисања пословних односа са елементом иностраности.<sup>15</sup> Стварање националних суверених држава генерисало је одвајање националне и међународне трговинске политике и условљавало разлику између националног и међународног права. Суверене државе су јасно лоцирале домаћи суверенитет у институције са унутрашњих страна својих граница. Тиме се створио основ међусобне „конкуренције“ националних правних правила, али и тих правила са међународним нормама. Примена *lex mercatoria*-е је била могућа само у границама одређиваним толеранцијом националних законодавстава. Национална права су постала узрок недовољне правне сигурности у међународним трговинским односима, услед компаративних разлика које су међу њима настале.<sup>16</sup> Уочено је да националне грађанске и трговачке кодификације, објективно нису могле у потпуности да антиципирају читав спектар односа, који су иманентни савременом унутрашњем, а посебно међународном трговинском промету. Потврда таквог стања је стигла

15 Милан Бартош, „Криза међународног приватног права“, *Архив за правне и друшћивене науке*, бр. 6/1948, стр. 488.

16 Младен Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд, 2005, стр. 9.

и из Уједињених нација, које су 1965. године, посебном Резолуцијом,<sup>17</sup> оцениле постојање компаративних разлика у изворима права националног карактера, озбиљном препреком за даљи развој светске трговине. Основана је Комисија ОУН за међународно трговинско право (енг. *United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*),<sup>18</sup> са задатком спровођења хармонизације и унификације права међународне трговине.

Полако, помало, али све извесније, поново постаје актуелно аутономно трговачко право, које правна доктрина, полазећи од његових корена из Средњег века, поима као нову *lex mercatoria* (ново право трговаца).<sup>19</sup> Колизииони метод, у односу на регулисање облигационих односа са елементом иностраности, постепено губи на значају. Говори се о постојању транснационалног трговинског правног поретка, чије се норме стално дограђују, захтевајући брзу и одговарајућу правну новацију, на основама хармонизације и унификације.<sup>20</sup> Такође, појавом права универзалних и регионалних институција, као што су Светска трговинска организација и Европска унија, створена је и категорија наднационалних извора права. Неопходност сталног усаглашавања националних прописа у овој области са изворима права међународног карактера, постала је очигледна. На сцену ступа ново аутономно право трговаца, чији су извори права изван система националних правних поредака. Долази до препорода и васкрснућа међународних трговинских обичаја, који су у свим епохама испољавали међусобну фасцинантну сличност. Добри трговачки обичаји, који су били претопљени и измењени регулама националних грађанских и трговинских кодификација, доживљавају своју ренесансу. Учесници пословног промета стичу право избора арбитра-

17 Резолуција ОУН 2102 (XX), 1965, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/yearbooks/yb1968-70-r/vol1-p20-52-r.pdf>. О томе вид. А. Ђирић, *нав. дело*, стр. 1; Александар Голдштајн, *Међународно трговачко право – Конвенције, правила, ойћи увјејџи и слована*, Загреб, 1970, стр. XI.

18 У периоду свог постојања, УНЦИТРАЛ је стекао статус водећег органа у систему ОУН у области права међународне трговине. Са универзалним чланским саставом, више од 40 година, делује као специјализовани орган за спровођење реформе у материји трговинског права у целом свету. Основни циљ УНЦИТРАЛ-а је модернизација и усаглашавање норми међународног трговинског промета. О овоме вид. *United Nations Commission on International Trade Law*, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>.

19 О овоме више вид. Т. Миленковић-Керковић, *нав. дело*, стр. 11–33.

20 Процес унификације и хармонизације као интегрални елемент јачања приватног утицаја на регулаторне процесе критикован је с аргументом да води стварању „опне за заштиту корпоративних интереса“. Видети: Allan E. Farnsworth, „Unification and Harmonization of Private Law“, *Harmonization and Change*, Workshop Papers from the Twenty-fifth Annual Workshop on Commercial and Consumer Law, Faculty of Law, University of Toronto, 1995, стр. 82–88.

же, као недржавног начина решавања спорова.<sup>21</sup> Тако се дошло до комбинованог система нормативног регулисања међународних трговинских односа, који, поред примене националних права, одликује и прихватање аутономног обичајног права трговаца.<sup>22</sup> Стара *lex mercatoria*, заоденута у ново рухо и обogaћена новим садржајима, сходно потребама савремених МТО, прераста у нову *lex mercatoria*-у.<sup>23</sup>

Из изнетог сумарног прегледа, јасно је да је на развој права међународне трговине опредељујуће утицао однос аутономног трговинског права (*lex mercatoria*) и националних грађанских и трговинских кодификација. Он се одвијао у три фазе. Прву фазу карактерише интеграција правних правила у виду средњевековне *lex mercatoria*-е, коју чини скуп универзално прихваћених међународних трговачких обичаја. Другу фазу обележава дезинтеграција правила из прве фазе. Обичајна правила трговачке заједнице, која су уживала широку примену у пословној пракси, губе међународни и униформни карактер, утапајући се у унутрашње грађанске и трговинске кодификације националних држава. Трећа, садашња, фаза се поклапа са процесом глобализације друштва, која захвата његове сегменте у свим угловима наше планете. Њу одликују настојања да се превазиђу ограничења, која за међународну трговину произлазе из великих националних грађанских и трговачких кодификација.<sup>24</sup> У том циљу се реинтегришу правила старе *lex mercatoria*-е, како на регионалној, тако и на универзалној међународној основи. Успоставља се ново међународно право трговца (нова *lex mercatoria*), које своју снагу заснива управо на атрибуту међународности, стално инсистирајући на потреби да се при тумачењу аутономних извора води рачуна о њиховом међународном карактеру, да се унапреди једнообразност њихове примене и поштовање савесности у

21 Анджеј Тынель, Ян Функ, Владимир Хвалеј, *Курс международнојо тргоивојо права*, 1999, Минск, стр. 54–55.

22 Александар Чирич, „Международный торговый арбитраж: применение автономных источников права“, *Материалы йервых Международных чийений йамяйии академика Побирченко И. Г.*, Киев, 2014, стр. 80–93.

23 Међународноправни режим трговинских односа има снажно испражњујуће дејство на национални легислативни капацитет држава. Националне норме, како јавноправног, тако и приватноправног карактера, се све више унификују. Говори се о конституционалном карактеру права Светске трговинске организације и о његовом уставноправном хабитусу. Ствара се јединствена међународна трговинска и привредна архитектура, која диктира не само правила трговинске сарадње међу државама, већ опредељујуће утиче на њихову националну легислативу. Ако је право СТО предмет поређења у процесу хармонизације и унификације јавноправне регулативе, утолико је предмет поређења на плану хармонизације приватноправних извора права, којима припадају и грађански законици појединих држава, аутономно трговинско право, односно нова *lex mercatoria*.

24 Clive M. Schmitthof, *Развој међународнојо тргоивачкој права*, Загреб, 1972.

међународној трговини.<sup>25</sup> Због тога је значајно добро разумети захтеве новог времена, који се одражавају на национални легислативни капацитет Србије. У том смислу их је нужно и респектовати у креирању новог Грађанског законика.

## IV Преднацрт Грађанског законика Србије и извори *lex mercatoria-e*

Да би се утврдило место трговачког аутономног правног поретка (*lex mercatoria*), које му додељује Преднацрт Грађанског законика, неопходно је извршити компарацију појединих решења Преднацрта са решењима кореспондентних норми у изворима права, који припадају самом том поретку. Због обима и карактера овог рада, ми смо као најприкладнији предмет поређења изабрали нормирање „добрих обичаја“, „добрих пословних обичаја“ и узанси.

### 1. Пример „добрих пословних обичаја“ (друга књига, Облигациони односи, чл. 10)

Персонификација аутономног трговинског права (нове *lex mercatoria-e*), у дискурсу Преднацрта Грађанског законика Србије, је категорија „добрих пословних обичаја“. Преднацрт садржи норме о „добрим обичајима“, „добрим пословним обичајима“, узансама и моралу, које су еманација аутономног правног поретка, како са унутрашњих, тако и са спољашњих државних граница. Тиме је Преднацрт нашег Грађанског законика испоштовао традицију, која је у домаћем и међународном промету стекла право грађанства кроз примену правила која настају у дужем временском периоду (обичаји, морал). Она се често користе као подлога за решења у другим изворима – међународним конвенцијама, двостраним уговорима, општим условима, креираним правним документима и слично. Чувени француски правник, Риперт, је у том смислу истицао: „Трговачко право је у принципу неформално. Оно не дозвољава да буде искључиво записивано и трасирано. Невољно се потчињава законодавној интервенцији.“<sup>26</sup> То, свакако, имплицира да се у уређивању трговинских односа не могу занемарити правила која представљају неписано обичајно право.

У тексту Преднацрта Општег дела Грађанског законика, Уводне и опште одредбе,<sup>27</sup> у члану 5 се помињу „добри обичаји“ у контексту

25 У вези са тим видети члан 7 Конвенције ОУН о уговорима о међународној продаји робе код Јелена Вилус, *Коментар Конвенције ОУН о међународној продаји робе*, Загреб, 1981, стр. 17–23.

26 G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1963, стр. 10.

27 Доступно на адреси: [http://www.paragraf.rs/kk/images-kk/gradjanski\\_zakonik\\_republike\\_srbije.pdf](http://www.paragraf.rs/kk/images-kk/gradjanski_zakonik_republike_srbije.pdf).

општег дејства начела о аутономији воље, на основу које су „ЛИЦА У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ СЛОБОДНА да своје односе уреде по својој вољи у границама принудних прописа, јавног поретка, добрих обичаја И МОРАЛА“.<sup>28</sup> Овим чланом Преднацрта се на општи начин придаје значај „добрим обичајима“, као извору права, који се може применити како у грађанским, тако и у односима трговинског карактера.

У материји облигационих односа, Преднацрт нормира (чл. 10) да стране из уговорних односа, не само да могу, већ су оне и „дужне да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима“:

- 1) Стране у облигационим односима *дужне су* да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима.
- 2) На облигационе односе се примењују *узансе* ако су стране у облигационим односима уговориле њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтеле.<sup>29</sup>

У литератури се указује да се под „добрим пословним обичајима“ могу подразумевати најмање две различите срвари:

- a) добар пословни обичај у смислу морала и
- b) добар пословни обичај у смислу трговачких обичаја.<sup>30</sup>

Ако би се под појмом „добри пословни обичаји“ подразумевали трговачки обичаји, појавиле би се одређене нејасноће које су првенствено повезане са изразом „дужни су поступати“, јер трговачки обичаји не могу бити императивне природе, будући да такав карактер немају ни диспозитивне норме Законика.<sup>31</sup> Због тога, би под појмом „добри пословни обичаји“ требало разумети „добре обичаје“ као синоним за правила морала.<sup>32</sup> Међутим, у том случају би се могло поставити питање да ли ће, суштински, категорија „доброг пословног обичаја“, у смислу

28 У самом тексту се наводи да је малим словима означен текст из одговарајућег важећег Закона о облигационим односима. Великим словима су исписани предлози за нова решења Преднацрта.

29 Вид. Преднацрт Грађанског законика Србије, Друга књига, Облигациони односи, чл. 10. којим је у потпуности преузето решење из Закона о облигационим односима, чл. 21.

30 Професор Слободан Перовић истиче да се под „добрим пословним обичајима“ подразумевају одређене друштвене норме које нису правно санкционисане, већ су усвојене у општој свести једне друштвене средине. Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1973, стр. 98.

31 Vilim Gorenc, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 1998, стр. 25.

32 Stojan Cigoj, „Komentar obligacijskih razmerij“, *Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih*, I knjiga, Ljubljana, 1984, стр. 105. Цитирано према: Antonija Zubović, „Primjena trgovačkih običaja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991)*, Vol. 27, бр. 1/2006, стр. 307–343.

трговачког обичаја, остати изван домаћаја Грађанског законика, чиме се трговачким обичајима ускраћује нормативна снага.

У члану 10 став 2 Преднацрта уређено је питање примене узанси, које се могу примењивати под алтернативним условом и то:

- а) ако су стране у облигационим односима уговориле њихову примену, или
- б) ако из околности произилази да су њихову примену хтеле.

Логично је да се ове одредбе у погледу примене узанси, које представљају кодификоване трговачке обичаје, могу применити и на питање примене самих трговачких обичаја.<sup>33</sup>

Као и Закон о облигационим односима, тако и Преднацрт Грађанског законика, не одређује појам добрих пословних (трговачких) обичаја. Како се они и, иначе, у правним изворима у упоредном праву ретко дефинишу,<sup>34</sup> просуђивање о томе што се сматра трговачким обичајем остаје чињенично питање. *Onus probandi* постојања обичаја је на страни, која се на њега позива, а коначна одлука о томе је у компетенцији судије или арбитра.

33 A. Goldštajn, *нав. дело*, стр. 45. и 71; Sofija Marušić, *Zakon o obveznim odnosima i izvori prava za ugovore i privredi*, стр. 42; V. Gorenc, *нав. дело*, стр. 26; Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1980, стр. 710. Наведено према: A. Zubović, *нав. чланак*, стр. 336.

34 Према члану 13 Хашког једнообразног закона о закључивању уговора о међународној купопродаји телесних покретних ствари, под обичајем се подразумева начин поступања за који разумна лица истог својства, када се нађу у истој ситуацији у улози уговорних страна, сматрају да ће се такав начин поступања применити и на њихов уговор. Вид. <http://www.lawmix.ru/abrolaw/15910>. Једнообразни трговачки законик САД из 1962. (енгл. *Uniform Commercial Code – UCC*), дефинише трговачки обичај као сваку праксу или начин пословања за које се редовно може очекивати да ће бити поштовани у конкретној трансакцији. Вид. UCC, чл. 1–205/2 (4). Члан 5 став 1 Кодекса Руске Федерације обичајем пословног промета сматра усвојено и широко применљиво правило понашања у било којој области предузетничке делатности, које није предвиђено законом, без обзира, да ли је оно унето, или садржано, у било ком писаном документу. Вид. Статња 5. Глава I, часть I Гражданског кодекса Российской Федерации, Обычаи, доступно на адреси: <http://www.zakonrf.info/gk/5/>.

## 2. Обичаји у изворима међународног трговинског уговорног права

### а) Конвенција Организације уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција, 1980)

У сету извора права међународног карактера, Бечка конвенција ОУН о уговорима о међународној продаји робе (БК)<sup>35</sup> условљава примену обичаја пристанком уговорних страна. Тако, члан 9 Конвенције предвиђа:

- 1) Уговорне стране су везане било којим обичајем на који су пристале, или на основу праксе успостављене међу њима.
- 2) Ако није друкчије договорено, сматра се да су стране прећутно подвргле свој уговор или његово закључење обичају који им је био познат или је морао бити познат, односно који је широко познат у међународној трговини и редовно га поштују уговорне стране у уговорима исте врсте у односној трговачкој струци.

Члан 9 став 1 БК чини обичај за уговорне стране обавезним уколико су оне, сагласно својој слободној вољи, на његову примену пристале. Са друге стране, за праксу утврђену међу уговорним странама се не захтева сагласност страна за њену примену, будући да су је оне саме створиле.<sup>36</sup>

Сагласно нормама БК, уговорне стране могу бити везане трговачким обичајима изричито или прећутно. Када уговорне стране уговоре примену обичаја, на њих се примењује члан 9 став 1 БК. Али, ако уговорне стране не уговоре примену обичаја, примениће се члан 9 став 2 Конвенције, који упућује на примену обичаја уколико је конкретни обичај:

35 Заједнички циљ конвенцијских извора права је стварање скупа правних норми које су функционални еквивалент облигационог права националних легислатива. Бечка конвенција је „типичан представник врсте“ када се ради о регулисању међународних пословних односа методом „званичне унификације“ и креирањем документа са карактером *ius conventionis*. По темпу прихватања, Конвенција представља пример без преседана у историји унификације и хармонизације МТП. Значај Бечке конвенције је несумњив. Она представља максималан резултат унификације МТП, који је постигнут методом стварања *ius conventionis*. Њеним доношењем су, у кључним питањима, превазиђене поделе које су ометале међународну трговину. О томе вид.: А. Ђирић, *Међународно трговинско право*, стр. 58–59.

36 Jelena Vilus, *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Zagreb, 1981, стр. 28.

- а) уговорним странама био познат или морао бити познат,
- б) који је широко познат у међународној трговини, и
- в) редовно узиман у обзир од уговорних страна у уговорима исте врсте у односној трговачкој струци.

Став је теорије и праксе да напред наведени услови морају бити испуњени кумулативно.<sup>37</sup> Тиме је БК усвојила објективни критеријум примене трговачких обичаја.<sup>38</sup>

За разлику од Преднацрта, Конвенција не повлачи разлику између обичаја и узанси, што упућује на закључак да су узансе обухваћене категоријом обичаја. Конвенција, као и Преднацрт Законика, не даје дефиницију трговачких обичаја, па ће о његовом постојању одлучивати суд или арбитража.

б) *UNIDROIT начела међународних трговачких уговора*  
(енгл. *Unidroit Principles for International Commercial Contracts – UCP 2010*)

До сада најзначајнији резултати методе неофицијелне унификације у виду креирања извора права у циљу њихове примене, на основу аутономије воље учесника међународног трговинског промета, су два типична извора аутономног права и то: *UNIDROIT начела међународних трговачких уговора* (енгл. *UNIDROIT Principles on International Commercial Transactions – UCP*), и *Начела европског уговорног права* (енгл. *Principles on european contract law – PECL*).

UCP<sup>39</sup> и PECL су, за разлику од Бечке конвенције, извори аутономног права меког нормативитета (*soft law*). Чини их скуп правних норми

37 J. Vilus, *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, стр. 26–29.

38 Трговачки обичај ће се, према објективној теорији, применити ако није супротан императивним законским нормама или друкчијем споразуму уговорних страна. То значи да уколико уговорне стране не желе примену трговачких обичаја, оне га морају изричито искључити, јер се свест о нужности поступања у складу с одређеним трговачким обичајем (*opinio necessitatis*) претпоставља. Према објективној теорији, трговачки обичај је извор права у објективном смислу. Он представља природни начин изражавања обичајног права у материји трговачког права, чију примену може искључити само *ius cogens* норма или супротна воља уговорних страна. Према субјективној теорији, за примену трговачких обичаја потребно је да је примена уговорена или да је прописана законом. Дакле, тражи се постојање оба елемента. То значи да поред чињенице постојања трговачког обичаја и његове допуштености примене, захтеваће се и постојање свести о обавезности поступања у складу с наведеним правилом понашања. О овоме више вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр.15–16; А. Zubović, *нав. чланак*, стр. 313.

39 UCP немају природу *ius conventionis*, с обзиром да њихова примена није условљена прихватањем од стране држава. Обавезни су само ако их стране изаберу као меро-



које одликује функционална прилагођеност потребама међународне пословне заједнице. За разлику од Конвенције, која регулише уговор о међународној продаји робе, ови извори аутономног права се предметно односе на све уговоре међународног промета. Њихова примена има препоручујући и допунски карактер. Осим када је примена ових извора изричито уговорена, она се претпоставља и када су уговорне стране свој уговор подвргле „општим принципима права, аутономном праву трговаца (*lex mercatoria*) и слично“.<sup>40</sup> За усвајање ове врсте извора аутономног права није одлучујући фактор постизање компромисних решења, као код стварања *ius conventionis*. Извори ове врсте усвајају правно најцелисходније концепције, а примењују се на основу аутономије воље учесника у пословним односима, који их преферирају на основу квалитета и адекватности њихових норми.

У чл. 1.9 Начела из 2010. године трговачки обичаји су уређени на следећи начин:

- 1) Стране су везане обичајем на који су пристале и праксом утврђеном између њих.
- 2) Стране су везане обичајем који је широко познат и редовно поштован у међународној трговини од уговорних страна у односној трговачкој струци, осим када би примена таквог обичаја била неразумна.<sup>41</sup>

У Начелима, као и у БК, трговачким обичајима је дата нормативна снага. У члану 1.9 Начела се не захтева да уговорне стране „знају или морају знати“ за одређени обичај да би њиме биле везане, као што је то случај код чл. 9 Бечке конвенције. Довољно је само да је трговачки обичај „широко познат и редовно поштован у међународној трговини од уговорних страна у одређеној трговачкој струци“. То указује да Начела полазе од претпоставке да трговачки обичаји који су широко познати и редовно поштовани у међународној трговини имају нормативну снагу,

---

давно право за уговор који међусобно закључују. Један од стубова носача Начела је поштовање принципа „савесности и поштења и коректног понашања“ (*good faith and fair dealing*). UCP су комплетан правни документ који треба да служи: а) као узор за националне легислативе; б) као средство за попуњавање правних празнина када стране нису одредиле надлежно право, или када конвенције и меродавно право немају решење за конкретно питање; и в) као подсетник учесницима у међународном промету за питања која се њиховим уговором имају уредити, уз могућност преузимања свих или само појединих њихових решења. Више о овоме: А. Ђирић, *Међународно трговинско право*, 2010, стр. 65–70.

40 Вид. Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012, стр. 365. У вези са применом опшгих начела вид. БК, чл. 7 ст. 2.

41 UNIDROIT PRINCIPLES 2010, Art. 1.9 (Usage and practices), доступно на адреси: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/414-chapter-1-general-provisions/871-article-1-9-usages-and-practices>.

независно од знања уговорних страна. Будући да су у широкој примени, знање уговорних страна се претпоставља. На овај начин је примена трговачких обичаја проширена и у односу на саму БК, чија одредба у члану 9 став 2 предвиђа да уговорне стране „знају или морају знати“ за одређени обичај да би њиме биле везане.

в) *Начела европској уговорној њрава*  
(енгл. *Principles on european contract law – PECL*)

Начела европског уговорног права (PECL) уређују само општи део уговорног права. Норме о трговачким обичајима су формулисане у два става члана 1:105 (ранији члан 1.103).<sup>42</sup>

- 1) Стране су везане обичајем на који су пристале и праксом утврђеном између њих.
- 2) Стране су везане обичајем за који сматрају да се примењује на лица која се налазе у истом положају као уговорне стране, осим када би примена таквог обичаја била неразумна.

џ) *Нацрт оквирних ѡрејорука за Европски грађански законик*

Значајан корак у правцу припреме европског Грађанског законика представља Нацрт Заједничког оквира (енгл. *Draft Common Frame of Reference*). Израдила га је Студијска група за европски Грађански законик. Садржи принципе, дефиниције и модел правила европског приватног права.<sup>43</sup> У књизи II, члан 1:102,<sup>44</sup> Нацрт уређује питање трговачких

42 The Principles of European contract law – Parts I and II revised 1998, (Parts I and II revised 1998, Part III 2002), Chapter 1 – General provisions, Section 1 – Scope of the Principles, Article 1:105 (ex art. 1.103) – Usages and Practices, доступно на адреси: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/1.105.html>.

43 Нацрт је припремљен од стране Студијске групе за европски Грађански законик (енгл. *Study Group on a European Civil Code*) и Истраживачке групе о приватном праву Европске заједнице (енгл. *Research Group on EC Private Law – Acquis Group*). Нацрт је израђен на основу „Акционог плана за кохерентније европско уговорно право“ (енгл. *Action Plan on A More Coherent European Contract Law*) Европске комисије из 2003. године и публикован 2008. године. На тим основима, Европски парламент је 8. јуна 2011. године усвојио и одговарајућу резолуцију – „European Parliament resolution of 8 June 2011 on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses“ која представља значајан корак у правцу даљег развоја Европског уговорног права. Вид. Јелена Перовић, *Појреба Унификације и хармонизације уговорној ѡрава*, доступно на адреси: <https://www.google.com/webhp?sourceid>, стр. 11.

44 Book II Article 1:104: Usages and Practices, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf).

обичаја и пословне праксе на потпуно идентичан начин са чланом 1:105 PECL.

*g) Крајња компаративна анализа решења у изворима међународној њирџовинској уговорној ђрава*

Поређењем члана 1:105 PECL, члана 1:102 Нацрта Европског грађанског закона, члана 9 БК и члана 1.9 UCP, закључује се да сви наведени чланови имају два става, од којих су њихови први ставови, у свим наведеним изворима, текстурално идентични. Разлике постоје у ставовима 2 цитираних чланова. Код примене члана 1:105 став 2 PECL не поставља се питање знања уговорних страна о постојању трговачких обичаја, као код БК.

БК и UCP 2010 условљавају примену обичаја његовим широким познавањем у међународној трговини, као и његово редовно узимање у обзир од уговорне стране у уговорима исте врсте у односној трговачкој струци.

Сагласно члану 1:105 став 2 PECL, да би уговорне стране биле везане трговачким обичајима на које се нису обавезале изричито, потребно је да су испуњена два услова:

- а) да се трговачки обичај примењује на лица која се налазе у истом положају као уговорне стране, и да
- б) примена таквог обичаја није неразумна.

У правној теорији се сматра да БК, UCP 2010 и PECL обухватају не само међународне, већ и националне и локалне трговачке обичаје. При том се процењује да члан 1:105 став 2 PECL може додатно помоћи у одређивању да ли је одређени обичај обухваћен применом члан 9 став 2 Бечке конвенције.<sup>45</sup> Потребно је осврнути се и на околност да примена обичаја не сме бити неразумна, што изричито захтева и члан 1.9 UCP 2010. У члану 1:302 (ранији члан 1.108) PECL, дат је критеријум разумности (енгл. *Reasonableness*). У оцени шта је разумно, потребно је узети у обзир природу и циљ уговора, околности случаја као и обичаје и праксу трговине или односне струке.

---

45 Anja Carlsen, *Remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement Article 9 CISGS*, доступно на адреси: [www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html).

## V Закључак

У документу Иницијатива за израду Грађанског законика Републике Србије и основни разлози за његово доношење, који је садржан у Предговору Законика (Општи део) се истиче да је у раду на изради Преднацрта Грађанског законика, између осталог, било неопходно одговарајућа законска решења „усагласити са решењима међународних конвенција, као и са тековинама европске правне цивилизације, уз уважавање традиционалних неспорних националних вредности“.

Спроведене анализе у овом раду, учињене уз исту мотивацију, указују да у Преднацрту Грађанског законика можда има простора да се, уз уважавање наших традиционалних националних вредности, поједина предложена решења, у већој мери могу усагласити са нормативном основом и решењима из извора аутономног међународног трговинског права. У том смислу сматрамо целисходним да се предложена решења из члана 10. Друге књиге, која се тичу дужности страна да у правном промету поступају у складу са трговачким обичајима, у већој мери прилагоде нормама међународног аутономног права.<sup>46</sup> У том смислу, уважавајући разлоге, које смо изнели у овом прилогу, сматрамо да би, став 1, који има идентичан текст у свим наведеним изворима, могао бити преузет и уграђен у члан 10 став 1 из Друге књиге Преднацрта. Уз незнатно језичко-стилско прилагођавање, члан 10 став 1 би могао да гласи:

- 1) „Стране у облијационим односима су везане обичајем на који су пристале и праксом утврђеном између њих“.

Пошто у напред цитираним члановима анализираних извора међународног уговорног аутономног права, постоје компаративне разлике у формулацији става 2, који утичу и на њихово правно дејство, за могућу формулацију члана 10 став 2 Преднацрта конкуришу решења УСР, РЕСЛ, тако да би његова прихватљива формулација, уз наш додатак подвучених речи, могла алтернативно да гласи:

- 2) Ако није друкчије договорено, стране су, у облијационим односима, везане обичајем који је широко познат и редовно по-

46 Деривативни начин изградње националних прописа доприноси процесу хармонизације и унификације упоредног законодавства. Он подразумева тзв. „*Top-down*“ приступ, на основу кога се решења међународних докумената („*top*“, врх) инкорпоришу „ниже“ („*down*“), у национална законодавства („*incorporation by reference*“). Супротан овом је систем „*bottom up*“, којим се на основу компромисног прихватања решења националних правних извора, долази до међународних правних докумената. Типичан пример извора те врсте је Конвенција ОУН о уговорима о међународној продаји робе (БК).

штован у трговини од уговорних страна у односној трговачкој струци, осим када би примена таквог обичаја била неразумна (УСР) или

- 2) Стране су везане обичајем за који сматрају да се примењује на лица која се налазе у истом положају као уговорне стране, осим када би примена таквог обичаја била неразумна (PECL).

Имајући у виду традиционалан значај узанси у нашем трговинском праву, садашњи став 2 цитираног члана 10 у Преднацрту, би могао бити нови став 3:

- 3) На облигационе односе се примењују узансе ако су стране у облигационим односима уговориле њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтеле.

Овакав став 3 би могао бити и сувишан, будући да су узансе обухваћене категоријом обичаја.

На напред описани начин, наш би законодавац допринео постојећој тежњи ка уједначавању националних правних норми са нормама међународног аутономног трговинског правног поретка.

**Aleksandar ĆIRIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Niš**

## **AUTONOMOUS INTERNATIONAL TRADE ORDER AND THE NEW SERBIAN CIVIL CODE\*\***

### **Summary**

*The author has dedicated central attention in this paper to international regulatory framework of trade relations, whom the autonomous legal order known as the merchant law or *lex mercatoria* belongs, in the respect of it being a significant constituent element in drafting of the new Civil code of the Republic of Serbia.*

*Further is analyzed question about of place of the autonomous rights of traders in the light of the new Civil Code of Serbia in case of “good business practices” (The second book, Obligations, art. 10). Based on the analysis of the regulation of usages in individual sources of international commercial contract*

---

\*\* Article is the result of the Project No. 179046 funded by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

*law, the author of of this paper proposes concrete possible solutions for Article 10 of the Draft Serbian Civil Code.*

*Unique international trade and business legal architecture is being created, which dictates not only the rules of trade cooperation between countries, but decisively affects i.e. governs their national legislation. The author pleads the need for harmonization of national legislation in this field with the legal sources of international character, noting in this regard appropriate concrete examples.*

**Key words:** *the new Serbian Civil Code, autonomous international trade order (“lex mercatoria”), commercial usages, national civil codifications, international trade relations, harmonization and unification.*

Др *Иванка СПАСИЋ*  
редовни професор Универзитета „Привредна академија“  
научни саветник

## ЛИЗИНГ УГОВОР У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

### Резиме

*Стручна јавност у Србији заузела је јединствено становиште да се, одредбама (будуће) Грађанског законика, поред „класичних“, регулишу и уговори настали у условној пракси. Све досада конципиране радне верзије текста ГЗ садрже и одредбе које уређују ову категорију уговора. Међу овим уговорима изузетно значајно место припада лизингу. Имајући у виду његов велики значај, нарочито када се ради о финансијском облику лизинга, веома је значајно како ће изледајући решења садржана у Грађанском законик у.*

*Овај рад се бави концепцијом лизинга, како га је дефинисао и уредио Преднацрт ГЗ; у њом контексту анализирани су појам, облици, предмет, садржај као и специфичности лизинга и уговора. Предложена решења сагледана су криптички а, на одговарајућим местима, дајући су предлози и сугестије за дојуну попуњавања као и за уношење извесних текстуалних измена. Неки од предлога попуњени су као алтернативни.*

**Кључне речи:** лизинг, лизинг уговор, финансијски лизинг, оперативни лизинг, оцртање кувине.

## І Уводне напомене – који облик лизинга треба регулисати одредбама ГЗ

У Републици Србији се, већ неколико година, ради на конципирању текста ГЗ. Велики, стручан и обиман посао израде законског текста резултираће ускоро финализирањем Нацрта ГЗ. Као што је познато део ГЗ који се односи на облигационе односе садржаће и одредбе које уређују уговоре настале у пословној пракси (лизинг, франшизинг, факторинг). Без обзира на потешкоће које увек прате законско уређивање ове врсте (тзв. „нових“) уговора, идејни творци ГЗ стали су на становиште да и ова група уговора треба да уђе у ГЗ, првенствено због свога значаја за привреду. Овакво становиште је за сваку похвалу. Ипак, конципирање појединих питања, често веома значајних за ове уговоре, као и конкретно правно обликовање појединих одредаба нису увек били тако успешни као одредбе „класичног“ облигационог права. Узрок лежи пре свега у сложености и специфичности ових „нових“ послова, затим у чињеници да се ради о пословима који су још у развоју, као и чињеници да су сви „нови“ послови настали у земљама англосаксонског права, што, аутоматски, повлачи и одређене правне специфичности, те је стога и њихово практично уређивање често доста отежано.

Рад на креирању одредаба поменутих уговора насталих у пракси текао је са променљивим успехом; највеће потешкоће за ауторе конкретних правних решења представљао је лизинг посао (односно одговарајући уговор). Од појаве првог целовитог текста<sup>1</sup> (који је резултат рада Комисије за израду ГЗ) па до данас, одредбе о лизинг послу су више пута мењале свој изглед и то не само у погледу стилске дотераности већ пре свега у суштинском погледу. Оно што се, од почетка рада на тексту, показало као својеврсна недоследност је чињеница да није заузет јасан и недвосмислен став о томе који ће од облика лизинг посла (а има их више) бити регулисан одредбама ГЗ. Финансијски и оперативни лизинг (да поменемо само најважнију дистинкцију) доста се међусобно разликују; финансијски лизинг је, у Србији, већ уређен Законом о финансијском лизингу,<sup>2</sup> а на оперативни се (имајући у виду његове знатно мање специфичности) могу применити одредбе облигационог права (пре свега оне о уговору о закупу). Имајући све речено у виду поставило се начелно питање како уредити лизинг послове у ГЗ; да ли утврдити неки општи појам за све лизинг уговоре (што је доста тешко имајући у виду поменуте разлике), или уредити само „нефинансијски“ (пре свега оперативни) лизинг (будући да је финансијски већ уређен *lex*

1 Текст радне верзије ГЗ објављен је у часопису *Правни животи*, бр. 11/2007.

2 Објављен у *Службеном гласнику РС*, бр. 55/2003, са изменама и допунама објављеним у *Службеном гласнику РС*, бр. 61/2005; 31/2011 и 99/2011.



*specialis-om*), или пак уредити ипак само финансијски лизинг, будући да је он далеко (нај)значајнији. Предложена решења су мењана и варирана у већој или мањој мери, при чему су понекад прављене и неспојиве комбинације. Могуће је, наиме, изабрати и само један облик лизинга и њега уредити; ипак сматрамо да је, у таквом случају, неопходно напоменути да постоје и други облици лизинга које регулише неки други правни акт.

Мислимо да би адекватније и примереније решење било оно које би „обухватило“ најважније облике лизинг посла а то су финансијски и оперативни лизинг (као најважнији облик „нефинансијског“ лизинга). Да ли ће, при томе, бити дата једна јединствена дефиниција појма лизинга (што није баш лако изводљиво) или две (где би друга била дата у другом ставу члана који утврђује појам лизинг посла односно уговора, што је примереније) више је техничко питање. Главна одлика лизинг посла је чињеница да се одређени предмет лизинга даје на коришћење (уступа се право коришћења) на одређени период и уз накнаду, из економских разлога. Приликом конципирања и реализације овог посла може, уз обавезно уступање права коришћења (које постоји код свих послова овог типа) постојати и финансирање кроз лизинг посао (финансирање корисника лизинга); у том случају финансирање посла (кроз уступање путем лизинга) је и његова привредна (па и правна) суштина.<sup>3</sup> То је оно „ново“ у овим уговорима што их разликује од закупа облигационог права.<sup>4</sup> Финансирање, његов значај и његове специфичности су разлог што је овај посао, у пракси, попримио и низ специфичности (увођење „казнених клаузула“, опције куповине, прелазак ризика и трошкова на корисника лизинга, специфичности испоруке и сл.). Финансијски лизинг је свакако „значајнији“ облик лизинг посла (он представља значајну привредну делатност); оперативни („нефинансијски“) лизинг је делатност превасходно услужног карактера, најчешће сервисног,<sup>5</sup> те стога нема тако капиталан значај за привреду. Ако би се, одредбама ГЗ, регулисао само оперативни лизинг, онај важнији облик – финансијски лизинг остао би ван ГЗ, што никако не би имало логике. Ако би се уредио само финансијски (што је „текући“ предлог) опет би лизинг посао био

3 Ревизијом Закона о финансијском лизингу финансијски лизинг је окарактерисан као „посао финансијског посредовања“ (чл. 2 пречишћеног текста Закона). Овим се највероватније хтео истаћи изузетан значај саме чињенице финансирања на суштину посла.

4 Француско и италијанско право су, у складу са тим, лизинг послове називали финансијским закупом (*credit-bail, locazione finanziaria*); док се у Француској углавном задржао „локални“ термин, у Италији се све чешће користи термин лизинг.

5 Пословима оперативног лизинга најчешће се баве произвођачи или дистрибутери опреме вид. UNIDROIT, Study LIX, Doc. 1, 1975, стр. 4.

нецеловито уређен, будући да постоји још један, мада „мање значајан“, облик – а то је оперативни лизинг. Потврду за заступање оваквог „становишта“ проналазимо и у тексту Модел закона о лизингу који је усвојио UNIDROIT. И овај међународни правни акт уређује обе врсте лизинг посла. Неки национални закони, нама суседних и по правној традицији врло блиских земаља, такође су регулисали лизинг послове утврђујући разлике и специфичности међу њима.<sup>6</sup>

## II Појам лизинг посла и његове врсте

Суштински елемент лизинг посла представља уступање права економског искоришћавања (права коришћења) предмета лизинга, током одређеног периода и уз утврђену накнаду; такође врло је битно да се лизинг посао може реализовати у више облика зависно од тога шта је његов основни циљ, да ли је то финансирање или само „услужно“ уступање и одржавање предмета лизинга (углавном краткорочно и сервисног карактера). Будући да се лизинг посао посматра у контексту привредне делатности и финансијски и оперативни лизинг спадају у тзв. лизинг опреме (*equipment leasing*).<sup>7</sup>

Финансијски лизинг је привредна делатност финансијског карактера; она представља финансирање набавке инвестиционе опреме за потребе пословања корисника, које врши давалац лизинга набавком опреме, на којој стиче својину. Исту ту опрему давалац уступа кориснику (преносећи на њега право коришћења) за одређени, неотказиви, период времена; овај период одговара периоду економске амортизације опреме (или барем њеног „претежног“ односно главног дела). Елементи који утврђују један облик лизинга као финансијски (или пак нефинансијски) су економског карактера. Наиме, рок на који се закључује финансијски лизинг посао зависи од економске амортизације објекта лизинга и у зависности од ње се и утврђује; овај рок (тзв. иницијални рок трајања уговора) је увек прецизно утврђен и неотказив је, ово су тзв. уговори

6 Видети Закон о лизингу Републике Хрватске (*Народне новине*, бр. 141/2013); Закон је ступио на снагу 5.12.2013; одредбама овог Закона укинута су одредбе истоименог закона о лизингу из 2006. год. Закон је (у чл. 5) утврдио, као основне врсте лизинга, финансијски и оперативни лизинг, утврђујући њихова основна својства (постојање односно непостојање неотказивог рока трајања, питања амортизације, сношења ризика и торшкова, утврђивање накнаде). Закон је такође утврдио специфичности директног и индиректног финансијског лизинга. Уређујући одредбе о лизинг уговору, његовом садржају и облику Закон је имао у виду специфичности различитих врста лизинг посла (чланови 51 и 52 Закона, повезано са чл. 5).

7 Америчка теорија скоро искључиво говори о лизингу опреме, разматрајући његове различите облике, првенствено финансијски а потом и оперативни лизинг (као облике *equipment leasing*-а, као најважнијег).

„пуне амортизације“ („*full-pay-out*“<sup>8</sup>). Да би се амортизација реализовала рок мора бити прецизно утврђен (ти рокови су углавном дужи или барем средњи, јер се у кратким роковима амортизација не може остварити). Уговори се у овом тзв. иницијалном року не могу раскинути<sup>9</sup> (то наравно значи да се не могу раскинути једнострано). Оно што, чини се, такође треба изричито нагласити то је чињеница да се ради о „економској“ амортизацији објекта лизинга; у току трајања иницијалног (неотказивог) рока трајања уговора повратиће се износ набавне (куповне) цене предмета лизинга као и пратећих трошкова. Не ради се никако о физичкој амортизацији која је, у правилу, за већину објеката ипак много дужа од економске. Ово напомињемо изричито будући да је, код аутора претходне варијанте текста, очигледно постојала забуна по овом питању.

За разлику од финансијског лизинг посла, нефинансијски, скоро искључиво тзв. оперативни лизинг, није финансијска делатност већ је углавном услужна делатност најчешће сервисног карактера.<sup>10</sup> Оперативни лизинг нема иницијални рок трајања уговора (рок утврђују уговорне стране својом вољом, при чему не морају водити рачуна о амортизацији нити осталим економским условљеностима). Ово су углавном краткорочни или евентуално средњерочни послови, код њих нема пуне амортизације опреме („*non-full-pay-out*“).<sup>11</sup> Уговор се може и једнострано раскинути (сагласно уговорним одредбама).

Поред изузетно важних чињеница као што је амортизација, постојање (или непостојање) иницијалних уговорних рокова и питање преласка ризика и трошкова посла додатно одређују специфичност лизинг посла и „сврставају га“ у категорију финансијског или оперативног лизинга. Евентуални „прелазак“ ризика и трошкова посла на корисника је последица специфичности посла финансијског лизинга; страна која има право коришћења (држања и економског располагања) лизинг објектом сноси и све ризике држања и коришћења објекта као и све трошкове. Код оперативног лизинга, пак, ризици и трошкови све време трајања пословања остају на даваоцу лизинга.

За разлику од оперативног лизинга који је релативно једноставан, финансијски лизинг се може реализовати у више варијаната које су раз-

8 Вид. UNIDROIT, Study LIX, Doc. 1, стр. 5.

9 Опширније код Richard Vancil, *Leasing of industrial equipment*, N.Y., 1963, стр. 8.

10 О специфичностима оперативног лизинга видети код Иванка Спасић, *Уговор о лизингу*, Београд, 1990, стр. 49 и даље.

11 Уговори код којих не постоји пуна амортизација су такви уговори код којих, током једног трајања уговора, не долази до економске амортизације опреме, потребно је више односно велики број таквих закључења уговора да би дошло до економске амортизације опреме.

личитог степена сложености. Зависно од структуре и броја учесника у послу финансијски лизинг послови се реализују као тространи (индиректни) и као двострани (директни). Код тространих, у послу фигуришу три субјекта учесника – давалац и корисник лизинга и испоручилац предмета лизинга. Да би се ова економска тространа трансакција правно реализовала ангажују се два уговора – уговор о лизингу (између даваоца и корисника) и уговор о испоруци (између даваоца лизинга и испоручиоца). Поред ове „компликоване“ верзије постоји и једноставнија верзија финансијског лизинга, код које је давалац лизинга уједно и испоручилац предмета лизинга.<sup>12</sup> Овде изостаје независна позиција испоручиоца и проблеми везани за испоруку и правно комуницирање између страна које нису у уговорном односу. Без обзира на релативну једноставност двостраног финансијског лизинга<sup>13</sup> он остаје финансијски облик лизинг посла и треба да буде обухваћен правним одредбама ГЗ уколико се жели свеобухватност и потпуност правног уређења.

### III Уговор о лизингу у Преднацрту ГЗ

Као и сви привредни послови и лизинг послови се правно реализују путем уговора. Карактеристике посла и његове специфичности реперкутују се наравно и на припадајући уговор. Уговор о лизингу је такав уговор код кога једна страна – давалац лизинга, даје на коришћење предмет лизинг посла (најчешће је то опрема или читава постројења, које сам производи или набавља код другог), другој страни – кориснику лизинга, преносећи на њега право коришћења на тој опреми за одговарајући период. Корисник лизинга, економски искоришћавајући опрему у одговарајућем периоду, плаћа даваоцу уговорену лизинг накнаду. Истеком рока који је на различите начине одређен или одредив (зависно од врсте посла и уговора) корисник лизинга или враћа опрему, или продужује лизинг уговор за наредни период или откупљује опрему (ако је уговорена опција куповине и ако природа лизинг посла то допушта).<sup>14</sup> Ова (теоријска) дефиниција најшире обухвата појам лизинг посла (мада се ипак више односи на финансијски облик лизинг посла).

12 О различитим облицима финансијског лизинга видети опширније код И. Спасић, *нав. дело*, стр. 41–49.

13 Поред овог уобичајеног и релативно једноставног облика директног лизинга може се, у пракси (мада истина ређе) појавити и компликованији облик тог посла. Код овог облика давалац лизинга, који је и испоручилац, немајући довољно средстава да финансира израду и испоруку опреме, продаје на исплату доспеле рате накнаде некој финансијској установи (евидентни су, у овом послу и елементи слични факториг послу). Овакви варијетети јављају се само у земљама са веома развијеним лизинг пословањем.

14 Вид. И. Спасић, *нав. дело*, стр. 40.

У делу који се односи на облигационе односе, последњи презентирани текст Преднацрта ГЗ правно уређује уговор о лизингу, изричито указујући на то да се ради о финансијском лизингу. Сходно тексту главе XXVI, чл. 666 „Уговор о финансијском лизингу (даље уговор о лизингу)<sup>15</sup> је уговор којим давалац лизинга, на корисника лизинга преноси, на одређено време али не дуже од времена амортизације предмета лизинга или његовог најбитнијег дела, овлашћење држања и коришћења предмета лизинга, уз плаћање уговорене лизинг накнаде“. Будући да смо већ нагласили да сматрамо да је потребно све облике лизинг посла дефинисати и уредити или указати на начин њиховог уређивања размотрићемо колико оваква дефиниција испуњава те захтеве. Дефиниција финансијског лизинга је овде јако „сведена“ (не указује на све специфичности посла, не помиње рецимо прелаз ризика и трошкова, облике окончања уговора, итд.). Истина треба истаћи да су сви ови елементи регулисани у даљем тексту. Ако, дакле, прихватимо ову дефиницију финансијског лизинга за коју би се могло рећи да обухвата оба облика финансијског лизинга (и тространи и двострани) одмах настаје потешкоћа; наиме, у чл. 668 када се говори о субјектима у лизинг послу изричито су наведени давалац, корисник<sup>16</sup> и испоручилац (што указује само на тространи облик лизинга). Овакво „неслагање могло би се лако исправити тако што ће се, у чл. 668, додати став у коме се утврђује да испоручилац може бити и (сам) давалац лизинга. Адекватно овим чињеницама утврђује се и број уговора који се закључују (ако има три стране у послу има два уговора, ако је давалац истовремено и испоручилац постоји само један уговор – уговор о лизингу, којим се уређују сва питања уступања права али и испоруке). У овој „основној“ дефиницији постоји још једна појединост који треба исправити, тачно је да се уговор закључује на одређено време али у тексту стоји „али не дуже од времена амортизације предмета...“, требало би да стоји „не краће од времена амортизације предмета...“, могуће је наиме да тај рок буде и дужи али никако не сме бити краћи. Ову малу али суштинску разлику требало би имати у виду. Све би се ово односило на дефинисање финансијског лизинга, По нашем мишљењу у другом ставу требало би дефинисати и оперативни као могући облик лизинг посла. Тиме би лизинг био, барем начелно, заокружен као привредни и правни посао.

Уколико се, пак, изричито жели избећи уређивање (и) оперативног лизинга, да би се ипак постигла заокруженост појма лизинга, могуће

15 Овим „изједначавањем“ се у приличној мери указује на намеру аутора текста да се у регулисању материје лизинга „ограниче“ само на његов финансијски облик.

16 Текст Преднацрта ГЗ употребљава термин прималац, мислимо да је корисник бољи израз будући да се ради о уступању права коришћења и да тај субјект економски користи објект лизинга, но то је ипак само мало терминолошко неслагање које не утиче на значај предложених решења

је, поред дефинисања финансијског лизинга, констатовати да постоје и други облици лизинга (првенствено оперативни) и да се остали облици лизинга уређују одредбама облигационог права првенствено оних које важе за уговор о закупу. Ово би била друга алтернатива решења за постизање свеобухватног уређења лизинг посла.

#### IV Предмет, елементи и форма уговора

У Преднацрту ГЗ предмет лизинг послова може бити покретна, непокретна ствар али и непокретности. У пракси најчешћи објекат лизинг посла је опрема (или и цела постројења која служе привредној сврси). Иначе, концепт „проширен“ и на непокретности садржи и Закон о финансијском лизингу (од 2011. год.). Тенденцију уношења непокретности у законске прописе о лизингу садрже и (скорији) прописи других земаља.

Што се елемената посла тиче, Преднацрт је побројао елементе<sup>17</sup> које уговор мора садржати,<sup>18</sup> као и оне који се могу унети у уговор (али нису обавезни). Као обавезни су утврђени набавна (куповна) цена (која са трошковима утиче на амортизациони период, па тиме, посредно, и на рок уговора), укупан износ лизинг рата, начин и рокови њиховог плаћања, услови, место, време и начин испоруке предмета лизинга, рок на који је уговор закључен, могућност односно услови и начин преноса својине на предмету лизинга на корисника (опција куповине), као и могућност продужења уговора. Ове опције долазе у обзир истеком рока уговора; постоји, наравно, и могућност повраћаја објекта лизинга. По нашем мишљењу обавезно би требало навести о ком типу лизинг уговора се ради (финансијски, оперативни; ово наравно долази у обзир само под условом да се концепт лизинг посла у ГЗ прошири и на оперативни лизинг, што свакако препоручујемо). Поред ових обавезних елемената које би требало пресложити по реду важности (врста уговора, рок трајања, испоруке, накнаде итд.), предлог садржи и напомену да се у уговор могу унети и други елементи. Трећи став тиче се тзв. симулованих уговора, уговора чија садржина би одговарала лизинг послу али нису именовани као такви и чија употреба би могла представљати извесну злоупотребу.<sup>19</sup> Мислимо да би ове одредбе могле унети забуну

17 Преднацрт ГЗ, чл. 669.

18 Претпостављамо да су творци текста битне елементе као што су називи и седишта странака, њихове потписе, датум закључивања уговора и друге обавезне елементе сваког уговора сматрали „општепознатим“.

19 У америчком праву има случајева коришћења лизинг уговора као средства за „изигравање“ пореских прописа. Уместо да се предмет посла купи он се узима у лизинг (изнајмљује се) и тиме се избегне дејство строгих пореских прописа. Аме-

код потенцијалних корисника који не знају превише о природи и специфичностима овог посла, стога би се могло размотрити и евентуално избацивање ових одредаба.

Поред елемената лизинг уговора Преднацрт ГЗ је, у чл. 671, утврдио и дефиницију, елементе и форму уговора о испоруци. Уговор о испоруци (купопродаји) је иначе врло детаљно дефинисан у Преднацрту ГЗ па се може поставити питање опортуности његовог присуства. Можда је напомена у уговору да се предмет посла купује ради давања у лизинг и навођење корисника довољно (може се поставити питање да ли је и то неопходно). У сваком случају није никаква грешка ни ако ове одредбе остану у тексту како су дате, осим последњег става према коме „уговор о испоруци има правно дејство према кориснику када се сагласи са предметом, ценом, местом, начином и роком испоруке потписивањем овог уговора или посебном писменом сагласношћу“. Овај конструкт је мало неуобичајен нарочито његов крај, корисник не закључује продајни уговор већ то раде давалац и испоручилац; то би значило да корисник потписује уговор који не закључује, ово је донекле чудно, писмена сагласност је можда боље решење. Иначе у пракси је најчешћи случај да корисник проналази испоручиоца и код њега наручује предмет (опрему) према тачној спецификацији, утврђује и цену и услове испоруке и затим тражи финансијера. Он је итекако упознат са елементима уговора будући да је учествовао у њиховом креирању. О овом последњем ставу чл. 671 требало би још размислити.

## V Права и обавезе уговорних странака

Права и обавезе уговорних страна представљају садржину сваког уговора и одражавају његову суштину.

Будући да је у текућем предлогу заузето становиште да се одредбама ГЗ регулише само финансијски лизинг, обавезе (и права) странака су дефинисане у складу са тим. Основна обавеза даваоца лизинга је прибављање предмета лизинга<sup>20</sup> (и наравно уступање права коришћења, на том предмету, кориснику лизинга). Ова обавеза је конституисана одредбама чл. 672. Уколико би се прихватила сугестија да лизинг посао буде „целовито“ регулисан (што предлажемо) требало би одредбе овог

рички порески органи врло су ригорозни у случајевима када се утврди оваква „малверзација“.

20 Куповином предмета лизинга (најчешће опреме) за потребе корисника и преносењем права коришћења на предмету на њега, остварује се финансирање посла. Даваоца интересује увећање капитала односно зарада коју стиче од лизинг накнаде, коју плаћа корисник. Остали ефекти пословања за даваоца нису ни интересантни укључујући ту ни саму опрему, на којој стиче својину.

члана прилагодити; у том случају давалац лизинга или набавља предмет посла код испоручиоца или га сам израђује и испоручује (у случају директног лизинга).

Заштитне одредбе које се тичу стечаја корисника лизинга су неспорне; исто важи и за одредбе о одговорности даваоца лизинга за правне недостатке (евикцију); ове одредбе су императивног карактера. Могло би се размотрити питање извесне „опширности“ ових одредаба, ове одредбе постоје у Закону о финансијском лизингу па се поставља питање да ли је нужно све то детаљно уређивати и одредбама ГЗ.

Уколико би текстом ГЗ био регулисан и институт оперативног лизинга требало би утврдити обавезу даваоца да уступи кориснику на, уговором утврђено време, предмет лизинг посла, да га све време трајања посла одржава, сервисира (инвестиционо и текуће одржавање), да сноси све ризике и трошкове у вези са предметом посла. Све те обавезе спадају у редовне обавезе даваоца оперативног лизинга.

Када се ради о искључивању или ограничавању даваоцеве одговорности у вези са испоруком предмета лизинга, код финансијског лизинг посла, уобичајено је да давалац не одговара за испоруку предмета лизинга, задоцњење у испоруци као ни за материјалне недостатке предмета лизинга. Ово је уобичајена пракса лизинг пословања<sup>21</sup> свугде у свету, ради се наравно само о тространим финансијским лизинг пословима код којих је испоручилац треће лице у послу. Када је давалац уједно и произвођач односно испоручилац опреме одредбе о искључењу одговорности за испоруку се на њега наравно не односе.

Што се тиче одредаба чл. 679 Преднацрта ГЗ, утврђује се, наиме, да давалац лизинга може пренети својину на предмету лизинга на треће лице при чему је треће лице дефинисано као прималац (корисник) лизинга. Мислимо да је реч о техничкој омашци, управо се треће лице мора разликовати од корисника да би овај члан имао икакав смисао (овде се наиме не ради о опцији куповине). Кад се својина на предмету лизинга пренесе на треће лице оно ступа на место даваоца те права и обавезе из уговора настају између њега и корисника лизинга (што је све неспорно). Осим ове омашке остале одредбе су неспорне.

Што се тиче обавеза корисника лизинга његова главна обавеза је несумњиво плаћање лизинг накнаде. Накнада се утврђује на основу износа куповне цене предмета лизинга увећаног за трошкове и камате; сходно томе за финансијски лизинг посао је карактеристично да је уку-

21 Клаузуле о искључењу одговорности даваоца лизинга за извршење испоруке, за закашњење са испоруком, као и за материјалне недостатке предмета испоруке, уобичајене су у пракси лизинг пословања. Заједно са најстрожим тзв. „казненим клаузулама“ оне чине специфичност лизинг посла у односу на уговоре класичног права (пре свега уговор о закупу).



пан збир свих рата лизинг накнаде већи од набавне цене опреме, док је код оперативног случај сасвим обрнут. Одредбе чл. 683 Преднацрта ГЗ утврђују само ову накнаду карактеристичну за финансијски лизинг посао (што је разумљиво имајући у виду да се текст односи само на финансијски лизинг), уколико би се домет регулентације проширио и на оперативни лизинг требало би дефинисати и ову врсту накнаде (њен износ утврђују странке споразумно). Износи накнаде код оперативног лизинга утврђују се имајући у виду вредност предмета лизинга као и чињеницу да даваоци оперативног лизинга све време трајања уговора одржавају предмет лизинга, сnose и све друге трошкове и ризике везане за посао, што утиче на висину накнаде; ипак, не ради се о укупној (амортизационој) вредности предмета јер се амортизација не постиже. Укупан збир накнада по једном уговору не прелази наравно набавну цену лизинг објекта, напротив, потребно је више, односно велики број закључења оваквих уговора да се објект економски амортизује.

Што се тиче коришћења и одржавања предмета лизинга, што, такође, спада у корпус уговорних обавеза, текст Преднацрта ГЗ утврђује као обавезу корисника лизинга да предмет користи са пажњом уредног привредника, сходно уговорним одредбама и намени. Предложене одредбе о коришћењу објекта могу се применити и на финансијски и на оперативни лизинг. Што се тиче одржавања, код финансијског лизинга уобичајено је да корисник има обавезу одржавања предмета у исправном и функционалном стању (инвестиционо и текуће одржавање), што значи да треба да врши све потребне поправке, као и да одговара за све штете које настану као последица непоштовања ове обавезе. Преднацрт ГЗ је обухватио све ове обавезе и ускладио их са текућом праксом и Законом о финансијском лизингу. Оно што није предвиђено то је питање одржавања када се ради о оперативном лизингу, што је и логично, будући да га Преднацрт ГЗ и не предвиђа. Ипак ако се и овај облик унесе потребно је додати члан о обавези одржавања предмета лизинга код оперативног лизинга. Ова обавеза лежи на даваоцу лизинга и то током читавог трајања уговора. Што се тиче трошкова они прате обавезу одржавања те су код финансијског лизинга на „терету“ корисника у потпуности док код оперативног трошкове посла сноси давалац лизинга.

Обавеза осигурања лизинг посла, као једна од обавеза коју има корисник (код финансијског) или давалац (код оперативног) лизинга издвојена је из корпуса других обавеза и утврђена у Преднацрту ГЗ у чл. 692. Будући да је осигурање изузетно значајно за лизинг посао (као и за све привредне послове велике вредности, уосталом) то је на месту; сам текст овог члана има две варијанте, краћу (генералну и сведену) и алтернативну веома развијену и опширну. Будући да је обавеза осигурања обавеза корисника код финансијског лизинга она је исцрпно

дефинисана одредбама *lex specialis*-а, што се тиче оперативног ова обавеза остаје на даваоцу током читавог трајања уговора. Мислимо да је краћа варијанта можда повољнија и да мање „оптерећује“ текст нацрта (када се ради о лизинг послу). Разуме се, уколико би се додале одредбе о оперативном лизингу требало би допунити и одговарајуће одредбе о осигурању (за оперативни лизинг), најбоље би било у другом ставу члана који се односи на осигурање.

## **VI Ризици оштећења и случајне пропасти предмета лизинга**

У чл. 689 Преднацрта ГЗ утврђује се да, ризик случајне пропасти или оштећења предмета лизинга сноси корисник лизинга, и да сви ризици прелазе на корисника у тренутку преузимања предмета лизинга.<sup>22</sup> Ово је тачно када се ради о финансијском лизингу. Уколико би се, у текст ГЗ, „додао“ и оперативни лизинг требало би и овај члан допунити одредбама о томе да сви ризици, код оперативног лизинга, остају на даваоцу лизинга током читавог трајања посла.

## **VII Окончање и раскид уговора о лизингу**

Текст Преднацрта ГЗ (у чл. 698) као основ за престанак лизинг уговора изричито предвиђа протек рока (редовни престанак уговора) и уништење предмета уговора дејством више силе. Уговор наравно може бити окончан и пре истека рока – раскидом (уговора).

Уговори о финансијском лизингу садрже иницијални, неотказиви, рок трајања док уговори о оперативном лизингу не садрже такав рок, већ се могу отказати у сваком тренутку, сагласно споразуму странака садржаном у самом уговору. Одредбе о трајању уговора повезане су са економским чиниоцима и зависе, првенствено, од природе предмета уговора и специфичности његове (економске) амортизације. Уговори о финансијском лизингу су обично дугорочни или средњерочни, јер једино такво трајање уговора омогућава економску амортизацију која је неопходна да би овај уговор имао оправданост и ефикасност; за разлику од њих, уговори о оперативном лизингу најчешће су краткорочни (или ређе средњерочни) јер то више одговара њиховој (економској) природи.

Када рок уговора истекне предмет лизинга се, код финансијског лизинг посла, може вратити даваоцу, може се уговор продужити за још један уговорни период (рок), обично уз умањење накнаде, а може

<sup>22</sup> Наравно, ако ништа другачије није уговорено.

се објекат лизинга и откупити ако је, у уговор, унета тзв. опција куповине. Треба нагласити да се опција куповине може унети у уговор одмах код закључења а може, што је врло чест случај, бити уговорена и у каснијем моменту, најчешће када се рок трајања уговора приближава крају. У неким земљама уношење опције куповине је обавезно а у неким забрањено.<sup>23</sup> Ни једно ни друго (драстично) решење није препоручљиво, боље је то препустити жељама и потребама странака. Оно што треба нарочито нагласити то је чињеница да код оперативног лизинга нема опције куповине, природа ових послова не уклапа се у овакву конструкцију. Без обзира што текући текст и не предвиђа оперативни лизинг (а мислимо да би требало) ово нарочито наглашавамо будући да је у претходном предлогу текста ГЗ регулисан само нефинансијски (оперативни) лизинг а могућност опције куповине била је изричито предвиђена. Овакво решење било би и неадекватно и нетачно; експликаторни текстови које је објављивао UNIDROIT, у периоду доношења Конвенције (о финансијском лизингу), изричито су указивали на отсуство овакве опције код оперативног лизинга (указујући на разлике између финансијског и оперативног лизинга).

Оно што је у вези са окончањем уговора свакако значајније то су одредбе о могућностима и условима раскида уговора и начин њиховог деловања. Раскид може бити споразуман а може бити последица нефункционисања уговора, неизвршавања обавеза једне уговорне стране (много ређе обе) и тада има карактер права за уговорну страну која се придржавала уговора и извршила своје обавезе, као и санкције за другу која то није учинила. У тексту Преднацрта ГЗ предвиђено је више ситуација када раскид уговора долази у обзир, титулари оваквог права на раскид су једна или друга уговорна страна у зависности од конкретне ситуације.

У чл. 682 Преднацрта ГЗ предвиђено је право корисника лизинга да одбије пријем испоруке објекта лизинга који има материјалне недостатке, исти је случај и ако је испорука задоцнела. Осим одбијања испоруке корисник може и раскинути уговор, нарочито ако је испорука пот-

23 У француском праву опција куповине је обавезна, опширније видети код Jacques Coillot, *Initiation on Leasing ou credit-bail „document actual“*, Paris, 1968, стр. 89–90 и 172–173. Опција куповине је предвиђена француским Законом о *credit-bail*-у, чије су одредбе постале саставни део Финансијско-монетарног законика (овакво својеврсно „преузимање“ у складу је са француском законодавном праксом); вид. Иванка Спасић, „Credit-bail (leasing) у Француској“, *Увод у право Француске*, Институт за упоредно право и Правни факултет у Београду; Београд, 2013, стр. 302–310. За разлику од француског, енглеско право забрањује уношење опције куповине; сходно начелима енглеског права у том случају се више не ради о лизинг послу већ о установи *hire-purchase*-а; видети опширније Т. М. Clark, *Leasing*, London, 1978, стр. 7–8.

пуно изостала. Осим предвиђених могућности корисник има и право на накнаду штете. До евентуалног извршења уговора које може извршити (и) давалац лизинга (зависно од типа лизинг уговора) корисник може обуставити плаћање лизинг накнаде. У случају раскида уговора корисник има права на повраћај накнаде коју је платио умањен за одређени износ који представља накнаду за корист коју је имао од предмета лизинга. Ове одредбе се односе на финансијски лизинг посао. У случају да се и оперативни лизинг унесе у текст ГЗ неће бити потешкоћа по овом питању имајући у виду релативну „једноставност“ овог облика лизинга и његову сличност са уговором о закупу.

Други скуп одредаба о раскиду уговора налази се у чл. 684 Преднацрта и односи се на случај неплаћања лизинг накнаде од стране корисника лизинга (плаћање накнаде је, иначе, главна обавеза корисника). Одредбе чл. 684 односе се на финансијски лизинг и преузете су дословно из Закона о финансијском лизингу. Одредбе првог става предвиђају могућност раскида уговора уколико корисник лизинга касни са исплатом прве рате накнаде (није баш јасно из којих разлога су аутори законског текста издвојили специјално прву рату); затим када корисник, после плаћања прве рате, не плати једну или више узастопних рата накнаде, чији укупан износ достиже четвртину целокупне лизинг накнаде, давалац лизинга може раскинути уговор (то је његово право) или пак може захтевати исплату остатка накнаде са каматом и трошковима. Законодавац је овде дао алтернативу или исплата или раскид уговора. Конвенција о лизингу нема сасвим идентична решења овога питања; у складу са одредбама Конвенције важно је да ли је неизвршење обавезе од стране корисника битније или није.<sup>24</sup> У случају да није тако битно довољно ће бити и плаћање доспелих износа накнаде са каматама и трошковима. Уколико је, пак, неизвршење битно (а шта се може сматрати битним процењује се у конкретном случају) давалац лизинга може захтевати убрзану исплату будућих износа накнаде (када је лизинг уговором то изричито предвиђено) или може раскинути лизинг уговор и повратити државину над предметом и тражити накнаду штете која би га ставила у позицију у којој би био да је корисник извршио уговорне обавезе (чл. 13 Конвенције). Будући да је некад проблематично одредити које неизвршење обавезе се може сматрати битним неке земље су, у својим националним прописима, нешто „детаљније“ утврдиле одговорност корисника.<sup>25</sup> Слично је поступио српски Закон дефинишући као

24 О специфичностима решења везаним за неплаћање накнаде од стране корисника лизинга која садржи UNIDROIT конвенција о међународном финансијском лизингу видети код Иванка Спасић, Мара Тодоровић, *Међународни финансијски лизинг и међународни факторинг*, Београд, 1989, стр. 14-16.

25 Тако је рецимо у хрватском закону утврђено да уколико корисник није платио две или више узастопних рата накнаде давалац лизинга може да раскине уговор да

услов неплаћање два или више узастопна износа лизинг накнаде која није плаћена, а која, при том, прелази четвртину укупне лизинг накнаде која се плаћа по уговору.

Конвенција о лизингу је донекле „ублажила“ решење овог питања у односу на постојећу пословну праксу (првенствено у САД), где је уношење тзв. „казнених клаузула“ (била) уобичајена пракса. Наравно да корисник у сваком случају добија најпре опомене и упозорења као и додатне рокове за извршење обавезе плаћања будући да су последице изузетно тешке по њега. Одредбе о раскиду због неплаћања се, иначе, могу и другачије уговорити будући да су диспозитивног карактера.

Преднацрт ГЗ у чл. 685 даље предвиђа да давалац лизинга који је искористио право из чл. 684 има и право на повраћај предмета лизинга и право на накнаду штете. Овим одредбама текст преднацрта се приближио одредбама Конвенције о лизингу али се чини да има извесних несугласица између његових чланова (684 и 685).<sup>26</sup>

### VIII Остале одредбе о лизинг послу у Преднацрту ГЗ

У тексту су издвојена и анализирана предложена решења најважнијих питања која се тичу лизинг посла, које садржи предложени текст Преднацрта ГЗ. Коментар у вези неких других такође значајних питања (рецимо одговорности странака за неизвршење уговорних обавеза, сношења уобичајених ризика и трошкова као и осигурања лизинг посла) дат је напред у тексту код анализе решења у вези са правима и обавезама странака, те се, стога, о томе на овом месту неће поново бити речи. Текст Преднацрта, осим поменутих, садржи регулативу за још нека питања од значаја за лизинг послове; ту спадају рецимо питања регистрације, затим одредбе о излучном праву даваоца лизинга за случај стечаја корисника (тзв. заштитне одредбе), одредбе о искључењу одговорности даваоца лизинга за материјалне недостатке предмета лизинга али, истовремено, и о утврђивању одговорности испоручио-

---

тражи исплату дужне накнаде и осталих тражбина из уговора. Уколико је раскинуо уговор давалац лизинга има право на повраћај предмета лизинга (чл. 59 Закона о лизингу).

- 26 Ако се уговор раскине и поврати предмет лизинга и тражи накнада, то је логично, но ако, пак, доспевају сви износи лизинг накнаде (и сви они будући), а поврати се предмет лизинга, зашто би се добила и накнада штете? Раскид уговора и накнада штете искључују се са доспећем свих износа лизинг накнаде са трошковима и каматама (у складу са одредбама међународне Конвенције о финансијском лизингу ово доспевање свих будућих износа накнаде долази у обзир само ако је уговором изричито уговорено) Поставља се питање да ли је „домаће“ решење строже и неповољније по корисника од оног утврђеног у међународној Конвенцији о лизингу.

ца у том случају (чл. 674),<sup>27</sup> одредбе о одговорности за штету коју изазове предмет лизинга, одговорности за правне недостатке, одредбе о обавештавању, санкцијама правних недостатака, преносу својине на предмету лизинга (не у контексту окончања уговора), предаји предмета другом на коришћење, одредбе о испоруци, изменама уговора као и одговорности испоручиоца према кориснику лизинга и солидарној одговорности даваоца и испоручиоца. Све ове одредбе су уобичајене и неспорне и о њима нема потребе посебно дискутовати.

## IX Закључна разматрања, предлози и сугестије

После више концептуалних недоумица и текстуалних измена у вези са уређењем лизинг посла, последњи презентирани текст Преднацрта ГЗ садржи одредбе које се односе искључиво на његов финансијски облик; таквим ставом (који је иначе сасвим легитиман) аутори су се определили (барем за сада) за његово делимично уређење. Регулишући само финансијски, иначе далеко значајнији облик лизинга, аутори текста су оставили оперативни, у пракси ипак доста примењиван облик лизинг посла, изван његовог домета.

Текст Преднацрта ГЗ је иначе обухватио сва најважнија питања лизинг уговора (питања појма, предмета, елемената уговора, субјеката у послу, права и обавеза странака, ризика, трошкова, осигурања, заштитних мера, одговорности, накнаде штете, раскида уговора, накнаде, престанка уговора итд.). Решења која је понудио текст Преднацрта су углавном идентична или веома слична онима која садржи Закон о финансијском лизингу (што је доста логично имајући у виду предмет регулација).

Треба нагласити да се, што се тиче опсега уређивања, текући предлог ГЗ односи првенствено на концепт финансијског лизинг у његовом тространом (индиректном) облику; ипак, постојећи предлог би се могао, уз минималну корекцију, сматрати применљивим и на двострани (директни) лизинг (додавањем одредбе да давалац лизинга може бити и испоручилац предмета лизинга, и то у члану који се односи на субјекте у лизинг послу); на тај начин би се концепт финансијског лизинга „заокружио“, што би било препоручљиво у сваком случају.

Ради целовитости уређивања лизинг посла било би опортуно да се концепт лизинга у ГЗ, поред већ уређеног финансијског, прошири и на оперативни лизинг; вероватно најједноставнији начин да се то учини било би „допуњавање“ законских одредаба које се тичу конкретних

27 Дејство ових одредаба долази у обзир у случају постојања индиректног финансијског лизинга.

питања одредбама која се односе на оперативни лизинг, најбоље у засебним ставовима (такав метод користи рецимо Модел закон о лизингу). Друга могућа варијанта (алтернатива) да се постигне целовито уређење лизинг посла је утврђивање (у тексту) да, поред финансијског, постоје и други „нефинансијски“ облици лизинга, првенствено оперативни, који се уређују одредбама облигационог права, првенствено онима које се односе на уговоре о закупу.

Што се дефиниције лизинга тиче, указано је на чињеницу да је, приликом дефинисања појма уговора о лизингу (чл. 666), наведено да се право коришћења уступа кориснику на одређено време али не дуже од времена амортизације предмета лизинга, а требало је, наиме, истакнути да време на које се уступа лизинг објекат не сме бити краће од времена амортизације тог предмета (дуже увек може бити, за то нема никаквих сметњи). Надамо се да ће ова, претпостављамо стилска омашка, свакако бити исправљена у коначном тексту.

Што се тиче (најважнијих) елемената уговора, они су утврђени за финансијске лизинг уговоре (могли би се евентуално пресложити по поретку важности); што се тиче става о симулованим уговорима могло би се размислити о опортуности његовог задржавања у тексту. Будући да би, ради свеобухватности регулисања лизинг послова, требало уредити и оперативне лизинг послове требало би поменути и њихове основне елементе (што је релативно лак посао). Што се тиче утврђивања елемената уговора о испоруци, будући да се ради о уобичајеном купопродајном уговору чији су елементи опште познати, свако детаљније регулисање чини се излишним.

Уговорна права и обавезе странака као и одговорности су добро истакнуте и уређене уз примедбу да се односе (само) на финансијски лизинг посао; уколико би се текст ГЗ проширио и на оперативни лизинг требало би поменути и обавезе уговорних страна у тој варијанти уговора (што је и једноставније, будући да је оперативни лизинг, по својој уговорној шеми, истоветан са „класичним“ закупом).

У вези са окончањем уговора (нарочито могућим раскидом) посебно су детаљно третирана питања раскида уговора због неиспоруке и неплаћања лизинг накнаде, као и дејства раскида уговора уопште. Ово су нека од најзначајнијих питања садржаних у тексту а решења су (скоро) у потпуности преузета из Закона о финансијском лизингу, стога критике које се могу упутити овом тексту (извесне нејасноће, недовољна доследност појединих решења, строгост и сл.) стоје и овде. Питање накнаде је солидно уређено а односи се само на финансијски лизинг посао; уколико би се текст проширио и на одредбе о оперативном лизингу требало би уредити и њихове (невелике) карактеристике.

Текст Преднацрта ГЗ регулише и питања одржавања предмета лизинга, сношења ризика и трошкова посла као и питања осигурања, све уређено на начин (већ) дефинисан у Закону о лизингу; предложена решења су стандардна и добра. Уколико би и оперативни лизинг био унет у текст требало би нагласити разлике које постоје између ова два облика лизинга, ове разлике су иначе веома битне управо када се ради о овим важним питањима.

Што се тиче могућег продужења уговора, повраћаја предмета лизинга или пак постојања опције куповине, по истеку основног рока трајања уговора, текст Преднацрта садржи одговарајућа решења за финансијски лизинг посао; у случају увођења оперативног лизинга у текст треба имати у виду да се опција куповине, код оперативних лизинг уговора, не уноси. У претходној верзији текста, наиме, постојала је оваква, суштински нетачна, поставка, што би требало избећи у сваком случају.

Генерално гледано, могло би се рећи да је ова последња варијанта текста најбоља од свих до сада предложених; то, наравно, не значи да нема својих слабости које су укратко изложене. Ради постизања целине сагледавања лизинг пословања и његовог законског регулисања било би пожељно дефинисање и кратко уређење најбитнијих питања и за оперативни лизинг посао или макар (као друга могућа алтернатива) указивање на његово постојање и сличност са класичним уговором о закупу.

**Ivanka SPASIĆ, PhD**

**Professor at Faculty of Law, University “Business Academy”, Novi Sad  
and Scientific Counsellor**

## **LEASING CONTRACT IN SERBIAN CIVIL CODE DRAFT**

### ***Summary***

*Legal experts in Serbia agreed about the attitude towards the future Serbian Civil Code should regulate not only the “classical” contracts but also the so called “new ones”, created in business practice. All working versions of the Draft text of Civil Code (made till now) regulate this category of contracts. Among this “new” category of contracts leasing contract has a very important role, especially because of its importance for economy and financing.*



*Having in mind its importance for business, especially for small and medium size enterprises, especially when the financial leasing is concerned, it is extremely important to establish suitable concept of leasing in the (future) Serbian Civil Code, and structure it on good and proper manner.*

*After certain conceptual doubts and changes, the proposed temporary text of Serbian Civil Code Draft regulates only the financial leasing with its specialties, excluding other categories of leasing (first of all the operating leasing type). All the important questions concerned financial leasing are regulated in the same manner as in the Serbian Financial Leasing Act.*

*This article analyses conceptual propositions presented in the text of the Civil Code Draft; all the proposed concepts concerned the financial leasing contract in the text are analyzed critically, and with same suggestions for their improvement. Author also gives the proposition for the operating leasing to be added in the text and its specialties regulated on short and substantial manner. Author also offers some practical general proposals to improve the text of the Draft.*

**Key words:** *leasing, leasing contract, financial leasing, operating leasing, option to buy.*

Др Јелена ПЕРОВИЋ  
професор Економског факултета Универзитета у Београду

## ФОРМУЛИСАЊЕ РАСКИДНЕ КЛАУЗУЛЕ У МЕЂУНАРОДНИМ ПРИВРЕДНИМ УГОВОРИМА

### Резиме

*Издајања у овом раду посвећена су формулисању клаузуле о раскиду уговора због неиспуњења обавезе у међународним привредним уговорима. Ово истраживање анализирано је са становишта униформних правила уговорног права и националних правних система, при чему је посебна пажња посвећена релевантним правилима српског Закона о облигационим односима. У тим оквирима, у раду су анализирана три кључна истраживања за формулисање раскидне клаузуле – основ за раскид уговора, остварење раскида и правне последице раскида. У раду је учињено настојање да се уговорним странама укаже на најчешће проблеме који се у пракси међународног пословног промета јављају у контексту раскида уговора због неиспуњења и предложене решења за избегавање спорних ситуација и различитих тумачења у овом домену.*

**Кључне речи:** уговор, клаузула, раскид, неиспуњење, обавеза.

### І Увод

Раскид уговора због неиспуњења обавезе је најчешћи узрок спорова који проистичу из међународних привредних уговора. Право на раскид, основ за раскид, реализација раскида, његове правне последице, а посебно накнада штете, улазе у ред оних питања која најчешће представљају суштину спора.

Највећи број правних система и извора униформног уговорног права, право на раскид уговора због неиспуњења обавезе везује за значај неиспуњења, односно за последице које су неиспуњењем проузроковане. У том смислу, полази се од принципа који у значају неиспуњења, односно степену његове озбиљности види основни критеријум за раскид уговора. Основ за раскид није свако неиспуњење обавезе, већ само оно које другу страну суштински лишава очекиване користи, чиме се доводи у питање циљ уговора. Оцена овог питања препуштена је суду који утврђује испуњеност услова за раскид у сваком конкретном случају. С друге стране, остварење раскида уговора у систему вансудског раскида покреће питања везана за обавезу остављања накнадног рока за испуњење обавезе, обавезу обавештења дужника о раскиду, као и могућност раскида уговора без остављања накнадног рока. Најзад, у контексту правних последица раскида уговора постављају се бројна значајна питања, почев од дејства раскида, момента и начина реституције, па до права на накнаду штете, њене висине и начина обрачуна. Ова и друга питања у домену раскида уговора због неиспуњења обавезе, у упоредном праву су различито регулисана и то путем правила која се у великој мери ограничавају на одређење општих начела и апстрактних критеријума, што у пракси међународног пословног промета често доводи до различитих тумачења.

У циљу избегавања спорних ситуација и излагања ризику неоснованог раскида уговора, потребно је у уговор унети раскидну клаузулу којом уговорне стране, сагласношћу воља, на прецизан, јасан и недвосмислен начин утврђују сва правила релевантна за евентуалан раскид уговора. У том контексту, од кључног значаја за формулисање раскидне клаузуле су три основна питања – основ за раскид уговора, остварење раскида и правне последице раскида. Предмет овог рада представља анализа сваког од поменутих питања.<sup>1</sup>

## **II Основ за раскид уговора према изворима униформног уговорног права у српском Закону о облигационим односима**

Уговорне стране у међународним привредним уговорима, пре него што приступе формулисању раскидне клаузуле, треба да имају у виду правила меродавног права релевантна за раскид уговора због неиспуњења обавезе. У зависности од решења које нуди конкретно меродавно право, уговорне стране могу одлучити да ли ће раскидном кла-

1 Рад је ограничен на анализу клаузуле о раскиду уговора због *неиспуњења обавезе* и не бави се осталим начинима раскида и престанка уговора.

узлом, у границама аутономије воље, одступити од релевантних правила меродавног права и, ако то учине, која ће питања и на који начин предвидети сагласношћу воља. Из тих разлога, пре упуштања у анализу раскидне клаузуле коју уговорне стране из Србије могу формулисати у међународним привредним уговорима, потребно је учинити сумарни осврт на одговарајућа решења најзначајнијих извора униформног уговорног права, релевантна правила српског Закона о облигационим односима,<sup>2</sup> као и њихове измене предложене у Преднацрту Грађанског Законика Републике Србије.<sup>3</sup>

Бечка конвенција о међународној продаји,<sup>4</sup> као кључни основ за раскид уговора усваја инситут битне повреде уговора. Према Конвенцији, „Повреда уговора коју чини једна страна сматраће се битном уколико се њоме проузрокује таква штета другој страни да је суштински лишава оног што је оправдано очекивала од уговора, изузев ако такву последицу није предвидела страна која чини повреду нити ни је предвидело разумно лице истих својстава у истим околностима“ (чл. 25).<sup>5</sup> Из дефиниције битне повреде уговора усвојене у Конвенцији могу

- 2 Свеобухватни преглед одговарајућих решења националних закона у упоредном праву превазилазио би оквире овог рада, због чега је рад ограничен на правила српског Закона о облигационим односима. Детаљна анализа правила о раскиду уговора због неиспуњења обавезе у упоредном праву, Јелена Перовић, „La contravention essentielle au contrat comme fondement à la résolution des contrats dans les codifications de droit uniforme“, *Revue de droit international et de droit comparé*, бр. 2-3/2008, стр. 272-307.
- 3 Влада Републике Србије Комисија за израду Грађанског Законика, *Преднацрт Грађанског Законика Републике Србије*, Друга књига, *Облигациони односи*, Београд, 2009.
- 4 Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. (енгл. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*). За упознавање са овом Конвенцијом уопште, као и са правилима Конвенције о битној повреди уговора, потребно је поћи од: P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Third Edition, Oxford, 2010; P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second (English) Edition, Oxford, 2005; S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, München, 2011; C. M. Bianca, M. J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, 1987; K. H. Neumayer, C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Lausanne, 1993; J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Netherlands, 1999; V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises – Droit uniforme*, Paris, 2000; C. Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale – Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, 1995; B. Audit, *La vente internationale de marchandises Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, 1990; H. M. Flechtner, R. A. Brand, M. S. Walter (ed), *Drafting Contracts under the CISG*, Oxford, 2008.
- 5 Битна повреда уговора примењује се у оквиру: а) права купца да раскине уговор ако неизвршење било које обавезе коју продавац има на основу уговора или

се учити два основна критеријума за утврђење битне повреде уговора – критеријум штете која другу страну суштински лишава онога што је оправдано очекивала од уговора („суштинска штета“) и критеријум предвидљивости штете од стране уговорне стране која чини повреду, односно предвидљивости штете од стране разумног лица истих својстава у истим околностима („предвидљивост штете“).<sup>6</sup> Према Конвенцији, изјава о раскиду уговора има дејство једино ако је о њој обавештена друга страна (чл. 26).

Основ за раскид уговора због неиспуњења обавезе према UNIDROIT Принципима међународних трговинских уговора представља институт „битног неиспуњења“, који је, у основним полазиштима, близак појму битне повреде уговора усвојеном у Бечкој конвенцији. Према члану 7.3.1 Принципа, „Једна страна може раскинути уговор ако неизвршење обавезе друге стране представља битно неизвршење уговора. У одређивању да ли је неизвршење битно, треба имати у виду, нарочито, следеће околности: а) неизвршење знатно лишава повериоца онога на шта је био овлашћен да очекује према уговору, осим ако дужник није предвидео и није могао разумно предвидети такав резултат; б) стриктно извршење обавезе која није извршена је од суштинског значаја за уговор; ц) неизвршење је намерно и немарно; д) неизвршење даје повериоцу разлог да верује да не може да се поузда у извршење будућих обавеза дужника; е) дужник ће трпети несразмерни губитак као резултат припреме или извршења, ако је уговор раскинут. У случају доцње, поверилац може, такође, раскинути уговор ако дужник не изврши своју обавезу пре истека рока одређеног у члану 7.1.5“.<sup>7</sup> Право повериоца на раскид уговора остварује се обавештавањем дужника (чл. 7.3.2). Слично правило о „битном неиспуњењу“ као основу за раскид

Конвенције представља битну повреду уговора; б) права купца да раскине цео уговор ако делимично неизвршење или недостатак саобразности представља битну повреду уговора; в) права продавца да раскине уговор ако неизвршење било које обавезе коју купац има на основу уговора или Конвенције представља битну повреду уговора; г) права на раскид уговора ако је пре истека рока за извршење уговора јасно да ће једна страна учинити битну повреду уговора; д) права на раскид уговора са узастопним испорукама. Поред тога, купац у случају несаобразности робе може захтевати испоруку друге робе као замену само ако недостатак саобразности представља битну повреду уговора. Најзад, битна повреда уговора јавља се и у оквиру питања прелаза ризика; ако је учињена од стране продавца, купац не губи право да се користи средствима која му стоје на располагању (да захтева извршење уговора или да раскине уговор), без обзира што је ризик прешао на њега.

6 Детаљно о битној повреди уговора према Бечкој конвенцији, у домаћој литератури вид. Јелена Перовић, *Бишна и повреда уговора – Међународна њрођаја робе*, Београд, 2004.

7 Коментар овог правила, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, UNIDROIT International Institute for Unification of Private Law, Rome, 2010, стр. 249–252.

уговора због неиспуњења обавезе садрже и Принципи европског уговорног права (чл. 8:103 и чл. 9:301).<sup>8</sup>

Српски Закон о облигационим односима не познаје битну повреду уговора.<sup>9</sup> Уместо тога, Закон усваја неиспуњење обавезе као општи основ за раскид уговора.<sup>10</sup> Према општим правилима Закона о раскиду уговора због неиспуњења, у случају неиспуњења обавезе у двостраном уговору, поверилац може, ако што друго није одређено, захтевати испуњење обавезе или раскинути уговор простом изјавом, уколико раскид не наступа по самом закону (чл. 124). Кад је испуњење у року битан састојак уговора (фиксни уговор), уговор се раскида по самом закону у случају доцње (чл. 125). Уколико испуњење у року није битан састојак уговора, поверилац мора оставити дужнику накнадни примерен рок за испуњење обавезе (чл. 126), осим ако из дужниковог држања произилази да он своју обавезу неће испунити ни у накнадном року (чл. 127). Закон предвиђа и општа правила о раскиду уговора пре истека рока (чл. 128) и раскиду уговора са узастопним обавезама (чл. 129). Поверилац који због неиспуњења обавезе раскида уговор, дужан је то саопштити дужнику без одлагања (чл. 130). У одредби чл. 131 Закон изричито предвиђа да се уговор не може раскинути због неиспуњења незнатног дела обавезе,<sup>11</sup> из чега произилази да поверилац који жели да раскине уговор, у сваком конкретном случају мора утврдити да није у питању неиспуњење „незнатног дела обавезе“, што у пракси није увек лако са сигурношћу проценити. Наиме, осим кад је у питању непоштовање обавезе која представља битан елемент уговора, граница којом су „теже“ повреде уговора одвојене од „лакших“ изузетно је растегљива и подложна субјективној оцени уговорника. О праву на раскид тада често одлучују нијансе од којих зависи да ли ће конкретно неиспуњење добити значај основа за раскид или само основа за накнаду штете.<sup>12</sup>

8 Коментар ових правила, Ole Lando, Hugh Beale, *Principles of European Contract Law*, The Hague, 2000, стр. 364–368 и 409–411.

9 Ипак, битна повреда уговора није непозната у српском праву. Овај институт био је усвојен у Скици за Законик о облигацијама и уговорима, која је у том погледу презела решење Једнообразног закона о међународној продаји робе из 1964. године. Према Скици, повреда уговора је битна, ако је страна која је повредила уговор знала, или је морала знати у време закључења уговора, да разумно лице истог својства, кад би било у истој ситуацији у којој је била друга страна, не би закључило уговор да је било предвидело ту повреду и њена дејства (чл. 95 ст. 1 Скице).

10 Детаљно о раскиду уговора због неиспуњења обавезе према српском Закону о облигационим односима и српском праву уопште, Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 493–519.

11 Вид. Слободан Перовић, коментар члана 131, у: Слободан Перовић (главни редактор), *Коментар Закона о облигационим односима*, Књига I, Београд, 1995, стр. 257–258.

12 Ј. Перовић, *Битна повреда уговора – Међународна продаја робе*, стр. 170 и даље.

Са друге стране, у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије (у даљем тексту: Преднацрт) садржан је предлог за усвајањем битне повреде уговора као општег основа за раскид уговора због неиспуњења обавезе. Према Преднацрту, „Поверилац може изјавити да раскида уговор кад неиспуњење обавезе представља битну повреду уговора. Битна повреда уговора постоји кад неиспуњење уговорне обавезе од стране дужника проузрокује такву штету повериоцу која га суштински лишава користи коју је од уговора очекивао или услед које се за повериоца сврха уговора не може остварити. Изјава о раскиду има дејство једино ако је о њој дужник обавештен. У случају битне повреде уговора, поверилац није дужан остављати дужнику накнадни рок за испуњење обавезе“ (чл. 138). Као што се види, ово решење је, у начелу, блиско појму битне повреде уговора усвојене у Бечкој конвенцији. У том смислу, критеријум „суштинске штете“, правило да се у случају битне повреде уговора другој страни не мора остављати накнади рок за испуњење обавезе, као и обавеза да дужник буде обавештен о раскиду идентични су одговарајућем решењу Конвенције. За разлику од Конвенције, Преднацрт изричито предвиђа и случај у коме се, услед неиспуњења уговорне обавезе, за повериоца „не може остварити сврха уговора“. Са друге стране, Преднацрт није прихватио критеријум „предвидљивости штете“ који Конвенција изричито предвиђа у оквиру дефиниције битне повреде уговора.

Поглед на изложена решења, без улажења у њихову оцену и озбиљнију анализу, даје места закључку да је основ за раскид уговора различито регулисан у упоредном праву. У зависности од конкретних правила која се на уговор примењују, раскид једног уговора може бити основан са становишта решења српског Закона о облигационим односима (или неког другог националног закона), док према неком другом националном закону или униформним правилима, тај исти раскид може бити оцењен као неоснован. Поред тога, правила закона и релевантних извора униформног уговорног права предвиђају само опште критеријуме за оцену основаности раскида, од којих се неки, као што је, на пример, критеријум предвидљивости штете предвиђен у чл. 25 Бечке конвенције, показују као посебно тешки за примену у пракси.<sup>13</sup> Из тих разлога, препоручљиво је да уговорне стране питање основа за раскид уговора уреде сагласношћу воља, те да у раскидној клаузули прецизно предвиде разлоге због којих се уговор може раскинути.

---

13 *Ibid.*, стр. 152 и даље.

### III Основ за раскид уговора предвиђен сагласношћу воља уговорних страна

Неиспуњење обавезе из двостраног уговора је *conditio sine qua non* раскида. То неиспуњење може бити потпуно и делимично. Када се на општем плану говори о потпуном неиспуњењу, довољно је констатовати да оно подразумева случај у коме једна страна уопште није испунила своју уговорну обавезу; у таквом случају, основ за раскид уговора неспорно постоји. Са друге стране, код делимичног неиспуњења које се у пракси јавља чешће, питање права на раскид је много сложеније. До делимичног неиспуњења може доћи у више различитих случајева. Делимично неиспуњење постоји кад једна страна испуни само део своје обавезе, а други не испуни, кад једна страна у целини испуни само једну од две или више уговорних обавеза, као и онда кад једна страна испуни своју уговорну обавезу али не онако како је то уговором било предвиђено (нпр. испуњење с доцњом, испорука робе са материјалним недостацима, испорука робе друге врсте – *aliud*, испоруке робе различитог порекла од уговореног, паковање различито од уговореног и сл.).

У случају делимичног неиспуњења, у недостатку одговарајућег одређења у раскидној клаузули, право на раскид може бити спорно. Тада се, по правилу, поставља питање да ли се уговор може раскинути или повериоцу треба дати право на накнаду штете, али не и право на раскид уговора. Уговорне стране ову чињеницу често губе из вида, уносећи у раскидну клаузулу само уопштене формулације, као на пример „уговор се може раскинути у случају неиспуњења обавезе из овог уговора“, „неиспуњење уговорних обавеза даје другој страни право на раскид уговора“ и слично. У таквом случају, дужник који није испунио своју уговорну обавезу може истицати да у конкретном случају уопште није реч о неиспуњењу или пак, да није реч о неиспуњењу које даје право на раскид уговора. То најчешће доводи до потребе утврђивања значаја које је конкретно неиспуњење имало за повериоца. Ту чињеницу оцењује суд у светлу околности сваког конкретног случаја, применом релевантних правила меродавног права која су, као што је истакнуто, у упоредном праву различита и најчешће уопштена и апстрактна. Из тих разлога, у одсуству прецизног одређења основа за раскид у уговорној клаузули, у оваквим случајевима по правилу долази до различитих решења и неизвесности у погледу дозвољености раскида у сваком конкретном случају.

Тако, на пример, у спору на који је примењена Бечка конвенција, а који је решавао немачки *Bundesgerichtshof* 1996. године, продавац из Холандије испоручио је купцу из Немачке кобалт јужно-афричког по-



рекла иако је уговором био предвиђен кобалт из Велике Британије. Купац је раскинуо уговор, истичући да је предметни кобалт лошијег квалитета и различитог порекла од уговореног. Суд је стао на становиште да купац нема основа за раскид уговора и обавезао купца на исплату цене, истичући да у систему Бечке конвенције раскид уговора представља последње средство у односу на остала која, у случају повреде уговора од стране продавца, стоје на располагању купцу, као што је на пример снижење цене и захтев за накнаду штете. Приликом оцене да ли конкретна несаобразност представља битну повреду уговора, одлучујући критеријум треба тражити у томе да ли купац, ипак, може остварити корист од испоручене робе и продати је у уобичајеним трговачким околностима, без неразумних тешкоћа. При томе, чињеница да је купац принуђен да робу прода по нижој цени не сматра се „неразумном тешкоћом“, те се у овом случају испорука робе различите од уговорене не може прихватити као битна повреда уговора.<sup>14</sup> Насупрот томе, Арбитражни суд ИСС прихватио је битну повреду уговора због испоруке робе друге врсте. Спор је покренуо тужилац из Сирије који се позвао на несаобразност робе (арматурне шипке), одбио да прими следећу испоруку од продавца из Немачке и изјавио да раскида уговор због битне повреде уговора. Арбитражни суд, примењујући Бечку конвенцију, утврдио је да је реч о битној повреди уговора и оценио основаним раскид уговора у делу који се односи на испоруку робе несаобразну уговору.<sup>15</sup> О постојању основа за раскид уговора у случају делимичног неиспуњења обавезе и домаћи су судови су заузимали различите ставове, примењујући правила Закона о облигационим односима.<sup>16</sup>

Из изложеног проистиче закључак да, приликом одређења основа за раскид уговора у раскидној клаузули, на првом месту треба предвидети шта се у конкретном случају подразумева под неиспуњењем уговорне обавезе које другој уговорној страни даје право на раскид уговора. У том смислу, уговорне стране које желе да унапред обезбеде могућност

14 Пресуда од 3. априла 1996. године, CISG-online 135 и у: P. Schlechtriem, I. Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Third Edition, у: I. Schwenzer (ed.), Oxford, 2010, стр. 713. Слично становиште заузео је и *OLG Frankfurt* у спору у коме се тужилац позивао на битну повреду уговора због несаобразности робе, истичући да је боја ципела различита од уговорене. Суд је нашао да разлика у боји, сама по себи, не представља основ за битну повреду уговора, ако роба не поседује друге недостатке, те остаје подобна за даљу продају, *OLG Frankfurt*, 18.1.1994, *Neue Juristische Wochenschrift*, München (NJW), 1994, стр. 1013 и даље.

15 ICC award 6653, 1993, Collection of ICC Arbitral Awards 1991–1995, The Hague-London-Boston, 1997, стр. 526 и даље.

16 Вид. С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 502 и даље; Ј. Перовић, *Бићина повреда уговора – Међународна продаја робе*, стр. 223 и даље.

раскида уговора у случају неиспуњења било које уговорне обавезе могу употребити следећу формулацију: „Неиспуњење обавезе из овог уговора другој уговорној страни даје право на раскид уговора. Неиспуњење обавезе постоји кад уговорна страна не изврши било коју обавезу из овог уговора, укључујући делимично неиспуњење, недостатке извршења и извршење с доцњом“.<sup>17</sup>

#### IV Поступак раскида уговора предвиђен сагласношћу воља уговорних страна

Пошто се у раскидној клаузули одреди општи основ за раскид уговора, следеће питање које се поставља односи се на начин, односно поступак раскида. У том контексту, у оквиру система вансудског раскида уговора који преовлађује у савременом уговорном праву,<sup>18</sup> могуће су три опције – раскид без обавезе остављања накнадног рока за испуњење обавезе уз обавештење дужника о раскиду, раскид уз обавезу остављања накнадног рока за испуњење обавезе и обавештење дужника о раскиду у случају неиспуњења обавезе у накнадном року, као и раскид по самом праву (фр. *de plain droit*), који наступа аутоматски, самом чињеницом неиспуњења обавезе, без изјаве о раскиду и без обавезе остављања накнадног рока. Уговорне стране су слободне да, у границама јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја, у раскидној клаузули изврше избор наведених опција у зависности од њихових намера и интереса у сваком конкретном случају.

У сваком уговору постоје оне обавезе које су од суштинског значаја за уговорне стране (једну или обе) и чије неиспуњење другу страну лишава користи коју је од уговора очекивала у тој мери да се тиме осујећује циљ уговора, па остатак у таквом уговорном односу за њу губи сваки смисао и сврху. Страна погођена неиспуњењем у таквом случају, по правилу, има интерес да уговор раскине ште пре, без остављања накнадног рока за испуњење обавезе и без било каквих даљих одлагања. С друге стране, постоје и оне обавезе чије неиспуњење дозвољава остављање накнадног рока, чиме се испуњењу обавезе од стране дужника и одржању уговора даје још једна „шанса“. Из тих раз-

17 Клаузула је базирана на општем правилу UNIDROIT Принципа о неизвршењу обавезе (чл. 7.1.1). У сличном смислу је и раскидна клаузула у ИТС Модел уговору о међународној продаји робе објављеном у *Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business*, Geneva, 2010, према којој: „*There is a breach of Contract where a Party fails to perform any of its obligations under this Contract, including defective, partial or late performance*“ (чл. 11.1).

18 С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 505 и даље.

лога, уговорне стране би у раскидној клаузули требале да одвоје „теже“ од „лакших“ повреда уговора, тј. да прецизирају случајеве неиспуњења који другој страни дају право на „тренутни“ раскид уговора с једне стране и случајеве неиспуњења у којима је страна погођена неиспуњењем дужна другој страни оставити накнадни рок за испуњење обавезе.

Кад је реч о неиспуњењу обавеза које су од суштинског значаја („теже“ неиспуњење обавезе), уговорне стране могу се одредити за раскид уговора по самом праву (аутоматски раскид, раскид *de plain droit*) или, пак, за раскид уговора без остављања накнадног рока, уз обавезу обавештења дужника о раскиду. У тим оквирима, чини се да интереси правне сигурности и потреба заштите права и обавеза уговорних страна говоре у прилог избегавања раскида уговора по самом праву и одређења за раскид уговора уз обавезу обавештења дужника о раскиду.<sup>19</sup>

Полазећи од тога, потребно је да уговорне стране раскидном клаузулом најпре предвиде неиспуњења обавезе услед чијег наступања поверилац може раскинути уговор одмах, без остављања дужнику накнадног рока, уз обавезу да дужника обавести о раскиду. Овакво неиспуњење обавезе, у UNIDROIT Принципима, као и у пракси међународног пословног промета уопште, често се означава као „битно неиспуњење“, у циљу његовог разграничења од „обичног“ неиспуњења, у случају чијег наступања, поверилац, по правилу мора дужнику оставити накнадни рок за испуњење обавезе. Приликом формулисања таквог неиспуњења у раскидној клаузули, уговорне стране се могу одредити за: 1) систем генералног одређења, који полази од уопштеног одређења неиспуњења обавезе које повериоцу даје право на „тренутни“ раскид. Такве би, на пример, могле бити следеће формулације; „неиспуњење које другу страну суштински лишава онога што је основано очекивала од уговора“, „стриктно неиспуњење обавезе која је од суштинског значаја за уговор“ и слично; 2) систем енумерације, путем кога су случајеви неиспуњења који дају право на „тренутни“ раскид изричито и таксативно набројани у сваком конкретном случају. То, на пример, може бити неиспуњење обавезе у уговореном року, несаобразност робе, недостаци извршеног посла, одступање од пројекта грађења без сагласности наручиоца, измена цене радова противно одредбама уговора, неовлашћен пренос уговора на треће лице, повреда ексклузивитета у уговорима о трговинским услу-

19 Из тих разлога, модерни извори униформног уговорног права искључили су раскид уговора по самом праву у прилог раскида уз обавезу обавештења дужника. У том смислу, на пример, вид. P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, коментар уз чл. 26 Конвенције, стр. 438 и даље; *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, коментар уз чл. 7.3.2, стр. 253 и даље.

гама, необезбеђење сервиса опреме у уговореном року, повреда обавезе поверљивости, повреда обавезе дистрибутера да развија продајну мрежу на уговорен начин, и слично; 3) мешовити систем у оквиру кога уговорне стране комбинују елементе два претходна система тако што, поред општег одређења појма неиспуњења које даје право на „тренутни“ раскид, наводе и поједине конкретне случајеве који ће се сматрати узроком „тренутног“ раскида. Таква клаузула гласила би на пример: „Под битним неиспуњењем обавезе које другој страни даје право на раскид уговора без остављања накнадног рока подразумева се свако неиспуњење које другу страну суштински лишава онога што је основано очекивала од уговора. Поред тога, уговорне стране сагласно утврђују да битно неиспуњење обавезе постоји и у следећим случајевима: \_\_\_\_\_“.<sup>20</sup>

Пошто одреде појам „битног неиспуњења“ обавезе, уговорне стране у раскидној клаузули могу предвидети да, у осталим случајевима неиспуњења (оним који не представљају „битно неиспуњење“), поверилац давањем обавештења дужнику оставља накнадни рок за испуњење обавезе, те да може раскинути уговор тек уколико дужник не испуни обавезу ни у том, накнадном року. Дужину накнадног рока у раскидној клаузули уговорне стране могу одредити коришћењем уобичајених стандарда као што је „примерен рок“, „разуман рок“, „рок пригодне дужине“, „рок према околностима“ и слично или се, пак, могу одредити да дужину накнадног рока одреде унапред, путем одређења фиксног рока (на пример, 8 дана, 30 дана, и слично). Како стандардни појмови као што је „примерен рок“ или „разуман рок“ у међународној судској и арбитражној пракси често представљају основ за различита тумачења (најчешће дужник истиче да је накнадни рок био сувише кратак),<sup>21</sup> чини се да би уговорне стране, кад год је то према околностима могуће, дужину накнадног рока требале да одреде унапред, одређењем фиксног рока у коме обавеза мора бити испуњена.

Ипак, без обзира за који се систем одреде, уговорне стране увек морају имати у виду евентуалне императивне прописе меродавног права у погледу обавезе остављања накнадног рока и његове дужине, као и сам *ratio* остављања овог рока који се огледа у настојању да се уговор од-

20 У том смислу, вид. раскидну клаузулу у ИТС Модел уговору о међународној продаји робе, чл. 11.2, према којој: „*There is a fundamental breach of Contract where: a) strict compliance with the obligation which has not been performed is of the essence under this Contract; or b) the non-performance substantially deprives the aggrieved Party of what it was reasonably entitled to expect under this Contract. The Parties additionally agree that following is to be considered as a fundamental breach of Contract (optional): \_\_\_\_\_*“.

21 Више о томе кад је реч о раскиду уговора о међународној продаји према Бечкој конвенцији, P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Third Edition, стр. 724 и даље.

ржи на снази кад год је то могуће и да се дужнику пружи још једна прилика да своју уговорну обавезу испуни. Приликом одређења дужине накнадног рока, полази се од релевантних околности конкретног случаја, као што је, на пример, природа уговорне обавезе, време уобичајено за њено испуњење, првобитно уговорен рок испуњења, разлог који је проузроковао доцњу или неиспуњење, прилике на тржишту, спремност дужника да у целости испуни обавезу, предузимање припремних радњи од стране дужника и слично.<sup>22</sup> Најзад, у оквиру овог дела раскидне клаузуле, уговорне стране могу предвидети да за време накнадног рока, поверилац може задржати испуњење своје реципрочне обавезе и може захтевати накнаду штете, али не може раскинути уговор. Уколико дужник не испуни обавезу ни у накнадном року, поверилац може изјавити да раскида уговор.<sup>23</sup>

Раскидном клаузулом потребно је предвидети да изјава о раскиду производи дејство само ако је о њој обавештена друга страна. Ово правило односи се на оба изложена случаја раскида – „тренутни“ раскид и раскид уз остављање накнадног рока. Према највећем броју модерних извора уговорног права, изјава о раскиду не мора испуњавати било какве захтеве форме и може бити учињена како у писменој форми тако и усменим путем.<sup>24</sup> Ипак, у интересу правне сигурности, препоручљиво је уговором предвидети да ова изјава мора бити учињена у писменој форми, као и да овом изјавом дужник о раскиду мора бити обавештен на несунјив начин.<sup>25</sup> Тренутак у коме изјава о раскиду производи дејство од

22 Детаљно вид. С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 509 и даље.

23 У том смислу, вид. раскидну клаузулу у ИТС Модел уговору о међународној продаји робе (чл. 11.3), према којој: „*In a case of a breach of Contract according to paragraph 11.1 of this Article, the aggrieved Party shall, by notice to the other Party, fix an additional period of time of reasonable length (alternatively, the Parties may specify the length, e.g. 15 days, 30 days) for performance. During the additional period of time the aggrieved Party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages but may not declare this Contract avoided. If the other Party fails to perform its obligation within the additional period of time, the aggrieved Party may declare this Contract avoided*“.

24 Вид. Ј. Перовић, *Бићина њовреда уговора – Међународна њрогаја робе*, стр. 300 и даље.

25 Оваква формулација је потребна с обзиром да је јуриспруденција у погледу ово питања заузимала различите ставове. Тако, у спору који се водио пред Арбитражним судом ICC, продавац није испоручио робу у уговореном року. Купац је у писменој форми захтевао од продавца да га обавести о датуму испоруке, прецизирајући да ће, ако продавац то не учини, уговор бити раскинут. С обзиром да продавац није одредио ни накнадни датум испоруке, допис купца оцењен је од стране арбитражног већа као изјава о раскиду уговора (одлука ICC бр.8128/1995м, у: Ј. О. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention*, The Hague, 1999, стр. 215). Међутим, у спору који се водио пред немачким судом, и у коме је тужилац доставио туженом допис практично исте садржине, суд је за-

утицаја је на израчувавање камате, накнаде штете и друга питања везана за дејства раскида. Из тих разлога, од посебног је значаја питање које се односи на ризик случајне доцње или грешке у преносу изјаве о раскиду другој уговорној страни. Имајући у виду да се решења упоредног права одликују високом степеном неуједначености у погледу овог питања (пре свега кад је реч о прихватању теорије пријема, са једне и теорије отпослања, са друге стране), уговорне стране би у раскидној клаузули требале да прецизирају начин упућивања изјаве о раскиду дужнику, као и тренутак у коме се та изјава о раскиду сматра учињеном.

## У Правне последице раскида уговора предвиђене сагласношћу воља уговорних страна

Као што могу предвидети основ за раскид и начин остварења раскида уговора, уговорне стране могу сагласношћу воља прецизирати и правне последице раскида. У уговору, правне последице раскида могу бити предвиђене у оквиру саме раскидне клаузуле или у посебној уговорној клаузули која се односи на дејства раскида.

Према општим правилима облигационог права, раскидом уговора због неиспуњења престаје да постоји основ обвезивања и уговорне стране се ослобађају својих уговорних обавеза за убудуће. Чињеница да је уговор раскинут нема утицаја на право повериоца да од дужника захтева накнаду штете због неиспуњења обавезе. Поред тога, раскид уговора без утицаја је на клаузулу о меродавном праву, клаузулу о решавању спорова, клаузулу поверљивости или неку другу клаузулу која „надживљује“ уговор.<sup>26</sup> Ова правила уговорне стране могу изричито предвидети у одговарајућој уговорној клаузули, користити на пример следећу формулацију: „Раскидом овог уговора, стране се ослобађају својих уговорних обавеза за убудуће. Раскид не искључује право на захтев за накнаду штете због неиспуњења обавезе. Раскид овог уговора нема утицаја на одредбе овог уговора које се односе на меродавно право и на решавање спорова... (у сваком конкретном случају, стране могу навести и групе одредбе уговора које производе дејство и после раскида)“.<sup>27</sup>

узео супротно становиште, утврђујући да је овај допис без дејства, с обзиром да је за раскид уговора према чл. 26 Конвенције потребна посебна изјава повериоца упућена дужнику (одлука AG Zweibrücken од 14.10.1992, у: С. Witz, *нав. дело*, стр. 99 и 106.

26 Више о обавезама које „надживљују“ уговор, М. Fontaine, F. De Ly, *Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction de clauses*, Bruxelles, 2003, стр. 639–662.

27 У том смислу, вид. раскидну клаузулу у ИТС Модел уговору о међународној продаји робе, чл. 12, према којој: „Avoidance of this Contract releases both Parties from their

Основне правне последице раскида уговора због неиспуњења огледају се у реституцији и накнади штете коју је једна уговорна страна претрпела услед неиспуњења обавезе од стране друге уговорне стране.

Правила о реституцији у случају раскида двострано обавезног уговора због неиспуњења у упоредном праву одликују се значајним разликама.<sup>28</sup> У изворима униформног уговорног права и одређеном броју националних закона прихваћено је правило да после раскида уговора свака страна страна може захтевати од друге стране враћање оног што је на основу уговора дала под условом да истовремено изврши повраћај онога што је по основу уговора примила, што значи да долази до реституције (једностране или обостране).<sup>29</sup> Реституција се првенствено врши у природи, а ако то није могуће, онда се, по правилу, даје у новцу. Поред реституције, свака страна дужна је другој страни дати накнаду за користи које је имала од онога што је дужна вратити односно надокнадити, а страна која враћа новац, дужна је платити камату од дана кад је примила исплату.<sup>30</sup> Приликом формулисања раскидне клаузуле, уговорне стране треба да имају у виду ова, сумарно изложена, правила о реституцији, као и релевантна решења меродавног права, те да, сагласношћу воља, правила о реституцији прилагоде својим интересима у сваком конкретном случају.

У случају раскида уговора, друга уговорна страна има право на накнаду штете претрпљене услед неиспуњења уговорне обавезе. И поред значајних разлика у правилима о накнади штете у упоредном праву, на општем плану се може констатовати да накнада штете у случају раскида уговора због неиспуњења треба другу страну да доведе у онај имовински положај у коме би се налазила да су уговорне обавезе испуњене у свему у складу са уговором.<sup>31</sup> У том смислу, принцип потпуне (инте-

*obligation to effect and to receive future performance, subject to any damages which may be due. Avoidance of this Contract does not preclude a claim for damages for non-performance. Avoidance of this Contract does not affect any provision in this Contract for the settlement of disputes or any other term of this Contract which is to operate even after avoidance“.*

28 Упоредно-правни преглед овог питања, О. Lando, Н. Beale, *Principles of European Contract Law*, стр. 426 и даље.

29 Вид. на пример чл. 81 Бечке конвенције, чл. 9:306–9:309. Принципа европског уговорног права, чл. 132 српског Закона о облигационим односима. У погледу овог питања, UNIDROIT Принципи чине дистинкцију између уговора са тренутним и уговора са трајним извршењем обавеза. Кад је реч о уговору са тренутним извршењем обавеза, после раскида свака страна може захтевати повраћај онога што је дала на основу уговора, под условом да истовремено изврши повраћај онога што је примила (чл. 7.3.6). Са друге стране, код уговора са трајним извршењем обавеза, повраћај се може захтевати само за период после раскида уговора, ако је уговор дељив (чл. 7.3.7).

30 Вид. Бечка конвенција, чл. 84; ЗОО, чл. 132 ст. 4 и 5.

31 Вид. Harvey McGregor, *McGregor on Damages*, 18<sup>e</sup> éd., London, 2009, стр. 199 где се констатује: „*The starting point in resolving a problem as to the measure of damages for*

гралне) накнаде према коме је накнада штете једнака стварној штети (лат. *damnum emergens*) и изгубљеној добити (лат. *lucrum cessans*) широко је прихваћен у упоредном праву и униформним правилима уговорног права.<sup>32</sup> Према принципу интегралне накнаде, обе врсте штете – стварна штета и изгубљена добит, у начелу се третирају једнако и уживају исти степен заштите.

У контексту правила о накнади штете која су широко прихваћена у упоредном праву, поред принципа интегралне накнаде, потребно је имати у виду и правило предвидљивости штете које накнаду штете ограничава на штету коју је страна која је повредила уговор предвидела или морала предвидети у тренутку закључења уговора.<sup>33</sup> Правило предвидљивости усвојено је у великом броју националних правних система,<sup>34</sup> укључујући и српски Закон о облигационим односима,<sup>35</sup> као и у Бечкој конвенцији,<sup>36</sup> UNIDROIT Принципима<sup>37</sup> и Принципима европског уговорног права.<sup>38</sup> Ограничење уговорне одговорности на предвидљиву штету оправдава се бројним аргументима, у оквиру којих се, између осталог, истиче да ово правило дозвољава уговорним странама да већ у тренутку закључења уговора узму у обзир могуће имовинске последице евентуалне повреде уговора, као и да се путем правила предвидљивости обезбеђује алокација ризика на правичан и разуман начин.<sup>39</sup>

Принцип интегралне накнаде и правило предвидљивости могу се, због широке прихваћености у упоредном праву, сматрати заједничком

*breach of contract is the rule that the claimant is entitled to be placed, so far as money can do it, in the same position as he would have been in had the contract been performed*<sup>40</sup>.

32 На пример, српско, немачко, аустријско, француско, италијанско, португалско, холандско право. Прихваћен је и у Бечкој конвенцији (чл. 74), UNIDROIT Принципима (чл. 7.4.2) и Принципима европског уговорног права (чл. 9.502). Детаљно о овом принципу, Guenter H. Treitel, *The Law of Contract*, 12<sup>e</sup> éd, London, 2003, поглавље 20, стр. 991–1091.

33 Детаљно о овом правилу, посебно у контексту Бечке конвенције вид. Јелена Перовић, „Принцип потпуне накнаде и правило предвидљивости штете у Конвенцији УН о међународној продаји робе“, *Правни животи*, бр. 11/2010, стр. 271–289.

34 Компаративно-правни преглед у погледу овог правила, Н. Beale, А. Hartkamp, Н. Kötz, D. Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oregon, 2002, стр. 818. и даље.

35 Чл. 266.

36 Чл. 74.

37 Чл. 7.4.4.

38 Чл. 9:503.

39 Детаљно о овим ставовима доктрине вид. Ј. Перовић, „Принцип потпуне накнаде и правило предвидљивости штете у Конвенцији УН о међународној продаји робе“, стр. 276 и даље.



детерминантом кад је реч о накнади штете због неиспуњења уговорне обавезе. У погледу осталих питања, решења националних закона о накнади штете, обиму накнаде, начину обрачуна, ослобођењу од одговорности и осталим питањима релевантним у овом домену су различита, при чему, поред општих правила о накнади штете, треба имати у виду и посебна правила предвиђена за поједине врсте уговора. Из тих разлога, потребно је да уговорне стране на првом месту пођу од правила меродавног права релевантних за накнаду штете, те да их, у зависности од својих потреба и интереса у сваком конкретном случају, уговором прецизирају, измене или искључе, у границама јавног поретка, императивних прописа и добрих обичаја.

## VI Закључак

Раскид уговора због неиспуњења обавезе различито је регулисан у упоредном праву. У зависности од конкретних правила која се на уговор примењују, раскид једног уговора може бити основан са становишта решења једног националног закона, док према неком другом националном закону или униформним правилима, тај исти раскид може бити оцењен као неоснован. Поред тога, правила закона и релевантних извора униформног уговорног права предвиђају само општа правила и апстрактне критеријуме за оцену основаности раскида, од којих се неки показују као посебно тешки за примену у пракси. Из тих разлога, потребно је у уговор унети раскидну клаузулу којом уговорне стране, сагласношћу воља, утврђују сва правила релевантна за евентуалан раскид уговора. При формулисању раскидне клаузуле три питања су од кључног значаја – основ за раскид уговора, остварење раскида и правне последице раскида. Уређењем ових питања на прецизан, јасан и недвосмислен начин у раскидној клаузули уговора међународног пословног промета, могу се у великој мери избећи ризици спорних ситуација и различитих тумачења у погледу раскида због неиспуњења обавезе.

**Jelena PEROVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Economics, University of Belgrade**

## **DRAFTING OF A TERMINATION CLAUSE IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS**

### **Summary**

*This contribution offers a comparative analysis of the main rules and principles concerning drafting of a termination clause in international commercial contracts from the perspective of uniform contract law and national legislations with special attention to the relevant rules of the Serbian Law on Obligations. In that respect, the analysis examines three basic questions – non-performance of an obligation as a basis for contract termination, different ways of contract termination – termination with immediate effect and termination by fixing an additional period of time for performance and effects of contract termination, in order to offer the practical recommendations with respect to drafting of a termination clause which precisely reflects the parties' intention on the international level.*

**Key words:** contract, clause, termination, non-performance, obligation.

Др **Тамара МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ**  
редовни професор Економског факултета Универзитета у Нишу

## **ЗБОГ ЧЕГА И КАКО ЈЕ ПОТРЕБНО РЕГУЛИСАТИ УГОВОР О ФРАНШИЗИНГУ У СРБИЈИ?**

### **Резиме**

*Након девасџације постојећих франшизних система током деведесетих година прошлог века, франшизна делатност у Србији је дошла значајан момендум почев од 2007. год. захваљујући повољнијим привредним кретањима, али је не мањи значај едукације и изградње првих институција у овој области. Последње три године франшизинг је поделио судбину чиниаве српске привреде, али не само због недостига новца за увоз страних и развој домаћих франшизних система и огромних оптерећења привреде, већ је стигла франшизне делатности последица и несиремности банкарског сектора да понуди специфично и повољније финансирање овој делатности, као и одсуства било какве визије и активности државе у сфери промоције и развоја франшизног половања. У овом раду износе се аргументи у прилог ства о неопходности регулације уговора о франшизингу у будућој српској кодификацији, као и образложење решења изнеиоу Преднацију Грађанског законика Србије, а које се темељи на комбинованом прицију облиационо-правних и норми које садрже обавезу предуговорног обавештавања прицијања у уговорни однос франшизинга.*

**Кључне речи:** *уговор о франшизингу, предуговорно обавештавање, Преднацију Грађанског законика.*

## I Увод – о значају франшизинга и његове регулативе

У великом броју земаља франшизинг значајно учествује у стварању БДП.<sup>1</sup> Такође, франшизно пословање у условима економске кризе показује значајну резистентност на негативне економске токове због значајне финансијске синергије, симбиозе и превазилажења агенцијског проблема између учесника у систему. Овај облик преузимања пословног идентитета познатог и моћног привредног субјекта стимулише економски развој, тако што унапређује дистрибуцију робе и услуга, уз могућност да се са ограниченим инвестицијама формира пословна франшизна мрежа, што омогућава развој конкуренције на одређеном тржишту, а посебно на страни малих и средњих предузећа. Та мрежа омогућава независним привредницима да се развијају брже и са извеснијим успехом у пословању, захваљујући искуству и помоћи коју им пружа давалац франшизе. Франшизно пословање доноси добробит и потрошачима јер омогућава бољи квалитет производа и услуга, захваљујући заинтересованости учесника у франшизном систему, хомогености мреже и континуираној сарадњи и симбиози даваоца и корисника франшизе. Студије које се баве анализом односа развијености франшизинга и његове правне регулативе у земљама ЕУ, показују да, за разлику од САД, Канаде и Аустралије, које су веома рано регулисале област франшизинга, национална регулатива уговора о франшизингу у Европи показује велику хетерогеност и поднормираност, што је узрок значајног заостајања франшизне делатности у привредама европских земаља.<sup>2</sup> Све до краја седамдесетих година уговор о франшизингу није имао статус именованог правног посла ни у једном националном законодавству. Аутономна регулатива којом су франшизне асоцијације, попут Европске франшизинг федерације (ЕФФ) покушале да ову област уреде путем Етичког кодекса франшизног пословања, није дала очекиване резултате, не само у Европи, већ ни у Аустралији. Експеримент са

1 Развијеност франшизинга и његово учешће у бруто друштвеном производу земаља ЕУ значајно заостаје у односу на САД и Аустралију. Према доступним подацима процењује се да у земљама ЕУ постоји приближно 10.000 франшизних јединица, а да је укупан промет у франшизној индустрији близу 300 милијарди долара (1,86% БДП или 600 долара по глави становника), док је укупан промет у САД приближно 870 милијарди долара, што износи чак 5,95% БДП или 2.792 долара по глави становника. Подаци за Аустралију су још респектабилнији, па је промет у франшизној делатности процењен на 130 милијарди долара, што је 10,83% БДП или 5.777 долара по глави становника. Видети, <http://www.franchiseworld.co.uk/archives/3252>, приступ 6.4.2015. год. За Србију не постоје званични подаци ни о броју регистрованих франшизних система, као ни о оствареном промету у франшизном пословању.

2 M. Abell, *The Regulation of Franchising in the European Union*, Field Fisher Waterhouse, London, 2012, стр. 49.

аутономном регулативом у Аустралији<sup>3</sup> је након две деценије замењен императивним прописима и диспозитивним нормама уговорног права којима се регулише франшизно пословање.<sup>4</sup>

## II Франшизно пословање у Србији, проблеми у пракси и потреба за регулативом

Након повлачења постојећих франшизних система из Србије током периода 90-их година, у Србији франшизинг поново бележи пораст од 2007. год. пре свега због нешто повољнијег привредног окружења него претходних година, али захваљујући и значајној промотивној и едукативној иницијативи и активностима Привредне коморе Србије. У периоду од 2008. год. до 2012. год. одржане су две међународне конференције о франшизингу 2006. год. и 2007. год., основан је Центар за франшизинг у ПКС 2007. год., одржана два Међународна сајма франшизинга 2010. год. и 2011. год, а све те активности пратила је вишегодишња перманентна едукација привредника у области франшизног пословања, као и оснивање националне асоцијације за франшизно пословање – СУРФ 2009. год. Тих година расте увоз страних франшиза (*Fornetti, IQS, Wok to Walk, Costa Cofee, Zara, Springfield, Mango, Office 1 Superstore, Top Shop, Odeja, ReMax, Husse, Dormeo*) али што је значајније, долази и до стварања и развоја домаћих франшизних концепата (*Afrodita Mode Collection, ДИС, МЕГА, Adore, Squadra Fish&Bar, Пакиа Бар, Галерија подова, ARCUS* и др.). Посебну улогу одиграла је удружена едукативна активност Центра за франшизинг при ПКС и СУРФ-а (Српско удружење за развој франшизинга) која је привредницима широм Србије, као и студентима Универзитета у Београду и Нишу пружала основна знања о економским и правним аспектима франшизинга, као и едукацију о практичним аспектима и проблемима франшизног пословања. Стагнацијом активности Центра за франшизинг током последње две године, удруженом са последицама све веће привредне и финансијске кризе, долази до смањења франшизне активности у Србији. Пад франшизне делатности у Србији последица је не само недостатка новца за увоз страних и развој домаћих франшизних система, већ и одсуства визије државе и било какве њене активности у промоцији и развоју франшизне делатности али и неспремности банкарског сектора да понуди специфично, повољније финансирање развоја франшизних система. Уз одсуство подршке државе и финансијског сектора, највећи проблем које показује пракса у области закључивања франшизних уговора у Србији је не-

3 *Franchising Code of Conduct – Trade Practices Act 1974.*

4 *Trade Practices (Industry Codes – Franchising) Regulations 1998.*

достатак предуговорног обавештавања корисника франшизе, што доводи до спорова и пре самог уласка у уговорни однос. Један значајан број домаћих давалаца франшизе улази у преговоре за пренос права на франшизу без поседовања основних њених елемената и без заштићених права интелектуалне својине (регистрован жиг, операционализован и стандардизован *know-how*, постојање Оперативног приручника, књига визуелних стандарда, адекватне и садржајне обуке, стања и прогнозе актуелног тржишта, непостојање анализе тржишта, непознавање финансијских аспеката посла, недовољно искуство и неразвијеност, па чак и непостојање франшизне мреже). Поред тога, даваоци франшизе најчешће и не знају о чему би требало да обавесте будућег корисника, као ни која би документа требало да им доставе у фази преговора. Такође, и поред императивне норме из Закона о жиговима<sup>5</sup> из чл. 50 и чл. 51 о упису уговора о преносу права на жиг у регистар Завода за интелектуалну својину, веома је мали број уговора о франшизингу који су у овај регистар уписани. Велики проблем представља и примена и неадекватних правних инструмената којима се успоставља франшизни однос. Као уговори о франшизингу најчешће се користе дословни преводи текстова уговора са *common law* правног подручја (веома често преузети са Интернета), коришћење или евентуална адаптација постојећег страног уговора о мастер франшизингу за потребе јединичног уговора о франшизингу, као и прерада типских уговора о комисиону, лиценци, продаји и др. уз уношење рестриктивних одредаба. Проблеми се могу очекивати и у аспекту престанка, отказа, раскида, необнављања постојећих уговора о франшизингу а које ће судска пракса морати да решава применом општих правила облигационог права или применом норми других уговора, који се тешко могу адекватно применити на специфичности франшизног односа. Ипак, ови недостаци у пословној пракси франшизинга у Србији до сада, нису били последица свесних злоупотреба, већ је њихов узрок *нейосјтојање знања о суштинским елементима франшизног односа*. Франшизна култура коју доносе даваоци франшизе из земаља које имају регулисан франшизни уговор, умногоме је помогла стварању свести о потреби креирања, поред осталог, и обавезе предуговорног обавештавања у пословној пракси.<sup>6</sup>

Међутим, неуређеност ове области отвара, посебно у блиској будућности, веома широк простор за потенцијалне злоупотребе у франшизном пословању.

5 Службени гласник РС, бр. 04/2009 и 10/2013.

6 О развоју, проблемима у пословној пракси франшизинга, као и о институционалној подршци франшизингу у Србији, видети: Т. Миленковић-Керковић, *Аутономни уговори приватног права*, Економски факултет, Ниш, 2008, стр. 137-146.

### III Недостаци аутономне регулативе уговора о франшизингу и могућност злоупотреба анатагонизама у франшизном односу

Основно питање које поставља франшизинг али и други „нови уговори“ трговинског права који су предмет тзв. аутономне регулативе самих привредних субјеката, је да ли ови послови треба да се развијају у постојећем правном окружењу, без интервенције државе. Кључни проблем аутономне регулативе код уговора о франшизингу је да, уколико се тако значајна област препусти искључиво приватним интересима и иницијативи, то може бити јако штетно по развој франшизне делатности, јер се профиту повинују све друге вредности. Тако је и са заштитом принципа еквивалентности узајамних давања, принципом савесности и поштења, правилом *contra preferentem*, начелом равноправности уговорних страна, заштитом економски инфериорнијег партнера у предговорној фази, током трајања и након престанка уговора, као и са другим темељним начелима, која препуштањем иницијативи давалаца франшизинга веома брзо могу довести како франшизинг, тако и друге аутономне уговоре у арену, где се са једне стране, налазе изузетно моћни даваоци франшизе, насупрот којих се налазе мали привредни субјекти, без снаге да утичу на баланс уговорних позиција у овом уговору. Разлика између етичног и неетичног франшизинга није увек јасно видљива, док обично не буде касно, а онда таква пракса постаје изузетно штетна за кориснике франшизе.

Тешкоће у регулативи уговора о франшизингу су деценијама, све до америчке заштитне регулативе 1979. год. држале национална законодавства далеко од одлуке да овај уговор регулишу националним правилима облигационог права.<sup>7</sup> Бројни су парадокси које овај уговорни однос у себи носи и који отежавају правно регулисање овог уговора, а томе доприноси и његов међународни карактер. Раскорак између економског јединства франшизне групе и правног плуралитета њених чланова, централизовано доношење одлука и парцијално сношење ризика у пословању франшизног система, привид правног идентитета пред потрошачима, франшизни облигациони уговор који ствара ефекте статусно-правног односа, једном речју, *несклад између фактичке и правне реалности*, који је иманентан уговору о франшизингу, значајно отежава регулативу. Поред тога, повезаност овог уговора са бројним правним дисциплинама, такође отежава намере националног законодавца да

7 L. Peters, M. Schneider, *The Franchising Contract, Preliminary study prepared by Ms Lena Peters (Roma) and Ms Marina Schneider (Strasbourg) and Questionnaire drawn up by the UNIDROIT Secretariat*, Unidroit, Rome, 1986.

уговор о франшизингу регулише нормама унутрашњег приватног права. У делу међународне пословне јавности, а пре свега код представника давалаца франшизе, све до доношења UNIDROIT регулативе уговора о франшизингу (Водич за међународне мастер франшизинг аранжмане 1997. год.<sup>8</sup> и Модел закон о предуговорном обавештавању у области франшизинга из 2002. год.<sup>9</sup>) постојао је став о томе да ће регулатива да омете и спута развој пословне праксе. Међутим, искуства шест земаља ЕУ (Белгија, Француска, Румунија, Италија, Шпанија и Шведска) и преко тридесет земаља које су до сада регулисале франшизинг су ту тезу демантовале. Квалитетна решења законодавца не спречавају развој франшизинга, већ само превенирају могућност бројних злоупотреба.

Комерцијални феномен франшизинга који је веома раширен и успешан захваљујући комбинацији даваачевог *know-how* и корисниковог предузетништва и жеље за успехом, утиче веома позитивно на економску активност и запосленост. Међутим, значај адекватне регулативе је од велике важности, управо због велике могућности злоупотребе антагонизама које франшизни концепт у себи носи. Међу највећим парадоксима франшизног уговорног односа је раскорак између правне самосталности даваоца и корисника франшизе, којој се супротставља економско јединство франшизне групе, засновано на апсолутној субординацији даваоца у доношењу одлука. Када се у тај постојећи дисбаланс франшизног односа укључе и значајне рестрикције у пословању корисника које су иманентне франшизном концепту, проблем асиметричних информација учесника у франшизном систему, питање уговорне и пост-уговорне конкуренције, које су предмет права заштите конкуренције, проблеми које франшизни однос ствара постају веома комплексни а могућност злоупотреба уговорне доминације извеснији. Међу проблемима које франшизни однос ствара налази се и веома значајно питање способности будућег корисника да пре уласка у уговорни однос адекватно процени предмет и квалитет франшизе која му се нуди, а као значајан извор спорова је и уговорна неравнотежа, менаџерски проблем као и друга бројна питања која су последица дисбаланса најпре преговарачке, а потом и уговорне моћи.

Основни задатак уговора о франшизингу је да обезбеди заштиту даваачевих права интелектуалне својине, од којих многа нису подобна за правну заштиту, какав је случај са *know-how* који представља специфичну вредност акумулирану у даваачевом интелектуалном капиталу и пословном имену. Због свог карактера, комплексности и нематеријалне

8 UNIDROIT *Водич за међународне сјоразуме о мастер-франшизингу*, превод Т. Миленковић-Керковић, Економски факултет, Ниш, 2010.

9 UNIDROIT *Model Franchising Disclosure Law, 2002.*



природе *know-how* се не може директно заштитити, па је задатак уговора да ту заштиту обезбеди. Поред тога, уговор има задатак да омогући пренос права и обезбеди процес доношења одлука у франшизном систему, тако што ће се ове вредности алоцирати, и са даваоца дистрибуирати кориснику франшизе. Уговор о франшизингу треба да укло­ни и недостатке симбиотског односа између даваоца и корисника који се огледају, пре свега, у информационој асиметрији, али и у моралном хазарду коме су стране изложене (нелојална међусобна конкуренција, злоупотреба и неовлашћено коришћење пренетих искључивих права, нарушавање пословног концепта, угледа и идентитета франшизне мреже и др). Уколико се томе додају и специфичности франшизног пословања, које се темељи на привиду идентитета пред потрошачима, парадоксу економског јединства кроз правни плурализам, облигационог односа са статусно-правним ефектима, као и несклад између јединства групе и правног плурализма његових чланова, централизам у доношењу одлука уз самостално сношења ризика, јасно је да без обзира на приватни карактер овог уговора, потенцијали за злоупотребу могу да нанесу штету бројним јавним интересима. Сви су ови капацитети за злоупотребу франшизних анатагонизама још и израженији у последњој инкарнацији франшизног пословања у тзв. франшизингу пословног формата (*business format franchising – BFF*) који се данас, поготово у Европи, искључиво и третира као једина права франшизинг трансакција.

Све противуречности франшизног односа о којима је било речи капацитет су за *бројне злоупотребе и ризике специфичној франшизној уговорној односа*. Морални хазард код франшизног пословања има бројне аспекте, а пре свих то је могућност продаје безвредне франшизе услед неадекватних преговора и необавештености будућег корисника. Потом, постоји и могућност да давалац франшизе није власник права које садржи франшиза (пословно име, жиг, патент), као и да оперативни приручник не садржи применљива и садржајна знања. Такође је у пословној пракси често да се дају претеране и неадекватне пројекције прихода (приказ само најуспешнијих корисника или приказ пословања самог даваоца), као што се уговором одређују превелики трошкови обуке, а обука може бити и некавалитетна као неприменљива. Веома честе злоупотребе су и прикривање пословне прошлости, осуђиваности припадника менаџмента, прикривање спорова са корисницима, прикривање историје раскинутих уговора и непостојање пословног искуства даваоца франшизе. Абузивно дејство може се пренети и на саме уговорне клаузуле, па се у уговорима често среће прешироко конципиран домен битних повреда уговорних одредаба, прекратко трајање уговора о франшизингу без могућности да корисник поврати почетна улагања, немогућност обнове уговора односно обнова под знатно тежим условима, забрана

преноса франшизе на треће лице, непружање помоћи, подршке, савета у пословању, и бројне друге клаузуле које су противне начелима савесности и поштења и равнотеже узајамних давања.

Нису мањи ни ризици које стране преузимају уласком у пословни однос. На страни даваоца то је ризик неплаћања накнаде за пренету франшизу, нелојална уговорна и пост-уговорна конкуренција од стране даваоца, злоупотреба права интелектуалне својине и *know-how*, нарушавање имиџа и пословног угледа франшизне мреже, док је корисник суочен са опасностима од преваре, продаје безвредне франшизе, лажног представљања, са slabим квалитетом пословног концепта, безвредним информацијама, неадекватном обуком и изостанком подршке. Постоје и многе друге опасности којима су изложене стране у франшизном односу, а које су увећане повредама права конкуренције, а посебно услед злоупотребе франшизингу иманентног дисбаланса у економској снази учесника у трансакцији.<sup>10</sup>

#### **IV Дистинктивна обележја франшизног односа или без чега нема франшизног уговора**

Шест је кључних елемената (*essentialia negotii*) који су увек присутни у франшизном односу, и то су:

1. независни положај уговорних страна,
2. економски интерес (накнада за улазак у систем – *royalty* и/или накнада за коришћење франшизе – *fee*),
3. коришћење заштићених права интелектуалне својине (пословно име, жиг, проналазак, патент, дизајн, узорак, модел, остали знакови разликовања, база података ауторска права),
4. коришћење пословног формата (економске предности створене искуством и улагањем даваоца франшизе – *know-how*, ексклузивна роба и услуге, систем маркетинга и рекламе, начин продаје, начин пружања услуга, пословне тајне),
5. контрола корисника франшизе од стране даваоца,
6. помоћ и обука коју давалац пружа кориснику.

Читава ова „архитектура“ франшизног односа потенцирана је дуготрајношћу пословног односа који настаје закључењем уговора о франшизингу уз сталну потребу за променама и прилагођавањем у динамичном окружењу.

10 Т. Milenkovic-Kerkovic, *The Traps for the Unwary in Franchising Agreements and the Role of the Disclosure Presale Regulation-the Serbian Case*, доступно на: [https://emnet.univie.ac.at/uploads/media/Milenkovic-Kerkovic\\_01.pdf](https://emnet.univie.ac.at/uploads/media/Milenkovic-Kerkovic_01.pdf), приступ 6.4.2015.

## V Структурни проблеми франшизног односа

Уговор о франшизингу спада у сложен тип уговорног односа, који иако садржи елементе више уговора – закупа, ексклузивне продаје, лиценце, дистрибуције – по преовлађујућем ставу у правној литератури и постојећем нараслом законодавству, спада у *sui generis* уговоре које креира пословна пракса. Кауза уговора о франшизингу је специфична.<sup>11</sup> Кауза је економско искоришћавање *goodwill*-а, тј. стечених тржишних позиција успешног даваоца франшизе, путем креирања мреже корисника франшизе који су економски зависни од даваоца франшизе и појавно идентични даваоцу франшизе, али и правно самостални. Уговор о франшизингу креира економско јединство уз правни плуралитет и очувани правни субјективитет уговорних страна. Кауза се може изразити и као креирање привида пословног идентитета пред трећим лицима. Да би се тај привид пословног идентитета пред потрошачима остварио, креира се веома специфична структура међусобних права и обавеза.

Франшиза се састоји од комплекса права и овлашћења и не може се директно правно заштитити, већ искључиво кроз *појединачну заштитишу њених елемената* (пословног имена, жига, симбола, *know-how*, тајности података и др.). Уговором се преносе не само права, попут права на жиг, права на пословно име, ауторских права, индустријског дизајна, патената, већ се врши пренос и овлашћења и вредности која нису у домену заштићених субјективних права, попут *know-how*, обуке, надзора над пословањем, метода продаје и дистрибуције и др. Већина економских предности које се преносе на основу уговора о франшизингу са даваоца на корисника, спада у ексклузивна права, као и знања, вештине и пословне предности које су недоступне трећим лицима, па је неопходна *заштитиша поверљивости*.

Поред тога укључивање у пословни систем франшизинга подразумева и *заштитишу конкурентских предности* франшизног система, и то како током трајања уговора, тако и једно одређено време након његовог престанка. Већина права је искључива, па је неопходна *заштитиша њуштем ресриктивних клаузула* у самом уговору а ради заштите *image*-а, реномеа и репутације даваоца, гарантовања ексклузивне територије, искључивог снабдевања робом и вршењем услуга и др. Пословни франшизни концепт мора да буде у целини репродукован, како би омогућио кориснику да понови успех и оствари привид идентитета са својим даваоцем франшизе. Уговор о франшизингу повезује привредне субјекте који су нужно економски неједнаки, тако да се равноправност уговорних страна може постићи само балансираним одредбама уговора,

11 Т. Миленковић-Керковић, *Уговор о франшизингу – тајна успеха*, СКС, 1998, Ниш, стр. 24.

који у пракси увек сачињава давалац франшизе, и којим се редовно не остварује *адекватна заштитна економски инфериорније партнера*, тј. корисника франшизе.

## VI Елементи франшизног уговора и његове критичне тачке

Франшизу чине *права, овлашћења и услуге*:

1. уступање на (привремено) коришћење франшизног пакета – скупа права интелектуалне (словно име, жиг, патент, лого, симболи, дизајн, патент, ауторска права, испробани *know-how*),
2. обука, помоћ, савети у пословању,
3. контрола и надзор,
4. накнада – једнократна и периодична,
5. обезбеђење правне самосталности кроз пословни идентитет.

Предности пословања за корисника франшизе су бројне, међутим оне имају своју антитезу у *рестриктивним клаузулама* које се могу сврстати у *неједнакости*, и то:

1. територијална ограничења,
2. ограничење извора снабдевања – обавеза искључиве куповине,
3. фиксирање цена и других услова продаје,
4. ограничења у избору потрошача,
5. забрана конкурисања даваоцу и осталим корисницима током трајања уговора и одређени период након истека уговора.

Поменути антагонизми овог уговорног односа стварају и *критичне компоненте* уговора о франшизингу, и то су: 1. предговорна фаза, 2. жиг и остала права интелектуалне својине (адекватна заштита и њено трајање), 3. оперативни систем (процедуре пословања којима се преноси *know-how* за успешно пословање), 4. обука, текућа подршка, помоћ и надзор у пословању корисника, 5. ексклузивна права, 6. рестриктивне клаузуле, 7. пост-уговорна фаза (пост-уговорна конкуренција, заштита поверљивих информација, накнада за увећани *goodwill*). Све ове критичне тачке последица су природе франшизе и асиметричне природе уговора о франшизингу. Према наводима из литературе, 90% свих спорова у франшизном пословању свој извор има у фази пре закључења уговорног односа, а медијација је најефикаснији начин решавања спорова у франшизном пословању.

## VII Историјат националне франшизне регулативе

САД су путем федералог прописа 1979. год. тзв. *FTC rule*,<sup>12</sup> створиле стандард у регулативи франшизног уговорног односа, кроз увођење тзв. *disclosure law* односно обавезе даваоца франшизе да одређени временски период пре закључења уговора снабде будућег корисника информацијама које ће му помоћи да донесе утемељену одлуку о уласку у систем франшизинга.<sup>13</sup> Ова обавеза чији се *ratio* налази у корпусу потрошачких права, односи се на информације о елементима будућег уговора (трајање, накнада, услови за раскид, рестрикције, пост-уговорна конкуренција) на податке о франшизном систему (искуство даваоца, његов пословни реноме, величина мреже, број и искуство осталих корисника, број раскинутих уговора), као и на обавештења о самом предмету франшизе (права и овлашћења која је чине, заштита права...). Ово је законодавство заштитног карактера, а извор му је у праву заштите потрошача, кроз предуговорну обавезу обавештавања корисника франшизе о најбитнијим елементима будућег уговорног односа са даваоцем франшизе.

Аустралијски експеримент са ауторегулативом путем Етичког кодекса између 1993. год. и 1996. год. показао је немоћ ауторегулативе да спечи злоупотребе у области франшизинга, стога је и Аустралија донела регулативу која третира облигационо-правна дејства као и област предуговорног обавештавања приликом закључења уговора о франшизингу.<sup>14</sup>

Од доношења првог франшизног законодавства на федералном нивоу у САД 1979. год. један значајан број земаља је регулисао франшизинг. То је законодавство посебно почело да се шири након што је UNIDROIT донео 2002. год. Модел закон о обавези предуговорног обавештавању код уговора о франшизингу (*UNIDROIT Model Law on Franchise Disclosure* из 2002. год).

Данас 30 земаља има специфичну франшизинг регулативу, и то су Албанија, Аустралија, Барбадос, Белорусија, Белгија, Бразил, Канада, Кина, Естонија, Француска, Грузија, Италија, Индонезија, Јапан, Казахстан, Литва, Малезија, Мексико, Румунија, Русија, Јужна Кореја, Јужна Африка, Шпанија, Шведска, Тајван, Украјина, УСА, Венецуела, Вијетнам.

12 *FTC 1979 (Federal Trade Commission) Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*, 16 C.F.R §436.

13 Т. Миленковић-Керковић, *Аутономни уговори привредног права*, стр. 166–167.

14 А. Terry, *Franchising Law and Practice*, Butterworths, Sydney, 1998, стр. 123–125.

Један број земаља само помиње франшизинг, али га не регулише (Хрватска). Шест земаља Европске уније регулише уговор о франшизингу и то Француска,<sup>15</sup> Шпанија,<sup>16</sup> Италија,<sup>17</sup> Шведска,<sup>18</sup> Белгија<sup>19</sup> и Румунија.<sup>20</sup>

- 15 *Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*, укључен је у L330-3 *Code d'Commerce*.
- 16 *Lex 7/1996 de 15 de enero, de Ordenacion del Comercio Minorista, Boletín Oficial del Estado, no 15* од 17. јануара 1996. Овај закон који је допуњен уредбама из 1998. год. и 2006. год. садржи одредбе које се односе на предуговорно обавештавање, али се далеко више бави обавезом регистрације на основу које сва физичка и правна лица која улазе у уговор о франшизингу морају да уговор пријаве Централном државном регистру. *Real Decreto 419/2006 de 7 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 2485/1998 de 13 noviembre, relativo a la regulacion del régimen de franquicia y el registro de franquiciadores, Boletín Oficial del estado, no 100* од 27. априла 2006.
- 17 *Legge 6 maggio 2004, n. 129 Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale, Gazzetta Ufficiale, No120* од 24.5.2004. Закон је кратак и садржи облигационо-правна правила која се односе на уговор о франшизингу, као и правила о предуговорном откривању података и обавезе даваоца. Више о закону: Т. Миленковић-Керковић, „Законско и униформно регулисање уговора о франшизингу и нова италијанска регулатива“, *Право и њивреда*, 2005, стр. 362–379. Такође, током 2005. год. је усвојена Уредба којом се предвиђа обавеза откривања предуговорних података и у случају када давалац франшизе пре момента потписивања уговора обавља делатност самоу иностранству али се на уговор примењује италијанско право према одредбама италијанског међународног приватног права. *Decreto 2 settembre 2005 n.204. Regolamento recante norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 6 maggio 2004, n. 129* објављен у *Gazzetta ufficiale No 231* од 4.10.2005.
- 18 *Lag om franchisegivares informationsskyldighet (24 maj 2006) SFS*. Шведски закон, који је прави *disclosure lex specialis* (Закон о обавези предуговорног обавештавања) је усвојен након дугогодишњих расправа у Парламенту и након низа законских предлога. Ово је кратак закон, садржи само шест чланова, који су очигледно, конципирани на основу Модел-закона UNIDROIT, али се ради о знатно краћем документу. Више о томе: А. Fernlund, „Harmonised Legislation on Franchise Disclosure and National Law: the Case of Sweden“, *Uniform Law Review*, 2000–4, стр. 737–749.
- 19 *Loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial (Belgisch staatsblad* од 18. јануара 2006. год.). Иако се закон не односи само на франшизинг, обавеза предуговорног обавештавања је утврђена чл. 3, а широк круг података који су садржина документа са обавештењима садржани су у чл. 4. Овај је закон доживео измене 31.5.2014. год. и укључен је у белгијски *Code d'Commerce Book X, Title 2, CBL* а одредбе се односе и на уговор о дистрибуцији и трговинском заступању.
- 20 Ордонанса бр. 52/1997 о правном режиму франшизинга, *Monitorul Oficial nr. 224* од 30. августа 1997. год. а решење је измењено Законом бр. 79/1998. Поред принципа на којима се заснива, као и поред садржине уговора о франшизингу, у првобитном румунском подзаконском акту, а потом и у самом закону се прецизирају обавезе и права уговорних страна, као и неопходно пословно искуство које мора имати давалац одређено време пре формирања франшизне мреже. Решење се односи на

## VIII Упоредно-правна решења у области франшизинга – три врсте регулативе уговора о франшизингу

У законском третману уговора о франшизингу присутна су три најчешћа начина регулативе.

Први и најраспрострањенији начин регулативе је *уређење обавезе предуговорног обавештавања*, као чисте франшизинг регулативе, и то најчешће кроз *lex specialis*. Овај тип регулативе поред пионира франшизинг законодавства – Сједињених Америчких Држава и Канаде, данас имају и Аустралија и Јапан, па и Албанија, док у ЕУ то чине Француска, Италија, Шпанија, Белгија, Румунија и Шведска. Други начин регулативе је увођење *обавезе регистрације уговора*, што чине поред осталих Шпанија, Руска Федерација и неке земље које регулативу руског Грађанског законика следе (Белорусија, Украјина). Трећи тип је *облигационо-правно реулисање уговора о франшизингу*, што је након доношења Руског Грађанског законика, најчешћи случај у земљама које су настале распадом Совјетског Савеза, и то у Руској Федерацији, Украјини, Литви, Белорусија, и ове земље не предвиђају обавезу пред-уговорног обавештавања. Најзаступљенији тип регулативе је тзв. хибридно законодавство, које комбинује ове методе регулативе. Хибридна регулатива регулише уговор о франшизингу комбинацијом облигационо-правних, најчешће императивних норми (битни елементи, писмена форма, обавеза регистрације, трајање уговора, викарна одговорност даваоца франшизе, права и обавезе уговорних страна, пост-уговорна конкуренција, престанак уговора, обнова и раскид уговора и др.) и успостављања императивног правила о обавези предуговорног обавештавања на страни даваоца франшизе.

Оно по чему се легислативе разликују је обим информација које је давалац обавезан да саопшти кориснику пре закључења уговора, као и последице неизвршења ове обавезе. Тако, последица неизвршења обавезе предуговорног обавештавања у италијанском и белгијском закону је ништавост уговора или нека друга санкција, док у румунском закону за ту повреду нема санкције.

У земљама ЕУ хетерогена регулатива умногоме разликује решења у националним законодавствима, па је могуће издвојити укупно осам модела којима се приступа регулисању франшизних уговора, и то одредбе

---

предуговорну фазу, чл. 2 наводи неопходне информације које се морају пружити разумно време пре закључења уговора, међутим, ова императивна норма коју садржи Закон није санкционисана. Румунски закон уређује и минимум трајања уговорног односа, који је неопходан да кориснику омогући повраћај инвестиција, као и одредбе о пост-уговорној конкуренцији.

о: 1. *good faith* – савесном и поштеном пословању, 2. *misrepresentations* – последицама лажног представљања, 3. *anti trust* – норме које забрањују злоупотребу доминантног положаја, 4. *consumer protection – disclosure law* – предуговорно обавештавање, 5. третман франшизног уговора као уговора радног права, 6. трговинско заступање, 7. норме које се односе на рестриктивне клаузуле и 8. норме које се односе на раскид уговора.

Не може се тврдити да је правни амбијент у земљама које немају специфичну франшизинг регулативу повољнији за закључивање ових уговора.<sup>21</sup> У литератури се могу срести анализе фактора који у националним регулативама постављају баријере пред закључење уговора о франшизингу. Посебно је интересантан резултат истраживања који указује да међу земљама које пред уговорне стране будућих уговора о франшизингу постављају најстрожије захтеве, прва четири места заузимају земље које немају специфичну франшизинг регулативу, и то су Аустрија, Немачка, Португал и Грчка. Такав је случај са земљама германске правне традиције, попут Немачке, Аустрије, у којима се на франшизинг примењују општа правила трговинског права, а положај корисника третира се као положај квази-запосленог, квази-потрошача или као трговинског заступника. Земље код којих је уговор о франшизингу регулисан, попут Литве, Шпаније, Белгије, Шведске или Француске не спадају у круг земаља који пред закључење уговора о франшизингу постављају тешке препреке.

Такође, и по питању ефикасности регулативе, не може се ставити знак једнакости између строгости и ефикасности појединих решења. Примера ради, истраживања показују да је у Шпанији, након увођења обавезе регистрације уговора о франшизингу, ова делатност годинама била у опадању.

Међутим, регулатива франшизинга има промотивно дејство на развој овог начина пословања у бројним земљама, попут САД, Француске, а такође се у литератури закључује да је хетерогеност регулативе или њено непостојање у неким од европских земаља дестимулативно за *заштитају њавној односа између даваоца и корисника франшизе*, као и за *сијурносћ саме франсације*.<sup>22</sup>

21 M. Abell, *Which EU Jurisdictions Most Heavily Regulate Franchising?*, *The international who's who of franchise lawyers*, доступно на: [www.whoswholegal.com](http://www.whoswholegal.com), стр. 14.

22 M. Abell, *нав. дело*, стр. 85 и даље.



## IX Карактеристике и значај тзв. *disclosure* регулативе – обавезе предуговорног обавештавања корисника франшизе од стране даваоца франшизе

Након америчке пионирског законодавства на пољу франшизинга, која је по својој природи била врста „заштитне потрошачке регулативе“ данас тридесет земаља има специфичну франшизинг регулативу. Три су најмаркантнија вида законског уређења уговора о франшизингу, и могу се поделити на:

1. *Disclosure law* (уређење фазе пре закључења уговорног односа путем обавезе предуговорног обавештавања и чувања поверљивости која се приближава институту *culpa in contrahendo* из континенталног права),
2. Облигационо-јавно реулисање уговора о франшизингу – уређење фазе након закључења и након престанка уговора о франшизингу путем императивних и диспозитивних норми уговорног права, и
3. *Registration law* – уређење обавезне регистрације уговора о франшизингу у различитим регистрима (Регистру привредних субјеката, у агенцијама за заштиту интелектуалне својине и др.). Најчешће се ова обавеза предвиђа заједно са једном или обе претходно описане врсте регулативе.

Данас шест европских земаља, по узору на америчко и канадско *disclosure* законодавство, предвиђа обавезу предуговорног обавештавања на страни даваоца франшизе – *disclosure law*. Осим Француске која је још 1989. год. донела „*Loi Doubin*“ – *lex specialis* са обавезом предуговорног обавештавања код свих уговора путем којих се преносе искључива или неискључива права интелектуалне својине, а чија су решења уграђена у Трговачки законик (чл. 330–3) све европске земље су своје *disclosure* законодавство прихватиле након доношења UNIDROIT Модел закона о предуговорном обавештавању (*Franchise Disclosure Law*) из 2002. год. У Европи су путем уношења правила о предуговорном обавештавању франшизинг реулисале Белгија, Француска, Италија, Румунија, Шпанија и Шведска. Неке од тих земаља имају тзв. чисту *disclosure* регулативу (Француска, Белгија и Шведска) док остала законодавства поред ове предуговорне обавезе предвиђају и норме облигационог карактера (*relationship law*) којима се регулише однос након закључења уговора о франшизингу и период након престанка уговорног односа (Италија, Румунија), што представља тип тзв. хибридне регулативе, док Шпанија

поред тога уноси и обавезу регистрације уговора о франшизингу, као услов пуноважности уговора.

Са друге стране је један велики број земаља који примену овог правила код уговора о франшизингу предвиђају применом општих начела савесног и поштеног понашања у преговорима, међу којима су Немачка, Аустрија, Португал и Литва, а међу њима само Литва има специфично франшизинг законодавство.

Земље са специфичном *disclosure* регулативом предвиђају листу информација које се кориснику морају пружити у предуговорној фази. У свим земљама са овом регулативом, осим у Италији (где давалац уместо извода оз уговора мора да преда нацрт уговора о франшизингу) давалац франшизе је обавезан да пружи две различите групе обавештења. Најпре је давалац дужан да потенцијалном кориснику достави извод најважнијих уговорних одредби тзв. *Contract Summaries*. Друга врста информација односи се на комерцијална обавештења тзв. *Commercial Disclosure*.

Сажетак уговора (*contract summaries*) за циљ има да потенцијалном кориснику укаже на најважније одредбе које садржи уговор о франшизингу, а листа тих одредби се веома разликује.

Документ са комерцијалним обавештењима садржи комерцијалне и финансијске елементе који треба да кориснику франшизе омогуће да донесе утемељену одлуку о уласку у пословни систем франшизинга. Листа информација је веома широка и односи се на:

- даваоца франшизе и његов менаџмент,
- франшизни систем,
- постојећу франшизну мрежу,
- финансијске аспекте франшизног концепта и закључења уговора, попут укупних потребних инвестиција и накнада које се плаћају даваоцу франшизе у било ком облику,
- у неким земљама захтева се и анализа тржишта у коме ће се применити франшиза.

Последње две ставке у овом документу могу да створе одређене тешкоће поготову страним даваоцима, који не могу лако да процене услове на домаћем тржишту и локалне цене. Такође се у литератури и пракси критикују одредбе по којој се мора дати укупан број корисника франшизе који су у франшизној мрежи јер код великих франшизних система тај број може бити јако велики, као што већи број пословних франшизних јединица може постојати у великом броју земаља.

## **X Модел хибридне регулативе и основни мотиви законског уређења уговора о франшизингу у Србији *de lege ferenda***

Модел регулативе уговора о франшизингу у Србији је хибридни, и он се остварује комбинацијом облигационо-правних императивних и диспозитивних правила, уз императивна правила о обавези предуговорног обавештавања и регистрације уговора о франшизингу. Поред појма уговора, модел пружа битне елементе, обавезну писану форму и обавезу регистрације уговора у регистру Завода за интелектуалну својину Републике Србије, а такође регулише и закључење уговора о под-франшизингу (мастер уговор о франшизингу) и узајамне односе које креира овај мулти-уговорни аранжман. Регулисана је и обавеза чувања поверљивих података, као и обавеза даваоца на предуговорно обавештавање и садржина документа са предуговорним обавештењима. Овај документ је давалац дужан да преда кориснику франшизе најмање 20 дана пре закључења уговора или пре плаћања било какве накнаде која се односи на пренета права или извршене услуге. Документ са предуговорним обавештењима састоји из два дела, и то из извода предложеног уговора о франшизингу и из документа са пословним обавештењима који садржи податке о привредном субјекту (корпоративне податке о) даваоцу франшизе, о пословном систему франшизинга и о франшизној мрежи. Последица пропуштања ове обавезе је право на поништај уговора или конкретне уговорне обавезе на страни корисника франшизе у објективном року од две године од дана закључења уговора, као и право на накнаду штете причињене пропуштањем ове обавезе на страни даваоца франшизе. Модел регулативе садржи права и обавезе уговорних страна, сагласно појму овог уговора и његовим битним елементима, као што садржи и рестриктивне клаузуле, у облику територијалних ограничења, забране уговорне и пост-уговорне конкуренције, као и ограничења у продаји робе, пружању услуга и коришћења преузетих права интелектуалне својине на страни корисника франшизе. Регулисана су и питања трајања, могућност обнове и престанка уговора о франшизингу, као и последице престанка уговора, а које се односе, пре свега, на забрану пост-уговорне конкуренције корисника франшизе, као и његове обавезе у погледу престанка коришћења права интелектуалне својине и враћања опреме даваоцу франшизе након истека уговора.

Три су основна разлога за овакав начин регулативе уговора о франшизингу:

1. *сйварење йоверења йржишних учесника йрема овом концеййу йословања – market confidence,*
2. *омоућавање безбедности у йоку йрейовора – йрегуйоворна фаза – pre-contractual hygiene,*

3. *увођење императивних одредаба које треба да смање инхерентну уговорну асиметрију код уговора о франшизингу – mandatory taxonomy on the rights and obligations in the franchising realtionship.*<sup>23</sup>

## XI Закључак – циљеви регулисања уговора о франшизингу у Србији

Описани тип хибридне регулативе франшизинга у Србији треба да омогући следеће:

- *промоцију концепција франшизног пословања и адекватну информисаност тржишних учесника* (појам франшизе као предмета уговора – битни елементи франшизе – врсте уговора о франшизингу),
- *усмеравање послојерне пословне праксе* (битни елементи уговора о франшизингу, одредбе о предуговорном обавештавању, садржина документа са предуговорним обавештењима, одредбе о обавезној писменој форми, регистрацији уговора, одредбе о трајању уговора, одредбе о трајању пост-уговорне конкуренције и др.),
- *защити економски инфериорнијег партнера – корисника франшизе* (предуговорно обавештавање, трајање уговора, пост-уговорна конкуренција, саветодавна помоћ и обука корисника, надзор и контрола у пословању као обавезе даваоца),
- *одређење комплексног предмета уговора* (искључива и неискључива права интелектуалне својине, know-how, услуге које се пружају кориснику током читавог уговора),
- *правила о уговорној и послојерној конкуренцији* (обавеза, трајање, могућност накнаде штете коју трпи корисник након престанка уговора услед истека рока на који је закључен),
- *смањење ризика и „моралног хазарда“ у франшизном пословању* (увођење императивних правила),
- *остварење принципа еквивалентности уговорних обавеза и принципа равноправности уговорних страна*,
- *креирање диспозитивних правила* – решење проблема правне природе уговора и примене адекватних правила,
- *рејутивна предуговорне обавезе обавештавања корисника франшизе ради доношења економски уштемљене одлуке о уласку у по-*

23 М. Abell, *нав. дело*, стр. 87–97.

словни сисџем франшизинџа (овај сегмент има двоструку улогу – са једне стране могућност да се обе потенцијалне уговорне стране информишу о будућем дугогодишењем уговорном партнеру, да будући корисник франшизе буде упознат са комплексним предметом уговора, са самим уговором, са даваоцем франшизе и осталим субјектима у франшизној мрежи, док са друге стране одредбе о предуговорном обавештавању треба да створе предуговорну дисциплину и едукују будуће даваоце о подацима и документима које пре уласка у уговор морају да презентују будућим корисницима франшизе. У супротном, франшиза се претвара у „мачку у џаку“),

- уређење проблема односа између уговора о мастер франшизинџу и уговора о под-франшизинџу (трајање, последице престанка уговора о мастер франшизинџу на уговор о суб-франшизинџу, и др.),
- трајање уговора – обезбеђење правне сигурности и омогућавање амортизације уложених средстава корисника франшизе,
- престанак уговора – право на обнову уговора, пренос права из уговора, отказ, раскид, правила о пост-уговорној конкуренцији, престанак услед смрти и губитка пословне способности,
- одговорности даваоца франшизе за постојање, квалитет и заштитиу пренетих права – пре свега кроз одредбе о викарној одговорности даваоца мастер франшизе, и одговорности даваоца франшизе у случају пропуста у вршењу обавезе надзора и контроле над пословањем корисника и очувањем пословног концепта,
- рестриктивне клаузуле – забрана рестрикција у погледу одређивања цене и потрошача,
- заштитиа пошрошача – викарна одговорност даваоца франшизе и даваоца мастер франшизе у случају недостатка адекватне контроле, солидарна одговорност даваоца за робу коју сам производи или чије снабдеваче одређује и супсидијерна одговорност даваоца за квалитет производа услед пропуста у надзору над пословањем корисника франшизе.

Три су дакле, основна циља ових решења:

1. промоција франшизној концепцији и његових елемената,
2. обезбеђење предуговорне фазе, као најкритичније за настанак уговора,
3. увођење минимума империјативних правила којима се регулишу односи између уговорних страна са циљем успостављања еквивалентности и уношења уговорне симетрије.

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

## WHY AND HOW IS IT NECESSARY TO REGULATE FRANCHISING AGREEMENT IN SERBIA?

### Summary

*Following the devastation of the existing franchise systems during the nineties, franchise business in Serbia has received considerable momentum since 2007 thanks to favorable economic developments, but the education and the creation of first institutions in this area in Serbia are of no lesser importance. During the last three years franchising has shared the fate of the entire Serbian economy, not only because of the lack of money to import foreign and develop domestic franchise systems and or the enormous burdens on the economy, but the stagnation of franchise activities is a consequence of the reluctance of the banking sector to offer specific and more favorable financing to this activity, as well as of the absence of any vision and activities of the State in promoting and developing the franchise business. This paper sets out the arguments in support of the view of the necessity of regulating franchising in the future Serbian codification, as well as an explanation of solutions presented in the Pre-draft of the Civil Code of Serbia, which is based on a combined approach of obligations and legal norms which include the obligation of precontractual disclosure before entering into a contractual franchising relationship.*

**Key words:** *franchising agreement, precontractual disclosure, the Pre-draft of the Civil Code.*

### Додатак – табела упоредно-правне регулативе уговора о франшизингу

Елементи прегледа регулативе по земљама – земље које регулишу франшизинг, врста правног акта, врста регулативе (облигационо-правне норме, регистрација, предуговорно обавештавање) и година регулативе.

Великим болдираним словима су обележене европске земље које имају регулисану обавезу предуговорног обавештавања.

	Грађански законик	Други закон	LEX SPECIALIS	Подзак. Акта	Облиг. правне норме	DISCLOSURE	Регистрација	Година
<b>АЛБАНИЈА</b>	#				#	# (само предвиђа обавезу без регулисања садржине документа са обавештењима)		1994.
Аустралија					#	#		2006.
Белорусија	#				#		#	1999. рев. 2005.
<b>БЕЛГИЈА</b>	# (Трговински законик од 2014)		# (до 2014)			#		2006. <i>Dislosure law</i> допуњен 2014
Бразил			#		#	#		1994.
Канада – Алберта			#		#	#		1995.
Канада-Онтарио			#		#	#		2000.
Канада-Пр. Едвард Iceland			#		#	#		2007.
Хрватска	Само помиње франшизинг	#						1999.
Естонија		#			#			2002.

	Грађански законик	Други закон	LEX SPECIALIS	Подзак. Акта	Облиг. правне норме	DISCLOSURE	Регистрација	Година
<b>ФРАНЦУСКА</b>	# унето у Трговински законик чл. Л.330-1		#			#		1989.
Грузија	#				#			1997.
Индонезија				#	#	#	#	1997...2006
<b>ИТАЛИЈА</b>			#		#	#		2004.
Јапан		#				#		2002.
Казахстан			#					2002.
Литва	#				#			2000.
Малезија			#			#	#	1998.
Молдавија			#		#		#	1997.
Мексико		#			#	#	#	2006.
Молдавија	#		#		#		#	2003. 1997 л.с.
НР Кина				#	#			2004.
Р Кореја		#			#	#		2002.
<b>РУМУНИЈА</b>			#		#	#		1998.



	Грађански законик	Други закон	LEX SPECIALIS	Подзак. Акта	Облиг. правне норме	DISCLOSURE	Регистрација	Година
Руска Федерација	#				#		#	1996.
ШПАНИЈА		#				#	#	1998.
ШВЕДСКА			#			#		2006.
Украјина	#				#		#	2004.
САД			#			#		1979.
Вијетнам				#		#		2006.

Др Драјан ВУЈИСИЋ  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## У СУСПРЕТ НОВОЈ ДИРЕКТИВИ О „ПУТНИМ“ АРАНЖМАНИМА

### Резиме

*Предмет рада је приказ и анализа одредаба предлога Директиве о путовањима у пакет аранжманима и помоћошним пушним аранжманима којима се уређује подручје примене Директиве, информисање пушника, измене уговора о путовању пре почетка коришћења пакет аранжмана, раскид уговора о путовању пре почетка коришћења пакет аранжмана, одговорности за испуњење услуга путовања укључених у пакет аранжман, заштити пушника у случају insolventности организатора путовања и/или продавца. Поред одредаба Предлога нове Директиве коју је припремила Европска комисија, презентују се и амандмани који су у редовној законодавној процедури предложени од стране Европског парламента.*

**Кључне речи:** пакет аранжман, помоћошни пушни аранжман, пушник, организатор, продавац.

### I Претходне напомене

Директивом о пакет путовањима, пакет одморима и пакет турама<sup>1</sup> (у даљем тексту: Директива 90/314 ЕЕЗ) пружа се потрошачима,

---

1 Council Directive of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, *Official Journal of the EU*, L 158/59, 23.6.1990.

односно путницима, заштита која није доступна купцима појединачних услуга путовања. Кључна права потрошача установљена овом Директивом су: пре потписивања уговора прима све информације о путовању; постоји увек најмање једна страна (организатор и/или продавац) која је одговорна за правилно извршење свих уговором обухваћених услуга; ако не може отићи на путовање, своју резервацију може пренети на друго лице; цена путовања не може се изменити 20 дана пре поласка, а ван тог рока само у одређеним ситуацијама; може одустати од уговора и остварити повраћај новца ако је измењен и један од битних елемената уговора; ако организатор путовања откаже пакет аранжман има право на повраћај новца и накнаду штете; ако се након поласка не могу пружити важни делови пакет аранжмана, морају му се понудити алтернативна решења, без додатног трошка, како би се наставило путовање; у случају потешкоћа има право на правовремену помоћ; у случају insolventности организатора путовања и/или продавца, биће му враћени претходно уплаћени износи а ако је путовање већ започело омогућиће му се повратак у место поласка.

Међутим, од доношења Директиве 90/314 ЕЕЗ протекло је више од две деценије. За то време тржиште услуга путовања доживело је промене, посебно захваљујући интернету односно чињеници да се са све већим бројем корисника интернета, услуге путовање све чешће прибављају на интернету, као и настајањем нових комбинација услуга путовања. Мада и данас не мали број путника из ЕУ и даље купује пакет аранжмане на традиционалан начин (одлазе у туристичку агенцију како би уплатили своје туристичко путовање које је унапред спремила агенција са свим детаљима), све више путника уплаћује разне делове свог путовања одвојено или уплаћују прилагођена путовања која комбинују један или више трговински повезаних трговаца према потреби и укусу путника, посебно на интернету. У предмету *Club Tour*,<sup>2</sup> Европски суд правде је „утврдио“ да је комбинација туристичких услуга које пружа туристичка агенција како би се испунили специфични захтеви потрошача до тренутка закључења уговора обухваћена Директивом 90/314 ЕЕЗ. Ипак, упркос овој одлуци, појавила су се сложена питања и дошло је до судских поступака у државама чланицама,<sup>3</sup> јер остаје нејасно у којој мери су савремени начини комбиновања услуга путовања обухваћени Директивом 90/314 ЕЕЗ и да ли су трговци који се баве таквим комбиновањима одговорни за вршење одговарајућих услуга.

2 C-400 *Club Tour, Viagens e Turismo* против *Alberto Carlos Lobo Goncalves Garrido* и *Club Med Viagens*, ECR 2002, I-04051.

3 Нпр. предмети немачког *Bundesgerichtsof*-а од 30.9.2010. у предмету *Ха ZR 130/08* и холандског *Eerste kamer Hoge Raada* од 11.6.2010. у предмету *08/04611, SGR* против *ANVR* и др.

У том новом тржишном окружењу, садашњом Директивом 90/314 ЕЕЗ не задовољавају се више потребе потрошача и трговаца (организатора путовања и продаваца тј. туристичких агенција). Застарело подручје примене Директиве 90/314 ЕЕЗ доводи до тога да потрошачи који сматрају да су заштићени могу постати губитници при куповини путовања која нису обухваћена Директивом 90/314 ЕЕЗ. Такође, различитим правилима у разним државама чланицама, као последице принципа тзв. минималне хармонизације,<sup>4</sup> трговцима се отежава да „продају“ своје туристичке производе у другим државама, односно да прошире своје активности у другим државама чланицама ЕУ, јер не послују у једнаким и равноправним условима.<sup>5</sup> То доводи истовремено и до мањег избора за потрошаче. У пракси правна правила и њихова примена може се разликовати зависно од тога како и где се нуде аранжмани на продају и ко то чини, иако може бити речи о истим услугама путовања.

После дуготрајног чекања, 9. јула 2013. године у редовну законодавну процедуру упућен је предлог нове директиве<sup>6</sup> (у даљем тексту: Предлог Директиве) која мења и ставља ван снаге Директиву 90/314 ЕЕЗ. Предлог Европске комисије је у марту 2014. године након првог читања прихваћен уз амандмане од стране Европског парламента.<sup>7</sup>

Предлогом Директиве појашњава се постојећа Директива (90/314 ЕЕЗ) и усклађује с правним и тржишним развојем. Конкретно: подручје њене примене је шире и, осим „традиционалног“ пакет аранжмана обухвата и нове комбиноване путне аранжмане, тако што се у њено подручје примене укључују разни облици пакет аранжмана на интернету и потпомогнути путни аранжмани; обезбеђује се већа транспарентност

4 У извештају Комисије SEC (1999) 1800 о спровођењу Директиве 90/314 ЕЕЗ истакнуто је да у законима у којима се имплементира Директива у национално законодавство постоје битне разлике, јер се у њој примењује приступ минималног усклађивања и државама чланицама дата су широка дискрециона права, као и због нејасноћа у тексту.

5 The European Commission – Health and Consumers DG, Study on Consumer Detriment in the Area of Dynamic Packages, London, 2009, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/study\\_consumer\\_detriment\\_dyna\\_packages\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/study_consumer_detriment_dyna_packages_en.pdf), 10.3.2015.

6 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004, Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC, COM(2013) 512 final – 2013/0246 (COD), 9.7.2013.

7 European Parliament legislative resolution of 12 March 2014 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004, Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC, COM(2013)0512-C7-0215/2103/0246(COD), 12.3.2014.

омогућавајући свим путницима да јасно препознају да ли им је понуђен пакет аранжман или не, избегавајући тиме забуну; уклањањају се препреке пословању у другим државама чланицама помоћу уједначених правила о одговорношћу, *ad hoc* механизму за олакшавање узајамног признавања програма заштите у случају инсолвентности и др., чиме се трговцима отвара више могућности да прошире своје активности у разним државама чланицама; стављају се ван снаге посебна правила о брошурама, али се и даље обезбеђује да путник прими све кључне информације пре закључивања уговора и да се обавести о свим променама након тога; путницима се обезбеђују нова права отказивања (раскида) уговора; правила о ценама биће праведнија и предвидљивија увођењем горње границе за повећање цене; обезбеђују се јаснија правна средства и бољи правни систем заштите у случају неправилности у извршавању обавеза из уговора, повезујући недавно донесено законодавство ЕУ о алтернативном решавању спорова и решавању спорова путем интернета; рационализују се правила о уговорној одговорности; појашњавају се правила о заштити у случају инсолвентности трговца (обавезују се државе чланице да омогуће узајамно признавање националних програма заштите у случају инсолвентности у оквиру структуралног механизма сарадње).

Сврха нове Директиве (чл. 1) је да допринесе правилном функционисању унутрашњег тржишта и постизању високог нивоа заштите путника усклађивањем одређених аспеката закона и других прописа држава чланица ЕУ у вези с уговорима о путовањима у пакет аранжману и потпомогнутим путним аранжманима који се закључују између путника и трговаца.

## II Подручје примене

Подручје примене Предлога Директиве, иако и даље усредсређено на пакет аранжмане, у односу на Директиву 90/314 ЕЕЗ, шире је и обухвата нове комбиноване путне аранжмане, узимајући у обзир различите начине на које се услуге путовања могу комбиновати. Примењује се на пакет аранжмане и потпомогнутне путне аранжмане.

Према чл. 3 тач. 2 Предлога Директиве, „пакет аранжман“ представља комбинацију најмање две врсте услуга путовања за потребе истог путовања или одмора ако: (1) те услуге саставља исти трговац, укључујући на захтев путника или у складу с његовим избором, пре него што је закључен уговор о свим услугама (у складу с праксом Европског суда правде није важно комбинују ли се услуге путовања пре контактирања с путником или се то чини на његов захтев, односно по

његовом избору), или (2) независно од тога да ли су закључени посебни уговори с појединачним даваоцима услуга путовања, ако се те услуге: (а) купују на једној продајној тачки у оквиру истог поступка резервисања, (б) нуде или наплаћују по јединственој или укупној цени (јединствена, укупна цена није обавезан „кумулативан“ елемент пакет аранжмана него „алтернативан“), (в) оглашавају или продају под називом „пакет аранжман“ или под сличним називом, (г) комбинују након закључења уговора којим трговац путнику даје право избора између разних врста услуга путовања (нпр. поклон-пакети у оквиру пакет аранжмана), или (д) купују од различитих трговаца путем повезаних поступака резервисања на интернету ако се име путника (и други подаци као што су контактни подаци или подаци о пасошу) или подаци који су потребни за спровођење трансакције (нпр. подаци о кредитној картици или друге информације потребне за наплату) у вези са резервацијом преносе од једног до другог трговца најкасније када се потврди резервација прве услуге.

„Потпомогнути путни аранжмани“ (чл. 3 тач. 5)<sup>8</sup> представљају комбинацију најмање две врсте услуга путовања за потребе истог путовања које не представљају пакет аранжман а које за последицу имају закључивање посебних уговора с појединачним даваоцима услуга путовања, ако продавац (или један од даваоца услуга<sup>9</sup>) омогућава комбиновање: (1) на основу одвојених резервација приликом једне посете контактної тачки или контакта с њоме, или (2) путем циљног прибављања додатних услуга путовања од другог трговца преко повезаних поступака резервације на интернету најкасније када се потврди резервација прве услуге (примера ради ако уз потврду резервације прве услуге путовања, нпр. авио превоза, путник добије и понуду да резервише другу услугу путовања доступну на одабраном одредишту, нпр. смештај у хотелу, с линком на место резервисања другог даваоца услуга или посредника).

У циљу транспарентности, пакет аранжмани се разликују од потпомогнутих путних аранжмана, код којих туристичке агенције путем интернета или у пословницама путницима помажу у комбиновању услуга путовања, што доводи до тога да путник закључује посебне уговоре с различитим даваоцима услуга путовања, између осталог путем повезаног поступка резервисања. С друге стране, потпомогнуте путне аранжмане треба разликовати од услуга путовања које путници резервишу појединачно, често у различито време, па за потребе истог путовања.

8 Амандманом 41 Парламента предлаже се замена израза „потпомогнути путни аранжман“ изразом „повезани путни аранжман“.

9 Према амандману 45 Парламента.

Потпомогнуте путне аранжмане на интернету треба разликовати и од линкова преко којих се путници само уопштено обавештавају о даљим услугама путовања, на пример када хотел или организатор догађаја на свом *web*-сајту постави листу свих оператера који нуде услуге превоза до хотела или места догађаја независно од резервисања или ако се за оглашавање служе „колачићима“ и „метаподацима“.

За разлику од пакет аранжмана, на потпомогнуте путне аранжмане применљиво је само неколико одредаба Предлога Директиве: оне које се односе на заштиту у случају инсолвентности (чл. 15 и 16), на обавезу обавештавања путника да ће сваки појединачни давалац услуге бити једино одговоран за њено извршење (чл. 17), оне које успостављају одговорност продавца за грешке приликом резервације (чл. 19) и за случај да је седиште организатора путовања ван ЕУ, а продавца у ЕУ (чл. 18).

У сврху идентификовања пакет аранжмана и потпомогнутог путног аранжмана узима се у обзир комбинација најмање две врсте различитих услуга путовања, и то превоза путника, смештаја (смештај за потребе становања, не сматра се смештајем у смислу Предлога Директиве<sup>10</sup>), изнајмљивања аутомобила<sup>11</sup> или било која друга туристичка услуга која није помоћна услуга везана за превоз путника, смештај или изнајмљивање аутомобила.<sup>12</sup> Ако се пружају (само) две истоврсне услуге (нпр. превоз аутобусом и железницом) не ради се о пакет аранжману или потпомогнутном путном аранжману. С друге стране, одговор на питање да ли комбинација нпр. авионског превоза и изнајмљивања аутомобила на крајњој дестинацији представља пакет аранжман, сада је потврдан.<sup>13</sup> „Друге туристичке услуге“, као што су услуге везане за спортске, културне, религијске догађаје, и сл. у комбинацији с превозом путника, смештајем и/или изнајмљивањем аутомобила могу да представљају пакет аранжман или потпомогнути путни аранжман само ако чине знатан део пакет аранжмана (туристичка се услуга треба сматрати знатним делом пакет аранжмана ако се на њу односи више од 20 % укупне цене<sup>14</sup> или ако на други начин представља битан елемент путовања). Путно осигурање, превоз путника од станице до места

10 Према амандману 38 Парламента, смештај за потребе становања сматра се врстом туристичке услуге под условом да је јасно да такав смештај има туристичку сврху.

11 Амандманом 39 Парламента предлаже се да осим изнајмљивања аутомобила то могу бити и друга возила или друга превозна средства.

12 Чл. 3 ст. 1 Предлога Директиве.

13 S. Mason, M. Gatenby, „Proposals for a new Package Travel Directive: the definition of “package” and “assisted travel arrangement”“ *TLQ*, 2013, стр. 197.

14 Рецитал 13. У чешком праву то је изричито прописано, Hans Schulte-Nolke, Leonie Meyer-Schwickerath, *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, 2007, стр. 235.

смештаја, превоз пртљага, дневни оброци, чишћење у оквиру смештаја и сл. нису „друге туристичке услуге“, јер су несамосталне туристичке услуге у оквиру пружања или допуне услуга путовања.

Подручје примене ове Директиве не обухвата: путовања која трају краће од 24 сата ако не укључују смештај за ноћење;<sup>15</sup> пратеће уговоре којима се обухватају финансијске услуге; пакет аранжмане и потпомогнуте путне аранжмане купљене на основу оквирног уговора између путничког послодавца и трговца који је специјализован за организовање пословних путовања (већина путника који купују пакет аранжмане потрошачи су у смислу законодавства Уније у области заштите потрошача. Међутим, није увек једноставно разликовати потрошаче од представника, нарочито, малих предузећа или пословних људи који путовања у вези са својим послом или занимањем резервишу истим каналима као и потрошачи. За такве је путнике често потребан сличан ниво заштите. За разлику од тога, нарочито, велике компаније и организације путне аранжмане за своје запослене често организују на основу оквирних уговора с трговцима који су специјализовани за организовање пословних путовања. За други наведени тип путних аранжмана није потребан ниво заштите намењен потрошачима. Стога ће се ова Директива примењивати на лица на пословним путовањима само ако се таква путовања не организују на основу оквирних уговора);<sup>16</sup> пакет аранжмане код којих се највише једна услуга путовања (превоз, смештај, изнајмљивање аутомобила) комбинује са „другом туристичком услугом“ ако та услуга не чини знатан део пакет аранжмана (или, према амандману 36 Парла-

15 Изузимање тзв. „кратких путовања“ из подручја примене Директиве правда се избегавањем непотребног оптерећење за трговце, јер постоји мања потреба за заштитом путника у случају кратких путовања (рецитал 19). Међутим, ово изузимање, у теорији, изазива озбиљне критике, јер, нпр. једнодневни излети, када испуњавају услове за третман као пакет аранжмани, често су скупљи од других пакет аранжмана, па је имовина путника угроженија у односу на многе друге пакет аранжмане и/или је код неких (нпр. планинарење, параглајдинг, и сл.) сигурност живота и здравља путника угроженија од класичних пакет аранжмана, тако да је потреба за њиховом заштитом, често, израженија. Више: Вилим Горенц, Андреа Пешутић, „Разграничење организатора и посредника путовања“, *Зборник радова Правног факултета у Зајребу*, вол. 56, посебан број, 2006, стр. 420-421.

16 Амандманом 35 Парламента предлаже се замена израза „путничков послодавац“ изразом „пословни субјект у чије име путник путује“ (оквирне уговоре које закључују правна лица с организаторима путовања односе се не само на пословна путовања запослених правног лица него и на друга лица која не морају бити запослени код правног лица као што су нпр. чланови органа привредног друштва) и измена дела одредбе која говори о трговцу специјализованом за организовање пословних путовања брисањем дела „специјализованим за организовање пословних путовања“ (пословни субјекти могу закључити уговор о организовању пословног путовања како са трговцима који су специјализовани за пословна путовања тако и са онима који нису).



мента, ако је јасно да не представља разлог путовања или је јасно да се помоћна услуга не продаје као главни елемент путовања); самосталне уговоре о појединачним услугама путовања. Амандманом 33 Парламента, предлаже се да из подручја примене Директиве искључе и пакет аранжмани и повезани путни аранжмани које повремено нуде или састављају физичка или правна лица (непрофитне организације, попут добротворних организација, спортских клубова, школа и сл.) од чије се продаје односно омогућавања не остварује никаква директна или индиректна финансијска корист и код којих је одговорни трговац правилно обавестио путника о томе да се Директива не примењује на такве пакет аранжмане или путне аранжмане; а амандманом 37 Парламента да се из подручја примене искључе и пакет аранжмани који се састоје у аутобуском, железничком, бродском или ваздушном превозу путника у који је укључен смештај, ако је јасно да је главни елемент путовања превоз и да се такав превоз комбинује с другом услугом путовања (према томе, железнички превоз у спаваћим колима не може се квалификовати као пакет аранжман, за разлику од нпр. крстарења које обухвата бродски превоз и смештај у одговарајућу кабину<sup>17</sup>).

Уз пакет аранжмане и потпомогнуте путне аранжмане у члану 3 Предлога Директиве дефинишу се и други кључни изрази, као што су „организатор“, „продавац“, „путник“, и др.

„Организатор“ се дефинише као трговац<sup>18</sup> који директно или преко другог трговца, односно заједно са другим трговцем, комбинује и продаје или нуди на продају пакет аранжмане (чл. 3 тач. 8).<sup>19</sup> Тзв. динамични пакет аранжмани, код којих путници одлучују које ће услуге бити укључене у пакет аранжман, према броју трговаца који учествују у њиховом организовању, деле се на *one-trader* и *multi-trader* пакет аранжмане.<sup>20</sup> У овом другом случају у организовању пакет аранжмана учествује више од једног трговца. Тада, сви трговци који учествују у састављању пакет аранжмана сматрају се организаторима, осим ако је само један од њих одређен као организатор и путник је о томе обавештен.

„Продавац“ (чл. 3 тач. 9) се дефинише као трговац који није организатор, а који продаје или нуди на продају пакет аранжмане, или

17 Више: Вук Радовић, „Ширење појма уговора о организовању путовања“, *Право и привреда*, бр. 9/2014, стр. 304–306.

18 „Трговац“ је свако лице које делује за потребе своје трговачке, пословне, занатске или професионалне делатности (чл. 3 тач. 7 Предлога Директиве).

19 Амандманом 48 Парламента предлаже се да се организатором сматра и трговац који омогућава комбиновање и прибављање пакет аранжмана.

20 О динамичним пакет аранжманима види: The European Commission – Health and Consumers DG, Study on Consumer Detriment in the Area of Dynamic Packages.

омогућава прибављање услуга путовања које су део потпомогнутог путног аранжмана. помажући путницима у закључивању посебних уговора о услугама путовања с појединачним даваоцима услуга (према амандману 50 Парламента, један од појединачних давалаца услуге путовања може бити и сам продавац). Према томе, туристичка агенција може се сматрати продавцем, у смислу Предлога Директиве, само ако ни на који начин није учествовала у састављању пакет аранжмана.

„Путник“ је свако лице које намерава да закључи уговор или има право путовања на основу уговора о путовању у пакет аранжману или потпомогнутом путном аранжману, укључујући лица на пословним путовањима ако не путују на основу оквирног уговора с трговцем специјализованим за организацију пословних путовања (чл. 3 ст. 6). Појам „путник“, видимо, обухвата и лица која одлазе на путовање у сврху која је повезана са њиховом пословном или професионалном делатношћу, ако на такво путовање одлазе на основу уговора који је закључен на исти начин на који би такав уговор закључили када на путовање одлазе у сврху која није у оквиру њихове пословне или професионалне делатности. На овај начин Предлог Директиве сужава појам „путник“ у односу на појам „потрошач“ из Директиве 90/314/ЕЕЗ којом су обухваћени и путници који путују на основу и оквирног уговора који је њихов послодавац закључио са трговцем специјализованим за организацију пословних путовања. Даље, поједностављује се појам путника, јер се не прави разлика између главног уговарача, других корисника и пријемника.<sup>21</sup> Новина коју доноси Предлог Директиве у односу на Директиву 90/314/ЕЕЗ је и замена израза „потрошач“ изразом „путник“, чиме се избегава могућа забуна до које може доћи с обзиром на садржај појма „потрошач“ из других директива које се односе на заштиту потрошача.<sup>22</sup>

### III Информисање путника

У члану 4 Предлога Директиве наводе се предуговорне информације које организатор, и према потреби продавац, мора пружити путницима који желе купити пакет аранжман. Кључне информације односе се на карактеристике путовања (одредиште, план путовања, периоде боравка с датумима, средства и категорије превоза, место по-

21 Вук Радовић, „Појам потрошача код уговора о организовању путовања“, у: Thierry Bourgoignie, Татјана Јованић (уредници), *Strengthening Consumer Protection in Serbia (Јачање заштите потрошача у Србији)*, Београд, 2013, стр. 134.

22 Више: В. Радовић, „Појам потрошача код уговора о организовању путовања“, стр. 127-129.

ласка и повратка с датумом и временом, главне особине и туристичка категорија смештаја и др.); укупну цену пакет аранжмана укључујући порезе и према потреби све додатне накнаде, таксе и друге трошкове (ако информација о овим накнадама није пружена путнику, путник неће сносити те трошкове, што је у складу са решењем Директиве о правима потрошача 2011/83); начин плаћања; најмањи број лица потребан за извршење пакет аранжмана и рок за могуће отказивање извршења пакет аранжмана, ако се тај број не постигне; информације о обавезама у вези са пасошима, визама и информације о здравственим формалностима; потврда да услуге представљају пакет аранжман (према амандману 64 Парламента у кључне информације спадало би и обавештење о праву путника и организатора на раскид уговора, као и о праву путника на замену са њиховим последицама).

Једно од побољшања Предлога Директиве, састоји се у обавези пружања довољно информација путнику за случај да услуга није реализована (када трговац откаже услугу или је дошло до промене у аранжману). За разлику од већине захтева у погледу информисања на нивоу ЕУ који се претежно фокусирају на предуговорну фазу, Предлогом је предвиђено да „узимајући у обзир специфичности уговора о путовању у пакет аранжману, права и обавезе уговорних страна би требало да буду утврђене у периоду пре и након почетка путовања, нарочито ако путовање није прописно реализовано или је дошло до промене појединих околности“ (рецитал 25). Уобичајено је за неке организаторе и продавце, као и авио превознике и хотелијере да само обавесте путнике о доступности алтернативних услуга, али не и о њиховом праву да им буде враћен новац, у складу са регулативом туристичког права. Ови трговци користе правну празнину нарушавањем избора потрошача када бирају између алтернативних услуга или раскида уговора. Иако се ово може сматрати непоштеном пословном праксом, потребно је увести додатна правила о информисању, као гаранцију ефикасног остваривања права потрошача.

Информације се могу пружити у различитим формама, укључујући дигиталне и онлајн формате. Организаторима и продавцима је омогућено да путнику пруже кључне информације на свом интернет сајту, мада још увек није потпуно јасно када се интернет сајт, у потрошачком праву ЕУ, може квалификовати као трајни медијум. Суд правде ЕУ изразио је становиште да се „обичан“ интернет сајт не може сматрати трајним медијумом, иако то не искључује могућност да могу постојати софистицирани вебсајтови који испуњавају услове да би се могли сматрати трајним медијумом.<sup>23</sup> У теорији, тим поводом, исказано је мишљење да интернет сајт треба квалификовати као трајни медијум када, неза-

23 ECJ 5.7.2012, C-49/11 – Content Services.

висно од омогућавања потрошачу да складишти информације онолико дуго колико је за њега релевантно да заштити своје интересе који произилазе из његовог односа са оператором, информације могу бити складиштене на тај начин да није могуће да се трговац касније позове на информације које је он једнострано променио.<sup>24</sup> Комисија је изразила став да „са појавом интернета постоји мања потреба за посебним штампаним информацијама“ и да „постојећа правила наводе трговце да беспотребно штампају свој рекламни материјал, што им ствара непотребне трошкове“. Комисија, такође, додаје да Предлог Директиве обезбеђује да ће путници примити све кључне информације пре закључења уговора и да било које потенцијалне важне вести након тога, као што је на пример промена плана путовања, морају бити саопштене путнику у писменој форми (укључујући *e-mail*).<sup>25</sup>

При пружању информација трговац треба узети у обзир и посебне потребе путника с обзиром на њихово животно доба, здравствено стање и сл. (деца испод одређених година или труднице).

#### IV Измене уговора пре почетка пакет аранжмана

Слично као у чл. 4 ст. 3 Директиве 90/314 ЕЕЗ, у члану 7 Предлога Директиве уређују се услови под којима се може остварити право путника на пренос пакет аранжмана на друго лице (благовремено односно у разумном року пре почетка путовања<sup>26</sup> на лице које испуњава услове из уговора). Организатор има право на надокнаду трошкова, ако је то оправдано, на пример ако давалац услуге наплаћује замену имена путника или поништава возну карту и издаје нову. Ти трошкови не могу бити неразумни и не могу прелазити стварне трошкове које сноси организатор. Одговорни за њихово плаћање су солидарно путник који преноси и путник на кога се преноси уговор („преносилац“ и „пријемник“ уговора). Сходно појму путника (...лице које има право путовања у пакет аранжману...), пријемник ужива, као путник, правну заштиту предвиђену Директивом.

24 Josep Maria Bech Serrat, „An overview of the proposal for a new Package Travel Directive“, *IFTA Law Review*, бр. 1/2014, стр. 4-5.

25 Члан 3 Саопштења Комисије Европском парламенту, Савету, Европско Економском и социјалном комитету и Комитету за доношење прописа ЕУ у области туристичког путовања у дигитално доба од 9. јула 2013. године (Communication from the Commission to the European Parliament and Social Committee of the bringing the EU Package Travel Rules into the Digital Age of 9 July 2013, COM (2013) 513 final).

26 Амандман 82 Парламента предлаже се да се уместо недовољно одређеног периода „разумни рок“ прецизира обавеза путника да обавести организатора или продавца „у року од највише 7 дана“ о преносу уговора пре почетка пакет аранжмана.

Полазећи од начела да су договорене цене обавезујуће, у чл. 8 Предлога Директиве утврђују се правила о могућности и последицама измена цена, с обзиром на то да се уговори о путовању у пакет аранжману често закључују дуги период унапред. Та се правила заснивају на сличним, али не и идентичним правилима оним у чл. 4 Директиве 90/314 ЕЕЗ. Задржано је право организатора на повећање цене везано за трошкове за гориво, порезе и промене девизног курса, али се у односу на Директиву 90/314 ЕЕЗ изричито предвиђа да измена цене може бити последица и повећања туристичких такси, да се цене не могу повећавати за више од 10% цене пакет аранжмана и да ће повећање бити ваљано само ако организатор о томе на трајном медијуму обавести путника, најкасније 20 дана пре почетка. Такође, пошто организатор задржава право повећања цена, путницима је сада исто тако обавезан осигурати и снижење цена.<sup>27</sup>

У вези са изменама, које се не односе на цене, утврђују се посебна правила за „мање значајне“ и „значајне промене“ (чл. 9). Основно правило је да организатор не може једнострано мењати услове уговора. Ипак, у одређеним случајевима и под одређеним кумулативно испуњеним условима организаторима се допушта уношење једностраних измена у уговор о путовању у пакет аранжману (ако је то право задржао у уговору, ако је измена безначајна, ако о изменама обавести путника, као и о његовим правима). С друге стране, ако се предложеним изменама битно мења било која главна карактеристика услуга путовања, путници имају право на раскид уговора, уз повраћај уплаћених износа (у року од 14 дана од дана раскида уговора, а не више „што је пре могуће“) или снижење цене, ако измена уговора има за последицу мање квалитетан или јефтинији аранжман, а путник није раскинуо уговор или према амандману 94 Парламента, могу прихватити од организатора понуђени тзв. заменски пакет аранжман. У супротном, измена уговора сматра се прихваћеном.

---

27 Амандманом 86 Парламента предлаже се увођење новог става 1а чл. 8, према коме би смањење цене од 3% или више, ишло у корист путника, док повећање цене може сносити путник само ако се цена мења за 3% или више. Такође, да у случају снижења цене за 3% или више организатор може урачунати паушални износ од 10 евра по путнику за административне трошкове. Амандманом 87 Парламента предлаже се да повећање цене може износити највише 8% (не 10% као у Предлогу Комисије) и да ако премаши 8% цене путовања, путник има право да без санкција у одређеном разумном року раскине уговор; у супротном, сматра се да је прихватио измену цене.

## V Раскид уговора пре почетка пакет аранжмана

Неке одредбе Директиве 90/314 ЕЕЗ не само што су застареле и недовољно јасне него остављају и правне празнине, као што је непостојање права путника на раскид уговора о пакет аранжману. За разлику од Директиве 90/314 ЕЕЗ, у члану 10 Предлога Директиве за путнике је садржано право раскида пре почетка пакет аранжмана. Право путника на раскид уговора одговара правилима и пракси у државама чланицама ЕУ, с тим да функција овог права није да омогући путнику (потрошачу) да поново размисли о својој одлуци о учешћу у путовању у оквиру одређеног временског периода (није то право на одустанак од уговора из потрошачких директива).

Предлог Директиве разликује две ситуације. У првој, путници ће имати право да раскину уговор пре поласка, уз плаћање надокнаде организатору за настале трошкове. Накнада за организатора мора да буде одговарајућа, израчуната на основу разумних стандардизованих провизија за раскид, заснованих на времену раскида, уобичајеним уштедама трошкова и приходу од пружања услуга путовања другом кориснику, или у одсуству стандардизованих провизија, према цени пакет аранжмана умањеној за трошкове уштеде организатора. У другој, путници могу раскинути уговор без плаћања накнаде штете. У овој ситуацији право путника на раскид је условљено постојањем „објективних“ препрека које настају након резервације, а пре почетка путовања, које знатно утичу на реализацију пакет аранжмана, као што су природне катастрофе, ратови, озбиљне незгоде, тешке болести, смртни случај у породици и слични догађаји („неизбежне и ванредне околности“) на одредишту или у његовој непосредној близини или на путу према одредишту. Постојање неизбежних и ванредних околности треба сматрати посебно у случају када се у поузданим и јавно доступним извештајима, као што су препоруке које издају надлежни државни субјекти, саветује да се не путује у место одредишта. Када су у питању околности које се односе на путника, такве околности требају бити одговарајуће документоване.

У посебним ситуацијама и организатор путовања има право на раскид уговора пре почетка пружања услуга пакет аранжмана без плаћања надокнаде путнику, уз обавезу повраћаја путнику уплаћених износа (у року од 14 дана). Те „посебне ситуације“ су ако се не достигне минимални број учесника путовања или ако организатора у извршењу уговора спречавају неизбежне и ванредне околности. Организатор ће имати право на раскид уговора, без надокнаде путнику, ако је та могућност предвиђена у уговору и ако благовремено о отказивању па-

кет аранжман обавести путника (не касније од 20 дана ако се не достигне минимални број учесника путовања,<sup>28</sup> односно без непотребног одлагања ако се ради о неизбежним и ванредним околностима).

## VI Одговорност за извршење пакет аранжмана

За разлику од Директиве 90/314 ЕЕЗ, према Предлогу Директиве за извршење услуга пакет аранжмана обухваћених уговором одговоран је (само) организатор пакет аранжмана, без обзира на то извршава ли те услуге организатор или други даваоци услуга (чл. 11 ст. 1 Предлога Директиве).<sup>29</sup> Стога се продавцима, туристичке агенције с пословницом или на интернету, омогућава деловање у својству обичног продавца или посредника и не одговарају као организатори пакет аранжмана, ако у својству организатора наступа други трговац.<sup>30</sup> Одлука о томе наступа ли трговац као организатор за дотични пакет аранжман зависи од његовог учешћа у састављању пакет аранжмана, а не од назива под којим он води своје послове. Кључно је ко саставља, а не ко продаје пакет аранжман. Ако два или више трговаца учествују у састављању комбинација услуга путовања које чине пакет аранжман и ако они путника нису информисали о томе ко је од њих организатор пакет аранжмана, сви ти трговци сматрају се организаторима и одговорни су за извршење пакет аранжмана.

Од наведеног правила о одговорности постоји неколико изузетак. Прво, продавац који организује резервисање пакет аранжмана или потпомогнутог путног аранжмана, односно који омогућава резервисање таквих услуга одговоран је за све грешке до којих дође у поступку резервације, осим ако се те грешке могу приписати путнику или неизбежним и ванредним околностима (тзв. грешке у резервисању, чл. 19 Предлога Директиве). Друго, ако се пакет аранжман продаје путем продавца из ЕУ, а организатор има седиште ван ЕУ, путници ће моћи тра-

28 Амандманом 102 Парламента, предлаже се да рок обавештавања путника од стране организатора буде (најкасније) 20 дана пре почетка пакет аранжмана код путовања дужих од шест дана, седам дана код путовања у трајању од 2–6 дана, 48 сати у случају једнодневних путовања.

29 Амандманом 109 Парламента предлаже се да државе чланице могу задржати или увести одредбе према којима је продавац, такође, одговоран за извршење пакет аранжмана (дакле, солидарна одговорност организатора и продавца пакет аранжмана).

30 У правној теорији постоји мишљење да би требало установити појединачну одговорност организатора и продавца, тј. одговорност сваког трговца за онај део штете који се њему може приписати, у вези са извршењем свих обавеза које произилазе из уговора, а не само у вези са извршењем услуга. J. M. B. Serrat, *нав. чланак*, стр. 5.

жити накнаду штете директно од продавца (чл. 18 Предлога Директиве). Треће, у односу на пакет аранжмане продавци су заједно са организатором одговорни за пружање предуговорних информација. Четврто, када су у питању потпомогнути путни аранжмани, даваоци услуга су искључиво одговорни за правилно уговорено извршење својих услуга (чл. 17 Предлога Директиве).

Одговорношћу организатора, односно продавца пакет аранжмана не доводи се у питање њихово право регреса од сваког трећег лица које је проузроковало догађај који је довео до обавезе плаћања накнаде штете, снижења цене или друге обавезе (чл. 20 Предлога Директиве).

У члановима 11 и 12 Предлога Директиве путнику се обезбеђују правна средства у случају несаобразности, укључујући неизвршење или неправилно вршење услуга или недостатке у вршењу услуга путовања. Та правила заснивају се на истим начелима, као и чл. 5 и 6 Директиве 90/314 ЕЕЗ, али се приказују систематичније, уз одређена појашњења и решавања проблема везаних за извесне правне празнине.

У члану 11 Предлога Директиве утврђује се обавеза организатора пакет аранжмана да уклони несаобразност, осим ако је она несразмерна или пружи алтернативна решења за наставак пружања услуга пакет аранжмана, без додатних трошкова за путника, ако се значајан део услуга не може пружити како је предвиђено уговором.<sup>31</sup> Друга наведена обавеза примењује се и ако путнику није омогућен повратак на место поласка како је договорено. Ако организатор није у могућности понудити прикладна алтернативна решења или их путник не прихвата зато што нису упоредива с оним што је договорено у уговору, организатор је дужан, ако је у пакет аранжман укључен и превоз путника, путнику без додатног плаћања обезбедити одговарајући превоз до места поласка или другог места на које је путник пристао и надокнадити му штету. Ако се не може обезбедити благовремени повратак путника због неизбежних и ванредних околности, организаторова одговорност сношења трошкова наставка боравка ограничава се на 100 ЕУР по ноћењу и три ноћи по путнику (ст. 5).<sup>32</sup> Ограничење трошкова не примењује се на лица

31 Амандманом 106 Парламента предлаже се увођење новог става 4а члана 11, према коме би путник могао раскинути уговор, ако се ради о битном недостатку саобразности, као и ако накнадно извршење није могуће или није успело.

32 Амандман 107 Парламента – предлаже се следећи текст чл. 11 ст. 5 „ако се због неизбежних и ванредних околности путнику не може омогућити правовремени повратак, организатор не сноси трошкове даљег боравка за више од 5 ноћења по путнику. Организатор договара смештај у складу са категоријом хотела који је првобитно резервисао. Путник може сам резервисати смештај само ако организатор изричито изјави да не жели или није у могућности резервисати смештај. У таквим случајевима организатор може ограничити трошак смештаја на 125 евра по ноћењу по путнику“.



смањене покретљивости, лица у њиховој пратњи, труднице и децу без пратње, као и лица којима је потребна посебна медицинска помоћ, ако је организатор о њиховим посебним потребама благовремено обавештен (у тренутку закључења уговора, односно најмање 48 сати пре почетка аранжмана).<sup>33</sup> Организатор се не може позивати на неизбежне и ванредне околности у сврху ограничавање трошкова ако се одговарајући даваоци превозних услуга на такве околности не могу позивати.

У члану 12 Предлога Директиве садржане су одредбе о снижењу цена у вези са несаобразношћу у вршењу услуга пакет аранжмана и алтернативним решењима која за последицу имају пакет аранжман нижег квалитета, као и о накнади штете. У складу с одлуком Европског Суда правде у предмету *Simone Leitner*,<sup>34</sup> у ст. 2 појашњава се да, поред права на накнаду имовинске штете, путник има и право на надокнаду нематеријалне штете.<sup>35</sup> Путник нема право на снижење цене или накнаду штете, ако организатор докаже да се она може приписати путнику, или трећем лицу које ничим није повезано с пружањем уговорених услуга и да је неизвршење непредвидиво или неизбежно, или да је настало као последица неизбежних и ванредних околности. Такође, и ако путник организатора без непотребног одлагања не обавести о свакој несаобразности коју уочи на лицу места, ако је та обавеза јасно и изричито наведена у уговору и ако је разумна имајући у виду околности случаја.

Директива 90/314 ЕЕЗ једина је директива из области потрошачког права која регулише питање накнаде штете у ситуацији у којој су питања у вези са одговорношћу за штету значајно повезана са националним правом. Предлогом Директиве се жели пружити још комплетнија регулатива. Тако, дозвољено је уговорним странама да ограниче износ накнаде организатора, под условом да се то ограничење

33 Ово је усклађено са новим чланом 4 додатим члану 9 Уредбе о правима авио путника бр. 261/2004 и чл. 1 ст. 9 (б) Предлога Уредбе о изменама Уредбе о правима авио путника и Уредбе о одговорности авиопревозника за превоз путника и њиховог пртљага.

34 C-168/00 *Simone Leitner* против TUI Deutschland & Co. KG.

35 Код одговорности за неимовинску штету, штетна радња састоји се у повреди уговорне обавезе (неиспуњење, делимично испуњење или неуредно испуњење обавезе које се односе на план путовања, врсту и категорију смештајног објекта, посебне захтеве путника које је организатор прихватио, пропуштање презентовања обавезних информација, неовлашћено одавање података о путнику, прљагу трећим лицима, и сл.) а штета у повреди неког личног права (повреда душевног и телесног интегритета и огледа се у претрпљеном физичком и душевном болу, као што је нпр. покварено задовољство путовања за време годишњег одмора и празника, и сл.). Више: Marco Loos и др., „Compensation for Non-Material Damage under the Directive on Package Travel“, *European Review of Private Law*, бр. 1/2003, стр. 91–102.

не примењује на телесне повреде и штету проузроковану намерно или крајњом непажњом, као и да износ ограничења није мањи од троструке укупне цене путовања. Поред тога, иста ограничења одговорности појединачних давалаца услуга (износ накнаде и услови под којима се плаћа) предвиђена међународним конвенцијама из области туристичких услуга важе и за организаторе.

Чланом 13 Предлога Директиве предвиђа се да путници, осим организатору путовања, своје поруке, притужбе или захтеве могу упутити продавцу (многим путницима прва контактна тачка је продавац пакет аранжмана преко кога су резервисали пакет аранжман), који је дужан да их без одлагања проследи организатору пакет аранжмана. У тренутку када је продавац примио обавештење (притужба, захтев и сл.) сматра се као да је примио организатор. Ово је разумно, јер је време за пријем таквих пријава одлучујуће за утврђивање поштовања временских ограничења или рокова застарелости. Путници имају могућност да своје захтеве директно упућују и даваоцима појединачних услуга (превозницима, хотелијерима и др.), али не могу кумулирати права на различитим правним основама, ако се тим правима штите исти интереси или ако она имају исти циљ.

У складу с чланом 14 Предлога Директиве, организатори пакет аранжмана су путницима који се нађу у тешкоћама обавезни пружити благовремену помоћ. Помоћ се, углавном, састоји од пружања информација у вези са здравственим услугама, органима локалне власти, конзуларној помоћи, као и од практичне помоћи у вези са нпр. успостављањем комуникације на даљину или проналажењу алтернативних решења за путовање. Ако је ситуација која захтева пружање помоћи настала немаром или намером путника, организатор пакет аранжмана има право на разумну накнаду, која не може да премаши стварне трошкове организатора.

## **VII Заштита у случају инсолвентности**

Директивом 90/314 ЕЕЗ утврђена је обавеза гаранције организатора и/или продавца пакет аранжмана за повраћај уплаћеног новца и повратак путника у место поласка у случају њихове инсолвентности. Међутим, због различитих правних решења у државама чланицама ЕУ, то је често доводило до двоструких трошкова за организаторе и продавце.

У складу с чланом 15 Предлога Директиве овој обавези подлежу организатори пакет аранжмана и продавци који омогућавају куповину потпомогнутих пакет аранжмана. Државе чланице обезбеђују да пут-

ници који купују пакет-аранжмане или потпомогнуте путне аранжмане уживају пуну заштиту у случају инсолвентности организатора, продавца који је омогућио потпомогнути путни аранжман или било којег даваоца услуга. Државе чланице у којима организатори пакет-аранжмана и продавци који су омогућили потпомогнути путни аранжман имају пословно седиште, морају обезбедити да (организатори и продавци) положе осигурање за повраћај свих износа које су путници уплатили као и, ако је у услугу укључен и превоз, њихов повратак у место поласка у случају инсолвентности (нејасно је да ли солвентност трговца, тј. туристичке агенције, треба да буде обезбеђена пре почетка обављања активности, јер Предлогом Директиве не захтева се њихово обавезно лиценцирање). Док задржавају право дискреције у вези с начином на који се пружа заштита, државе чланице морају осигурати ефикасност својих националних програма заштите у случају инсолвентности, те да се у оквиру тих програма путницима који трпе штету због инсолвентности организатора и продавца може гарантовати правовремен повратак у место поласка и повраћај уплаћеног новца. При пружању обавезне заштите у случају инсолвентности треба узети у обзир стварни ниво финансијског ризика у вези с активностима које предузима организатор, продавац или давалац услуга, укључујући врсту комбинације услуга путовања које продају, предвидиве сезонске осцилације, као и висину претходно уплаћених износа и начин на који су ти износи осигурани. За заштиту путника у случају инсолвентности ирелевантно је место боравка путника, место поласка, где се путни аранжман или потпомогнути путни аранжман продаје.

Како би се олакшало прекогранично пословање, чланом 16 Предлога Директиве изричито се осигурава узајамно признавање заштите у случају инсолвентности, која се пружа у складу са законом државе чланице у којој организатор односно продавац има пословно седиште. Тим се решењем узима у обзир и недавно оцењивање Директиве о услугама које је показало да одређене државе чланице и даље не прихватају покриће осигурањем потребно за туристичке агенције туроператере у држави чланице њиховог пословног седишта, чиме су присиљени удвостручити трошкове у другим државама. Јачањем узајамног признавања заштите у случају инсолвентности уклониће се у највећој могућој мери и препреке прекограничној трговини и смањити трошкови усклађивања за трговце који желе пословати преко границе, а у исто време омогућити равноправни услови пословања на тржишту услуга путовања.

**Dragan VUJISIĆ, PhD**

**Associate Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac**

## **TO MEET UP THE NEW DIRECTIVE ON PACKAGE TRAVEL**

### **Summary**

*The subject of the paper is the overview and the analysis of provisions of the Proposal for a Directive on package travel and assisted travel arrangements. The following topics are covered: the subject matter of Directive, the scope of application of Directive, informing of traveler, changes of agreement on package travel before beginning of the using of package travel, termination of agreement on package travel before beginning of the using of package travel, liability for performance of the services included in package travel, protection of travelers in the event of insolvency of the organizer and/or retailer. Beside provisions of the Proposal for a new Directive, prepared by European Commission, amendments, proposed by European Parliament in regular legislative procedure, are presented as well.*

**Key words:** *package travel, assisted travel arrangement, traveler, organizer, retailer.*

Др Вук РАДОВИЋ, LL.M.  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## ПОСРЕДНИЧКИ УГОВОР О ПУТОВАЊУ\*

### Резиме

*Посреднички уговор о путовању је један од први правног уговора уређена Законом о облигационим односима. Према овај уговор не спада у правно компликоване уговоре, два основна разлога су одредила аутора за његово детаљније проучавање: 1) ово је уговор који има велики практичан значај, јер их путовници често закључују са туристичким агенцијама; и 2) тренутно је у току писање Грађанског законика Републике Србије, где је ово прилика да се важећа решења још једном преиспитају. Правна анализа је показала значајне недостатке у позитивној правној регулативи овог уговора, где је у овом раду аутор предложио како би ове одредбе требало *de lege ferenda* формулисати. Коначно, посебан значај у раду се придаје ситуацији када путовник закључује посреднички уговор са туристичком агенцијом која је у исто време и провински заснован индвидуалној друштва туристичких услуга.*

**Кључне речи:** посреднички уговор о путовању, путовник, туристичка агенција – посредник, уговор о налоју, Бриселска конвенција, Закон о облигационим односима, Преднацрт Грађанског законика.

---

\* Рад је настао као резултат рада на пројекту „Идентитетски преображај Србије“ (2015), чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

## I Увод и термилошке напомене

На тржишту туристичких услуга постоје три основне категорије субјеката: 1) пружаоци туристичких услуга, као привредни субјекти који стварају туристичке производе и нуде их трећим лицима уз одговарајућу цену; 2) корисници туристичких услуга, у пракси познатији као путници, као лица која користе понуђене туристичке производе и за то плаћају одговарајућу цену; и 3) посредници између пружалаца и корисника туристичких услуга. Премда пружаоци и корисници могу и непосредно да закључују уговоре, данас је много чешће да се између њих интерполирају посредници. Посредник у туризму је генерички термин који означава стручно лице које спаја туристичку понуду и тражњу, а њихове услуге користе подједнако и пружаоци и корисници.<sup>1</sup> Тако је могуће да путник ангажује туристичку агенцију (посредника), примера ради, у циљу закључења одређеног уговора са одређеним угоститељем. Исто тако, посредника може да ангажује и пружалац туристичких услуга, у циљу ефикасније „продаје својих производа“.

У економском смислу, термин посредовање је адекватан, јер указује на економску суштину активности туристичких агенција – посредника, а то је посредовање између пружалаца и корисника туристичких услуга.<sup>2</sup> Међутим, када се са економског пређе на правни терен, термин „посредовање“ постаје непримерен. Посредовање у трговинском праву има уско и прецизно значење, које не одговара широком појму посредовања у економији.<sup>3</sup> Све ове термилошке разлике су дошле до изражаја приликом усвајања Међународне конвенције о путничким уговорима (даље у тексту: Бриселска конвенција),<sup>4</sup> која је поред уговора о организовању путовања, уредила и посреднички уговор о путовању (енгл. *intermediary travel contract*). Већ из назива овог уговора је јасно да су се писци конвенције руководили терминологијом која је била уобичајена у туристичкој пракси. Имајући у виду да је текст Бриселске конвенције представљао основу за позитивноправну регулативу овог уговора садржану у Закону о облигационим односима, не чуди да се и у Србији овај уговор назива посреднички уговор о путовању,<sup>5</sup> премда то

1 Слично: Vilim Gorenc, Andrea Pešutić, „Razgraničenje organizatora i posrednika putovanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 56, No. Posebni broj, 2006, стр. 20.

2 Види: Вјекослав Шмид, *Путничка агенција и њени уговори с путницима и даваоцима услуга*, Савремена администрација, Београд, 1977, стр. 50–51.

3 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 51.

4 International Convention on Travel Contracts (CCV) (даље у фуснотама: Бриселска конвенција), Brussels, 23.4.1970.

5 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99 (даље у фуснотама:

не одговара његовој правној природи. Одредбе посредничког уговора о путовању су без измена пренете и у Преднацрт Грађанског законика Републике Србије.<sup>6</sup>

Појам посредничког уговора о путовању је двоструко сужен у односу на исти појам у економском смислу те речи. Прво, ово је уговор који посредничка туристичка агенција закључује са путницима, што значи да из обухвата овог уговора испадају сви они „посреднички“ уговори које туристичке агенције закључују са пружаоцима туристичких услуга. Друго, посреднички уговор о путовању не обухвата ни све уговоре које туристичке агенције закључују са путницима, већ само оне којима се туристичка агенција обавезује да у име путника закључи уговор о организовању путовања или уговор о пружању индивидуалне туристичке услуге.

## II Опште карактеристике посредничког уговора о путовању

### 1. Уговорне стране

Посреднички уговор о путовању се закључује између туристичке агенције и путника. За правилно разумевање овог уговора потребно је прецизирати ове појмове.

#### а) Туристичка агенција – посредник путовања

Посредник путовања је доминантнија уговорна страна код посредничког уговора о путовању. Имајући у виду да друга уговорна страна плаћа накнаду, јасно је да посредник путовања пружа карактеристичну престацију у оквиру овог уговора.

За разлику од многих других уговора, где се уговорне стране дефинишу само преко права и обавеза, код посредничког уговора о путовању постоји и статусноправно дефинисање појма посредника путовања. Овакву праксу је започела Међународна конвенција о путничким уговорима (даље у тексту: Бриселска конвенција).<sup>7</sup> Она је посредника путовања (енгл. *travel intermediary*) дефинисала као лице које

ЗОО), Глава XXV.

6 Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт – Грађански законик Републике Србије: Друга књига – Облигациони односи*, Београд, 2014, доступно на адреси: [http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C\\_Obligacioni\\_odnosi.pdf](http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf), 20.3.2015 (даље у фуснотама: Преднацрт СГЗ), чл. 1113–1117.

7 Бриселска конвенција, чл. 1(1)(6).

уобичајено или редовно преузима да изврши посреднички уговор о путовању, без обзира да ли је то његова основна делатност и да ли он ту делатност врши на професионалној основи.<sup>8</sup> Из наведене дефиниције се може закључити да Бриселска конвенција не захтева да посредник путовања буде трговац, тј. не захтева се да делатност посредовања у путовању спада у оквир његовог занимања. Са друге стране, конвенција не дозвољава ни да то лице буде потпуни лаик у овом послу, јер критеријум „уобичајености или редовности“ упућује на то да се захтева одређено искуство посредника или барем његова упућеност у послове посредовања. Трајна понуда ових услуга од стране нетрговца би била довољна за стицање својства посредника путовања.

Закон о облигационим односима користи термин посредник за означавање ове уговорне стране, а само на једном месту га назива посредником у организовању путовања. Ако се изузме ова ситна недоступност, одмах се може упутити и прва критика законској регулативи: ако се законодавац већ определио за генерички појам посредника, он је морао ово лице да назове посредник у путовању или скраћено посредник путовања, како би га и терминолошки одвојио од посредника код уговора о посредовању.

Закон о облигационим односима није дефинисао појам посредника у путовању, на основу чега се *prima facie* може закључити да овај појам обухвата свако физичко или правно лице које се обавезује да, у име и за рачун путника, закључи неки уговор о пружању туристичких услуга, без обзира на то да ли ту делатност врши на професионалној основи.<sup>9</sup> Међутим, овако широко схватање појма посредника у путовању не треба прихватити. Посредник у путовању може бити само туристичка агенција. Она представља трговца, који на професионалној основи (у виду занимања) трајно и стручно пружа услуге уобичајене у туристичком промету.<sup>10</sup> Посреднички уговор о путовању може закључити свака туристичка агенција, без обзира да ли је регистрована као организатор путовања или евидентирана као посредник.<sup>11</sup> Трговачко својство посредника путовања се посредно може извести и из неких одредаба Закона о облигационим односима. Примера ради, закон каже да је посред-

8 Више о елементима ове дефиниције види: Вук Радовић, „Разграничење организатора путовања и посредника код уговора о организовању путовања“, *Правни жи-вои*, бр. 11/2013, стр. 160–161.

9 Слично: *Ibid.*, стр. 171.

10 Слично: Славко Царић, у: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима – књиџа друџа*, Правни факултет у Крагујевцу и Културни центар, Нови Сад, 1980, стр. 746.

11 Закон о туризму, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 88/2010, 99/2011 и 93/2012 (даље у фусногама: ЗОТ (2009)), чл. 47–48 и 117.



ник дужан да поступа по упутствима путника, ако су она у складу са „уобичајеним пословањем посредника и интересима других путника“. Уобичајено пословање карактерише искључиво трговце. Такође, само туристичке агенције могу да имају више путника, јер је њима дозвољено да се баве овом делатношћу. Као други пример се може навести одредба према којој је посредник путовања дужан „да се стара о правима и интересима путника, сагласно добрим пословним обичајима у овој области“. Добри пословни обичаји су извор права само за трговце.

### б) Путник

Закон о облигационим односима користи термин „путник“ за означавање слабије уговорне стране код посредничког уговора о путовању.<sup>12</sup> Међутим, законом овај појам није дефинисан. Бриселска конвенција такође користи израз „путник“ (енгл. *traveller*), а дефинише га као било које лице које има користи од посредничког уговора о путовању, без обзира да ли је уговор закључен или цена плаћена од стране тог лица или другог лица за њега.<sup>13</sup> Чини се да је оправдано путника третирати физичким лицем које користи посредовану туристичку услугу.<sup>14</sup>

## 2. Закључивање туристичког уговора у име и за рачун путника

Посредничким уговором о путовању туристичка агенција се обавезује да у име и за рачун путника закључи уговор о организовању путовања или уговор о извршењу једне или више посебних услуга које омогућава да се оствари неко путовање или боравак. Из ове одредбе се могу извући две карактеристике посредничког уговора о путовању: поступање у име и за рачун путника и закључење појединачног уговора о пружању неке туристичке услуге.

12 Појам путника Закон о облигационим односима користи и код уговора о организовању путовања. Међутим, за разлику од посредничког уговора о путовању, где је путник једини појам у српским и међународним прописима, код уговора о организовању путовања се користи и појам потрошач, са специфичним значењем које одступа од традиционалног, али и модерног појма потрошача развијеног у оквиру права потрошача. Више о појму потрошача код уговора о организовању путовања види: Вук Радовић, „Појам потрошача код уговора о организовању путовања“, у: Thierry Bourgoignie, Татјана Јованић (eds.), *Strengthening Consumer Protection in Serbia (Јачање заштите потрошача у Србији)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 124–139.

13 Бриселска конвенција, чл. 1(1)(7).

14 Marko Baretic *et al.*, *Propisi u poslovanju turističkih agencija*, Hrvatska zajednica računovođa i finansijskih djelatnika, Zagreb, 2009, стр. 143.

*а) Посијуиање у име и за рачун њуїника*

У вези са посредничким уговором о путовању склапају се најмање два уговора. Први уговор представља посреднички уговор о путовању који туристичка агенција закључује са путником у своје име и за свој рачун. Према томе, код овог уговора агенција је са путником и у правном и у фактичком односу.<sup>15</sup> Извршавањем овог уговора, туристичка агенција закључује друге уговоре са пружаоцима туристичких услуга. Међутим, за разлику од посредничког уговора о путовању који закључује у своје име за свој рачун, уговоре са пружаоцима туристичких услуга она закључује у име и за рачун путника. На тај начин се путник са конкретним пружаоцем туристичких услуга налази у непосредном правном и фактичком односу, док између посредника и пружаоца услуга нема правне везе, јер посредници своје активности ограничавају на заступање путника.<sup>16</sup> Правни однос се манифестује чињеницом да је путник уговорна страна, те се од момента када посредник закључи уговор са трећим лицем он налази у непосредном уговорном односу са истим,<sup>17</sup> док се фактички однос везује за економске ефекте овог посла.<sup>18</sup> Посредник путовања није у правном односу са пружаоцима услуга са којима је уговоре закључио у име и за рачун свог клијента. Према томе, путник се налази у два правна односа, један са посредником путовања, а други са пружаоцем конкретних туристичких услуга.<sup>19</sup>

Исти режим треба применити и на уговоре које је туристичка агенција закључила са пружаоцима туристичких услуга, а спадају у категорију уговора за рачун кога се тичу (на пример, уговор о куповини карата за музеј). Формалноправно, ови уговори нису уговори закључени у име и рачун путника, али без обзира на то, њихово закључивање треба сматрати као начин извршавања посредничког уговора о путовању, јер је код њих, другој уговорној страни, наспрам туристичке агенције, свеједно са ким закључује уговор. Она није заинтересована за идентитет сауговарача, због чињенице да је реч о готовинском правном послу код кога је солвентност сауговарача (путника) ирелевантна. Супротан

15 М. Baretić *et al.*, *нав. дело*, стр. 141.

16 Vilić Gorenc, Vjekoslav Šmid, *Poslovno pravo u turizmu i ugostiteljstvu*, Školska knjiga, Zagreb, 1999, стр. 114.

17 Ивица Јанковец, *Привредно право*, 4. издање, ЈП Службени лист СРЈ, Београд, 1999, стр. 558.

18 М. Baretić *et al.*, *нав. дело*, стр. 141.

19 Ernst Führich, *Reiserecht – Handbuch des Resevertrags-, Reisevermittlungs-, Reiseversicherungs- und Individualreiserechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2010, стр. 651; В. Шмид, *нав. дело*, стр. 61; Јанко Веселиновић, *Уговори и средсїва њлања у туризму*, Нови Сад, 2011, стр. 87.

резон би довео до нелогичних исхода, који не би био у интересу ниједне од учествујућих страна.

### б) Закључивање појединачних уговора

Туристичке агенције – посредници пружају путницима са којима су закључили посреднички уговор о путовању низ различитих услуга. Иако је код овог уговора увек реч о једној или више појединачних услуга, Закон о облигационим односима, по узору на Бриселску конвенцију, прави разлику између закључења уговора о организовању путовања и закључења других уговора. Но, без обзира на ово раздвајање, може се рећи да је у посредничком уговору о путовању садржано специјално пуномоћје, јер је његов предмет закључење тачно одређених уговора.<sup>20</sup> Према томе, туристичкој агенцији за закључење уговора у име и за рачун путника није потребно додатно пуномоћје. По природи ствари, пуномоћје садржано у уговору је ограничено налозима који су саставни део уговора, а може се ограничавати и накнадно давањем упутстава од стране путника.

#### 1) Закључење уговора о организовању путовања

Пакет аранжмани представљају најсложенији производ на туристичком тржишту. Организовањем и реализовањем туристичких путовања у праву Србије могу да се баве само туристичке агенције – организатори путовања.<sup>21</sup> Закључење уговора о организовању путовања може бити предмет посредничког уговора о путовању. У овом случају, туристичка агенција – посредник закључује са туристичком агенцијом – организатором уговор о организовању путовања у име и за рачун путника. Посредовање у продаји туристичких путовања се развило као делатност туристичких агенција последњих деценија.

#### 2) Закључење уговора о пружању индивидуалних туристичких услуга

Поред закључења уговора о организовању путовања, предмет посредничког уговора о путовању може бити и закључење једног или више уговора о пружању индивидуалних туристичких услуга. Закључивање

20 V. Gorenc, V. Šmid, *нав. дело*, стр. 114.

21 Туристичка агенција која жели да обавља послове организовања и реализовања туристичких путовања у земљи и иностранству је дужна да претходно добије лиценцу од Регистратора туризма за обављање ових делатности, као и да се региструје у Регистру туризма као туристичка агенција – организатор путовања. Види: ЗОТ (2009), чл. 51–55 и 117(2).

ових уговора спада у тзв. традиционалну (класичну) посредничку делатност туристичких агенција.<sup>22</sup> Ове уговоре туристичка агенција закључује у име и за рачун путника са конкретним пружаоцима туристичких услуга. Дијапазон услуга које туристичке агенције прибављају својим клијентима је изразито широк, а из године у годину се палета понуђених услуга проширује. Развој посредничких активности туристичких агенција утиче на атрактивност туристичке понуде, а последично и развој туризма, што неспорно представља и општедруштвени интерес. У сваком случају, туристичка агенција може у име и за рачун путника закључивати бројне именоване и неименоване уговоре који за свој предмет имају неку услугу везану за путовање или боравак.<sup>23</sup> Међу најзначајније уговоре које туристичке агенције закључују на основу посредничког уговора о путовању спадају: уговор о превозу, уговор о хотелским услугама, уговор о осигурању, уговор о изнајмљивању возила, уговор о куповини или резервацији карата за спортске, културне и друге приредбе и манифестације, уговор о размени валута, итд.

Закључивање уговора о превозу је традиционално најзначајнија посредничка активност туристичких агенција.<sup>24</sup> Имајући у виду да је развој саобраћаја одиграо кључну улогу у развоју туризма, не чуди да је продаја путних карата била једна од изворних делатности туристичких агенција. У првим фазама развоја посредничких активности, туристичке агенције су примарно закључивале уговоре о железничком превозу у име путника. Развојем авио саобраћаја, железнички превоз губи на својој атрактивности, те стожерна посредничка активност туристичких агенција постаје закључивање уговора о превозу са ваздухопловним превозиоцима. Данас је уочљиво да је авио саобраћај на туристичком тржишту потиснуо друге гране саобраћаја када је реч о путовањима на далеке дестинације, док одласке на ближе дестинације карактерише коришћење друмског саобраћаја (аутобуси и путнички аутомобили). Већа улагања у железничку инфраструктуру (на пример, изградња Трансибирске железнице или тунела испод Ламанша), коришћење све бржих и комфорнијих возова, као и везивање неких видова туристичке понуде само за железницу (на пример, возња музејским возом „Носталгија“ на „Шарганској осмици“), последњих година су утицали на поновни раст популарности железничког превоза, а тиме и посредничке активности туристичких агенција у овом погледу.<sup>25</sup>

22 Момир Драгашевић у: Слободан Перовић (главни редактор), *Коментар Закона о облигационим односима – II књига*, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 1436.

23 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 65.

24 Више види: Весна Спасић, *Пословање туристичких агенција и организатора путовања*, 4. издање, Универзитет Сингидунум, Београд, 2014, стр. 78–95.

25 Више види: В. Спасић, стр. 91–92.

Друга најзначајнија врста уговора које путник закључује преко туристичке агенције су уговори о хотелским услугама. Ове уговоре агенција закључује у име и за рачун путника са угоститељима који пружају услуге смештаја. Код ових уговора се угоститељ обавезује да ће путнику обезбедити привремени смештај, али и да ће му пружити друге акцесорне угоститељске услуге (на пример, услугу исхране и пића).<sup>26</sup>

Према Закону о облигационим односима, предмет посредничког уговора о путовању може бити „уговор о извршењу једне или више посебних услуга које омогућају да се оствари неко путовање или боравак“. На основу ове одредбе могу се изнети следећа два запажања.

Прво, закон користи непрецизан термин „уговор о извршењу услуга“, који као такав не постоји у српском уговорном праву. Очигледно је да је законодавац под овим појмом подразумевао уговоре о пружању туристичких услуга, на основу којих се пружалац услуга обавезује да исте изврши путнику.

Друго, предмет посредничког уговора о путовању је туристичка услуга. Законом је туристичка услуга дефинисана као услуга која омогућава да се оствари неко путовање или боравак. Неспорно је да услуге смештаја и превоза увек спадају у туристичке услуге, јер превоз подразумева путовање, а смештај боравак. Међутим, када је реч о другим услугама, неопходно је утврдити блиску везу тих услуга са путовањем или боравком. Премда закон тражи да те услуге омогућавају путовање или боравак, чини се овај појам треба шире тумачити, тако да обухвата пружање свих услуга које су у вези са путовањем или боравком. Супротно тумачење не би било сврисходно, и било би противно интересима путника.

Појам туристичких услуга код посредничког уговора о путовању се помало разликује од истоветног појма код уговора о организовању путовања.<sup>27</sup> Наиме, и код уговора о организовању путовања именована туристичка услуга је неспорно у вези са путовањем или боравком, јер пакет аранжман увек мора да обухвати или превоз или смештај. У теоријском смислу, друге туристичке услуге код организовања путовања (тзв. неименоване туристичке услуге) обухватају све оне услуге које нису споредне у односу на превоз или смештај и које представљају значајан део пакета.<sup>28</sup> Што се тиче акцесорности, код посредничког уговора о

26 Више о уговору о хотелским услугама види: V. Gorenc, V. Šmid, *нав. дело*, стр. 11–29.

27 Више о појму туристичких услуга код уговора о организовању путовања види: Вук Радовић, „Ширење појма уговора о организовању путовања“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2014, стр. 300–301.

28 Више о карактеристикама других туристичких услуга код уговора о организовању путовања види: В. Радовић, „Ширење појма уговора о организовању путовања“,

путовању је ирелевантно да ли су туристичке услуге које обезбеђује туристичка агенција споредне у односу на услуге превоза или смештаја, јер ако је агенција закључила у име путника уговор о превозу или уговор о хотелским услугама, евентуално пружање других услуга од стране превозиоца или угоститеља није од значаја за квалификацију уговора. Уговор је већ због самог превоза или смештаја посреднички уговор о путовању. Последња карактеристика туристичких услуга код организовања путовања, према којој оне треба да представљају значајан део пакета, није применљива код посредничког уговора о путовању. Заправо, ово је и једина разлика појма туристичких услуга код ова два уговора, али не и у српском праву, јер је Закон о заштити потрошача прихватио концепт према коме друге туристичке услуге могу бити споредне у односу на превоз или смештај и не морају представљати значајан део пакета.<sup>29</sup> Међутим, овај недостатак исправља Преднацрт ГЗ.<sup>30</sup>

### 3) Правни значај (обавеза издавање потврде)

Посреднички уговор о путовању је неформалан уговор, који се закључује сагласношћу воља путника и туристичке агенције. Други документи који се издају поводом овог уговора, чак и ако га потписују обе уговорне стране, не чине овај уговор формалним, већ представљају само модалитет обезбеђивања доказа закључења уговора или доказа извршења одређених уговорних обавеза. Међутим, један документ је изричито поменут у Закону о облигационим односима, и то у виду обавезе туристичке агенције да изда потврду о закљученом уговору.<sup>31</sup> Потврда се издаје путнику, и то тек након што туристичка агенција закључи уговор у име и за рачун путника. Фактички значај потврде је у томе да се путник информише о уговору који је закључен у његово име, као и да зна од кога треба да захтева извршење. Поред фактичког, потврда има и правни значај, а он зависи од тога да ли се посреднички уговор о путовању односи на закључење уговора о организовању путовања или закључење других уговора који су везани за неко путовање или боравак.

У првом случају, туристичка агенција је дужна да приликом закључења уговора о организовању путовања изда потврду о путовању, која мора да садржи следеће обавезне елементе: 1) информације о тури-

стр. 306–310.

29 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, чл. 5(1)(25).

30 Према Преднацрту СГЗ-а, друге туристичке услуге су све оне услуге које нису споредне у односу на именоване туристичке услуге и које представљају значајан део туристичког путовања (чл. 1085(4)).

31 ЗОО, чл. 881; Преднацрт СГЗ, чл. 1114.

стичком путовању (пакет аранжману),<sup>32</sup> 2) идентификацију организатора путовања, 3) идентификацију туристичке агенције – посредника, и 4) податак да туристичка агенција – посредник иступа у име и за рачун путника, а не у своје име. Ако туристичка агенција у потврди не назначи своје својство заступника, сматраће се организатором путовања. Ова одредба је изразито неповољна за туристичку агенцију – посредника, јер се драконски санкционише један мали, такорећи технички пропуст агенције. Путник, са друге стране, у случају да посредник у потврди не назначи то својство, добија два организатора путовања, једног стварног и другог претпостављеног. Ова одредба је уведена „у циљу заштите интереса путника јер интереси путника могу бити угрожени без оваквих изричитих назначења својства посредника приликом издавања потврде о путовању“.<sup>33</sup>

Приказана последица неозначавања својства заступника у потврди је потпуно нелогична из најмање пет разлога. Прво, потврда као таква начелно има информативни карактер, јер се њоме путник обавештава о уговору о организованом путовању који је агенција закључила у његово име. Међутим, због наведеног правила потврда превазилази оквире средства информисања, а технички пропусти имају значајне правне последице. Овај аргумент је појачан чињеницом да се потврда не издаје поводом закључења посредничког уговора о путовању, када би се идеја појачане одговорности посредника могла донекле и бранити, већ поводом његовог извршења. Другим речима, једно лице је кажњено само зато што након извршења своје обавезе из уговора, није другој уговорној страни назначила своје својство заступника. Друго, закон исту последицу није предвидео код потврда које се издају поводом закључења других уговора. Нејасно је зашто законодавац на овај начин дискриминише туристичку агенцију која за путника закључује уговор о организовању путовања у односу на агенцију која за путника закључује, примера ради, уговор о хотелским услугама или уговор о превозу. Треће, путник је са туристичком агенцијом – посредником закључио посреднички уговор о путовању како би она у његово име закључила уговор о организовању путовања. Зар је логично претпоставити да се путник може наћи у заблуди у погледу тога ко је организатор путовања? Овај аргумент је тим пре снажнији ако се зна да је посредник дужан у потврди да означи организатора путовања. Према томе, иако у потврди пише ко је организатор, а посреднички уговор је путник закључио са агенцијом како би она била његов заступник, српски законодавац ипак претпоставља да по-

32 У случају да је организатор путовања или туристичка агенција – посредник раније доставила путнику програм путовања или га доставља уз потврду, довољно је да се у потврди изврши упућивање на програм. Види: В. Шмид, *нав. дело*, стр. 84.

33 С. Царић, у: С. Перовић, Д. Стојановић (ред.), *нав. дело*, стр. 747.

средник одговара као организатор путовања. Четврто, строжу одговорност туристичке агенције – посредника закон везује само за неуношење податка да посредник иступа у име и за рачун путника, док неуношење других података нема исту последицу. За путника су много значајније информације о путовању и организатору путовања, него информације о идентитету саговорача и његовом својству заступника, које он већ зна.<sup>34</sup> Пето, ова одредба не води рачуна о савесности путника. Једино оправдање за овакву санкцију се може пронаћи у ситуацији када је туристичка агенција својим понашањем створила утисак код путника да је она организатор путовања (примена теорије правног привида).<sup>35</sup>

Како је дошло до ове грешке у Закону о облигационим односима? Нажалост, као што је то код нас чест случај, ова омашка је последица лошег превода. Наиме, у Бриселској конвенцији постоји обавеза информисања путника од стране посредника која је слична обавезним елементима потврде у нашем праву. Једина разлика је у последњем, четвртом елементу. Према конвенцији, посредник је дужан да посебно назначи своје својство посредника организатора путовања, наравно, под условом да има то својство.<sup>36</sup> Другим речима, конвенција не тражи да посредник треба да обавести путника о чињеници да ради у његово име и за његов рачун, јер се то само по себи подразумева. Напротив, она се бави само једном посебном ситуацијом, када је посредничка туристичка агенција у исто време и заступник организатора путовања.<sup>37</sup> Из наведеног се може закључити да конвенција не захтева уношење клаузуле о заступању у потврду у случају да туристичка агенција закључује уговор о организовању путовања у име путника са организатором путовања кога не заступа.<sup>38</sup> Такође, Бриселска конвенција, за разлику од Закона о облигационим односима, јединствено посматра све обавезне елементе потврде, што значи да не прави разлику између њих. Неуношење било ког обавезног елемента за последицу има одговорност посредника као организатора путовања.<sup>39</sup>

34 „Путник добро зна ко је организатор путовања, а ко посредник, чак и ако то не пише у потврди о путовању. Ничим и никаквим понашањем не издаје се посредник путовања за организатора путовања. Како би могло настати код путника оправдано уверење или утисак да је посредник организатор путовања с којим је закључио уговор о организовању путовања? Или, речником установе *agency*, коме би могао принципал (путник) остати „неоткривен“?“ Вјекослав Шмид, у: Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима, II књија*, 2. издање, Савремена администрација, Београд, 1983, стр. 1890.

35 В. Шмид, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 1890.

36 Бриселска конвенција, чл. 18(1).

37 Види: В. Шмид, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 1890.

38 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 84.

39 Бриселска конвенција, чл. 19(2).



Без обзира на изричиту законску норму, судови не би требало да је примењују по аутоматизму, чим виде да посредник није у потврди назначио то своје својство. Пре примене ове одредбе, судови би требало да испитају све околности случаја, а нарочито савесност путника. Примат би требало дати начелу савесности и поштења, те не би требало дозволити несавесном путнику да због техничког пропуста туристичке агенције остварује несразмерне погодности.<sup>40</sup>

У случају кад се посреднички уговор о путовању односи на закључење других уговора о пружању индивидуалних туристичких услуга које су везане за неко путовање или боравак, посредник је дужан да изда потврду која се односи на ту услугу са знаком износа који је за њу плаћен. Законом није прописана санкција за кршење ове обавезе. У односу на Бриселску конвенцију, уочавају се три разлике:<sup>41</sup> 1) конвенција говори о томе да је туристичка агенција дужна да путнику изда документе или рачуне који се односе на уговорене услуге, док Закон о облигационим односима говори о потврди која се односи на услуге, 2) конвенција обавезује агенцију да на документ који издаје путнику стави свој потпис или печат, и 3) конвенцијом је изричито прописано да туристичка агенција одговара за сву штету коју путник претрпи ако пропусти да му преда документ или рачун са одговарајућом садржином.

Обавеза издавања потврде о путовању, односно потврде која се односи на посебну туристичку услугу, је законска обавеза посредника путовања. Њено неиздавање или неиздавање са садржином коју је закон прописао има посебна имовинскоправна дејства, али не утиче на постојање и пуноважност посредничког уговора о путовању.<sup>42</sup>

### *в) Обављање фактичких радњи – пружање одређених услуга?*

У туристичкој пракси није ретко да се путник обраћа туристичкој агенцији – посреднику како би за њега обавила одређене фактичке радње које су у вези са одређеним путовањем. Овде се најчешће мисли на испуњавање бројних административних и других фактичких радњи у вези са прибављањем виза, издавањем пасоша, добијањем одређених дозвола (на пример, дозволе за лов, дозволе за управљање спортским чамцима), и сл. Ове радње у суштини представљају „услуге које омогућавају да се оствари неко путовање или боравак“, те се због тога и поставља питање да ли оне могу бити обухваћене посредничким уговором о путовању.

40 В. Шмид, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 1891.

41 Упореди: Бриселска конвенција, чл. 18(2) и 19(2).

42 С. Царић, у: С. Перовић, Д. Стојановић (ред.), *нав. дело*, стр. 746.

Према дефиницији посредничког уговора о путовању, посредник се обавезује да закључи одређени туристички уговор у име и за рачун путника. Отуда је неспорно да наш закон посреднички уговор о путовању везује само за закључење уговора. Ова дефиниција не укључује предузимање фактичких радњи од стране туристичке агенције – посредника, односно пружање описаних услуга, једнако као ни предузимање других правних послова који нису уговори.<sup>43</sup> Према томе, предузимање фактичких радњи остаје ван оквира посредничког уговора о путовању.

Овакво решење није оправдано из најмање три разлога. Прво, сва специфична правила која закон прописује за посреднички уговор о путовању су подједнако применљива и на ове уговоре. Према томе, њихово искључивање је потпуно вештачко и концепцијски тешко брањиво. Друго, ако је смисао ових правила у појачаној заштити слабије уговорне стране, иста логика се може применити и на пружање услуга. Треће, и ова грешка у Закону о облигационим односима је настала као последица погрешног преузимања текста Бриселске конвенције. Наиме, Конвенција овај уговор дефинише као уговор којим се једно лице обавезује да ће пружити другом лицу „једну или више одвојених услуга које омогућују да се оствари одређено путовање или боравак“ (енгл. *„undertakes to provide for another ... one or more separate services rendering possible a journey of sojourn“*).<sup>44</sup> Да је Закон о облигационим односима доследно преузео одредбу Конвенције, не би било недоумица да су и фактичке радње (пружање услуга) обухваћене посредничким уговором о путовању. Имајући у виду да Преднацрт ГЗ има истоветно решење као и Закон о облигационим односима, треба се заложити за његову промену у складу са изложеним схватањем.

У нашој теорији је указано на једну ситуацију када би фактичке радње биле обухваћене посредничким уговором о путовању.<sup>45</sup> Наиме, ако се туристичка агенција – посредник обавезала да закључи одређени уговор у име и за рачун путника, онда би споредне (акцесорне) фактичке радње које она предузима за путника требало обухватити овим уговором.

---

43 V. Gorenc, V. Šmid, *нав. дело*, стр. 115.

44 Бриселска конвенција, чл. 1(1)(3).

45 Нав. према: V. Gorenc, V. Šmid, *нав. дело*, стр. 115.

*і) Ограничења слободe туристичке агенције приликом закључења уговора (налози и упутства путника, интерес путника и лично извршење)*

Слобода туристичке агенције приликом извршења уговора је у већој или мањој мери ограничена. Степен слободe коју она има је у директној корелацији са одређеношћу и прецизношћу упутстава које је добила од путника. Приликом извршавања посредничког уговора о путовању туристичка агенција треба да води рачуна о три дужности: дужност поступања по налозима и упутствима путника, дужност руковођења интересима путника и дужност личног извршења налога.

*Дужности поступања по налозима и упутствима путника.* Основна обавеза туристичке агенције је да са пажњом доброг стручњака (пажњом доброг посредника путовања) изврши посреднички уговор о путовању, тј. да као заступник закључи уговор о организовању путовања или уговор о индивидуалним туристичким услугама и предузме друге радње, у складу са налогом и накнадним упутствима добијеним од путника. Прављење разлике између налога и упутстава је у томе да се разграниче упутства садржана у уговору (налог) од накнадно датих упутстава, којима се ближе прецизирају услови закључења уговора. Примера ради, у посредничком уговору о путовању путник је дао налог туристичкој агенцији да резервише смештај у Берлину у хотелу са најмање четири звезде у близини Брандербуршке капије, а накнадно је прецизирао да накнада по дану не сме да прелази износ од 200 евра. Иако је туристичка агенција дужна да поступа како по налогу тако и по накнадно добијеним упутствима, њихов правни режим није истоветан. За накнадна упутства се као правно релевантна постављају питања времена када су дата, односа са уговором, и сл.

Туристичка агенција може да одступи од добијених налога и упутстава само у пет случајева:<sup>46</sup> 1) ако добије накнадну сагласност путника, 2) када због краткоће времена или неког другог узрока није у могућности да тражи сагласност путника, а проценом свих околности основано сматра да то захтевају интереси путника – из овог правила се види да законодавац примат даје интересима путника у односу на дужност поступања по налозима и упутствима, 3) ако јој путник није дао упутства благовремено, тј. дао их је у време када их посредник не може уредно испунити<sup>47</sup> – примера ради, путник је агенцији дао додатно упутство након што је она већ закључила уговор у његово име,

46 ЗОО, чл. 752(1) и 882(1); Преднацрт СГЗ, чл. 963(1) и 1115(1).

47 С. Царић, у: С. Перовић, Д. Стојановић (ред.), *нав. дело*, стр. 748.

4) ако упутства нису у складу са уговором – у случају сукоба упутстава садржаних у налогу и накнадно датих упутстава примат се мора дати налогу (овде је заправо реч о покушају једностране промене уговора), 5) ако упутства нису у складу са уобичајеним пословањем посредника и интересима других путника. У случају да туристичка агенција одступи од налога и упутстава ван ових пет случајева, она ће се сматрати пословођом без налога. Путник може накнадно да одобри прекорачење, чиме признаје сва права и обавезе настале прекорачењем.<sup>48</sup>

*Дужности руковођења интересима путника.* Приликом извршења посредничког уговора о путовању, туристичка агенција је дужна да увек води рачуна о интересима путника. Ова дужност се испољава на два нивоа. Први ниво је везан за извршење налога и упутстава добијених од стране путника. За њих се претпоставља да су у интересу путника, јер их је он сам и дао („путник најбоље познаје своје интересе“<sup>49</sup>). Међутим, имајући у виду да је туристичка агенција професионалац, могуће је да она увиди да би извршење налога по добијеним налозима и упутствима било штетно за путника. У том случају је она дужна да путнику на то скрене пажњу и тражи нова упутства.<sup>50</sup> Други ниво је везан за извршавање налога и упутстава који нису у довољној мери прецизирани (купити најповољнију карту, бити смештен у хотелу на најбољој локацији, најбржи превоз, и сл.). У тим случајевима туристичка агенција има велику слободу приликом извршења, а њено најзначајније ограничење је дужност да са пажњом доброг стручњака ради на начин који је у датим приликама најпогоднији за путника,<sup>51</sup> тј. да поступа на начин који према конкретним приликама и околностима највише одговара интересима путника.<sup>52</sup> У овом погледу ће бити од значаја и примена пословних обичаја, који ће се конкретизовати у сваком појединачном случају, при чему је важно да се води рачуна и о објективним могућностима процене најбољих интереса путника.<sup>53</sup>

*Дужности личној извршења.* Посреднички уговор о путовању спада у категорију *intuitu personae* уговора. Путник је изабрао одређену туристичку агенцију поуздајући се у њену стручност и професионали-

48 Небојша Јовановић, „Уговори о промету услуга“, у: Бранислава Лепотић Ковачевић (ур.), *Право енергетике – зборник радова*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2005, стр. 93.

49 С. Царић, у: С. Перовић, Д. Стојановић (ред.), *нав. дело*, стр. 748.

50 ЗОО, чл. 751(2); Преднацрт СГЗ, чл. 962(2).

51 ЗОО, чл. 882(2); Преднацрт СГЗ, чл. 1115(2).

52 Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робној промету*, Научна књига, Београд, 1990, стр. 518.

53 В. Капор, С. Царић, *нав. дело*, стр. 518.

зам, очекујући да ће она на најбољи начин водити рачуна о његовим интересима.<sup>54</sup> Из односа поверења на коме је заснован овај уговор произлази принцип личног извршења поверених правних послова.<sup>55</sup>

У туристичком промету је уобичајено да туристичке агенције поверавају једна другој извршење одређених послова у вези са закљученим посредничким уговором о путовању.<sup>56</sup> Примера ради, туристичка агенција закључује уговор о превозу у име свог клијента преко друге туристичке агенције која послује у месту где се налази седиште превозиоца.<sup>57</sup> Имајући у виду овакву праксу, за туристичку агенцију је веома важно да зна када може да повери извршење другом лицу. Туристичка агенција може поверити извршење поверених послова другом лицу (заменику) само у два случаја:<sup>58</sup> 1) ако је путник дао сагласност и 2) ако је на то принуђена околностима. Тада агенција одговара само за савестан избор заменика, као и за упутства која му је дала. У случајевима неовлашћеног поверавања, туристичка агенција ће бити одговорна и за рад заменика. Без обзира да ли је реч о овлашћеном или неовлашћеном поверавању, путник може захтевати извршење обавеза из налога непосредно од заменика.

### 3. Плаћање накнаде

Основна обавеза путника на основу посредничког уговора о путовању је плаћање накнаде. Туристичка агенција – посредник закључује посреднички уговор о путовању, јер очекује да ће за то добити накнаду. Накнада представља цену коју путник плаћа за коришћење стручних знања, вештина и искуства туристичке агенције у вршењу заступничких активности,<sup>59</sup> и то само у случају успешно обављеног посла.<sup>60</sup> Начелно, ово је накнада за резултат, а плаћа се само за закључене пуноважне главне уговоре.<sup>61</sup> Туристичка агенција губи право на провизију

54 „...путник се потпуно повјерио и препустио професионалцу кога је слободно изабрао. С друге стране, у мисији повјерења путничка агенција је дужна окружити интересе путника бригом и пажњом „доброг агента“ и „чинити и немогуће да би му пружила потпуну сатисфакцију“... Једном успостављено узајамно повјерење прожима читав уговорни однос дајући му особну црту.“ В. Шмид, *нав. дело*, стр. 64.

55 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 68–69; М. Велимировић, *Привредно право*, Подгорица, 1998, стр. 748.

56 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 69.

57 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 69.

58 ЗОО, чл. 753; Преднацрт СГЗ, чл. 964.

59 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 65.

60 Е. Führich, *нав. дело*, стр. 652.

61 Е. Führich, *нав. дело*, стр. 656.

ако организатор путовања одустане од уговора због непријављивања минималног броја путника.<sup>62</sup>

Основно питање које се поставља је да ли посреднички уговор о путовању мора бити теретан. Другим речима, да ли чињеница да путник има обавезу плаћања само трошкова туристичке агенције у вези са извршењем уговора одузима овом уговору својство посредничког уговора о путовању и претвара га у класичан уговор о налогу, који, као што је познато, може бити и бестеретан. Ово питање је изразито актуелно, имајући у виду да је у пракси веома често туристичка агенција трговински заступник туристичких агенција – организатора путовања и других пружалаца индивидуалних туристичких услуга, од којих добија провизију за сваки закључен уговор. Оваква правна конструкција је изразито повољна за путника, јер он плаћа туристичкој агенцији ону цену коју би платио у случају да је непосредно закључивао уговоре са индивидуалним пружаоцима туристичких услуга. На тај начин путници бесплатно добијају стручног и професионалног заступника њихових интереса. Финансијски терет плаћања накнаде туристичкој агенцији се са путника пребацује на пружаоце туристичких услуга.

Језичким тумачењем дефиниције посредничког уговора о путовању произлази да је реч о двостранообавезном теретном уговору, код кога је путник увек у обавези да плати накнаду. Накнада и њена висина се могу одредити уговором (што је ређе), а у недостатку уговорних одредаба примењиваће се тарифа туристичке агенције, односно пословни обичаји.<sup>63</sup> Ако се накнада коју је путник дужан да плати посреднику схвати као битан елемент посредничког уговора о путовању, а такав закључак произлази из законске дефиниције, онда је јасно да у свим случајевима када туристичка агенција – посредник не наплаћује накнаду од путника, јер исту добија од пружалаца услуга по основу уговора о трговинском заступању, не постоји посреднички уговор о путовању, већ уговор о налогу.<sup>64</sup>

Приказано уско тумачење појма посредничког уговора о путовању није прихватљиво из најмање три разлога. Прво, могуће је законску норму тумачити на шири начин. Наиме, тачно је да накнаду непосредно плаћа пружалац туристичких услуга. Међутим, посредно ту накнаду плаћа путник, јер пружалац услуга накнаду коју дугује посреднику укључује у цену својих услуга коју наплаћује путнику. Уосталом, овакво тумачење има и законско утемељење, јер закон каже да се путник „обавезује да за то плати накнаду“. Ова непрецизна формулација, која не каже коме

62 Е. Führich, *нав. дело*, стр. 656.

63 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 63.

64 Слично: В. Шмид, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 1888.

се накнада плаћа, већ само за шта, се може тумачити у жељеном правцу, а то је да она може да обухвати и ситуацију када накнаду путник индиректно плаћа туристичкој агенцији преко пружаоца услуга. Други разлог за ширење појма је правно-политичке природе. Ако је већ речено да путник најчешће посредничке уговоре закључује са туристичким агенцијама које су у исто време и трговински заступници давалаца услуга, од којих добијају накнаду, онда би уско тумачење свело посреднички уговор о путовању на изразито мали број случајева, а да за то не постоји правно оправдање. Штавише, за путника су много осетљивији посреднички уговори које закључују са туристичким агенцијама као трговинским заступницима пружалаца туристичких услуга. Треће, ова грешка у Закону о облигационим односима је последица лошег превода Бриселске конвенције. Према Бриселској конвенцији, посреднички уговор о путовању је дефинисан као „уговор којим се једно лице обавезује да прибави другом за цену...“, а цена је одређена као „свака накнада у новцу, натури или у било којој другој форми директне или индиректне користи“.<sup>65</sup> Из наведеног је јасно да према конвенцији добијање накнаде од пружалаца услуга представља индиректну корист, која је обухваћена ценом.<sup>66</sup>

### **III Разграничење посредничког уговора о путовању у односу на сличне уговоре (одређивање правне природе)**

#### **1. Уговор о организовању путовања**

Уговор о организовању путовања и посреднички уговор о путовању су два именована туристичка уговора, који имају потпуно различите карактеристике и домен примене. Установљавање прецизног односа између ова два уговора је од значаја из најмање три разлога. Прво, у закону изричито стоји да се на посреднички уговор о путовању сходно примењују правила уговора о организовању путовања. Из ове одредбе се не сме извући закључак да је уговор о организовању путовања правна природа посредничког уговора о путовању, што ће анализа њиховог односа недвосмислено и показати.<sup>67</sup> Друго, посреднички уговор о путовању се може односити и на закључење уговора о организовању путовања, што разумевање овог односа чини још актуелнијим. Треће,

65 Бриселска конвенција, чл. 1(1)(3–4).

66 В. Шмид, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 1888.

67 За супротан закључак види: Ј. Веселиновић, *нав. дело*, стр. 87. Слично и: М. Велимировић, *нав. дело*, стр. 746.

посредничким уговором путник може захтевати закључење више туристичких уговора, те је неопходно знати када закључење тих уговора представља организовано путовање, а када остајемо на терену посредничког уговора.

Основне разлике између ова два уговора су у њиховом предмету.<sup>68</sup> Посреднички уговор о путовању за предмет има закључивање уговора који се односе на појединачну туристичку услугу или неколико одвојених и самосталних туристичких услуга. Уговор о организовању путовања подразумева комбинацију две или више врста туристичких услуга (тзв. скуп услуга) које организатор путовања пружа путнику.<sup>69</sup> Ако се посреднички уговор о путовању односи само на једну туристичку услугу (што је у пракси и најчешће) онда је разграничење само по себи јасно, јер организовање путовања скоро увек подразумева више туристичких услуга. Међутим, могуће је да посредничким уговором путник тражи од туристичке агенције да му прибави неколико одвојених туристичких услуга. Тада је важно разграничити када те услуге чине пакет аранжман.<sup>70</sup> Ово је тим пре актуелније ако се зна да пакет аранжман може туристичка агенција да утврди не само самостално, већ и на захтев путника,<sup>71</sup> што је код посредничког уговора о путовању и правило. За организовање путовања је неопходно да више туристичких услуга буду директно или индиректно повезане у једну целину, тј. да чине скуп услуга, као и да се односе на исто путовање. Код посредничког уговора о путовању реч је о више изолованих услуга, које се могу односити на исто, али и на различита путовања. Такође, код организовања путовања је битно да се пруже најмање две различите врсте туристичких услуга (на пример, услуга превоза и смештаја), док је код посредничког уговора о путовању питање врста туристичких услуга ирелевантно. Тако, примера ради, ако путник од туристичке агенције тражи да му купи две авионске карте, које се односе на исто путовање, такав уговор не може бити уговор о организовању путовања, али се под одређеним условима може квалификовати као посреднички уговор о путовању. За разлику од уговора о организовању путовања, код посредничког уговора се од туристичке агенције не захтева да више одвојених услуга обједини у сложу целину организованог путовања.<sup>72</sup>

68 M. Baretic *et al.*, *нав. дело*, стр. 140–141.

69 Више види: В. Радовић, „Ширење појма уговора о организовању путовања“, стр. 300–310.

70 Слично: David Grant, Stephen Mason, *Holiday Law: The Law Relating to Travel and Tourism*, 4<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 2007, стр. 371.

71 Више види: В. Радовић, „Ширење појма уговора о организовању путовања“, стр. 311–312.

72 V. Gorenc, V. Šmid, *нав. дело*, стр. 113.



Наведена релативно јасна дистинкција два уговора према предмету је релативизирана изузетком који познаје Закон о заштити потрошача, а према коме се организованим путовањем сматра и „вишедневни боравак који укључује само услугу смештаја у одређеним терминима или одређеном трајању“.<sup>73</sup> Како је овде реч о једној самосталној туристичкој услузи, за квалификацију овог уговора као уговора о организовању путовања или посредничког уговора о путовању биће меродавни други елементи. У сваком случају, да ово није прописано као изузетак овакав уговор би се уклопио у дефиницију посредничког уговора о путовању.

Код уговора о организовању путовања, путник за производ који добија плаћа јединствену цену,<sup>74</sup> за разлику од посредничког уговора код кога плаћа одвојено сваку појединачну туристичку услугу.<sup>75</sup> Одвојеност у погледу плаћања се манифестује на три начина: путник код посредничког уговора о путовању зна цену сваке поједине услуге; он може да купи било коју појединачну туристичку услугу без осталих; и цена индивидуалне туристичке услуге не зависи од тога да ли путник купује више од једне услуге.

Туристичка агенција код оба уговора склапа најмање два уговора: један са путником (уговор о организовању путовања или посреднички уговор о путовању), а други са конкретним пружаоцем (пружаоцима) туристичких услуга. Уговор са путником агенција увек закључује у своје име и за свој рачун, те у том погледу нема разлике између два уговора. Разлике наступају онда када агенција уговоре закључује са конкретним пружаоцима туристичких услуга. Наиме, код организовања путовања туристичка агенција закључује појединачне уговоре са пружаоцима услуга у своје име и за свој рачун, док код посредничког уговора о путовања она то чини у име и за рачун путника.<sup>76</sup>

Права и обавезе уговорних страна се значајно разликују код ова два уговора. Без улажења у детаље, довољно је указати само на разлике које постоје у погледу главне обавезе. Организатор путовања има две основне обавезе: да организује путовање и да самостално или преко трећих лица пружи путнику туристичке услуге у складу са уговором и законом. Основна обавеза посредника се своди на обављање правног посла, у смислу прибављања путнику појединачних услуга. Посреднич-

73 33П, чл. 5(1)(25). Ова одредба је преузета из раније важећих Закона о туризму. Упореди са: Закон о туризму, *Службени тласник РС*, бр. 35/94, 38/94 – испр. и 48/99 (даље у фуснотама: ЗОТ (1994)), чл. 6(3); Закон о туризму, *Службени тласник РС*, бр. 45/2005 и 36/2009 (даље у фуснотама: ЗОТ (2005)), чл. 51(2).

74 О појму јединствене цене код уговора о организовању путовања више види: В. Радовић, „Ширење појма уговора о организовању путовања“, стр. 313–315.

75 М. Baretić *et al.*, *нав. дело*, стр. 141.

76 V. Gorenc, A. Pešutić, *нав. чланак*, стр. 39; М. Baretić *et al.*, *нав. дело*, стр. 141.

ким уговором о путовању посредник се може обавезати и да у име и за рачун путника закључи уговор о организовању путовања. Међутим, и у том случају је његова правна позиција потпуно другачија у односу на организатора путовања. Посредник путовања ни тада не организује путовање, нити закључује уговоре са појединачним пружаоцима туристичких услуга у циљу реализације путовања, већ он само закључује уговор о организовању путовања са другом туристичком агенцијом – организатором путовања у име и за рачун свог клијента. Другим речима, за њега је организовано путовање један „производ“ на туристичком тржишту који он прибавља за путника, док је организатор путовања лице које тај „производ“ ствара.

Конечно, велике разлике између организатора и посредника путовања постоје и на пољу одговорности за извршење обавеза других пружалаца туристичких услуга. Основно је правило да организатор путовања одговара и за рад лица којима се служи приликом организовања путовања,<sup>77</sup> док посредник путовања одговара само за саветан избор пружалаца туристичких услуга.<sup>78</sup>

## 2. Уговор о посредовању

Полазећи од назива овог уговора, неминовно се намеће потреба његовог разграничења у односу на уговор о посредовању. Уговором о посредовању се посредник обавезује да настоји да нађе и доведе у везу са налогодавцем лице које би с њим преговарало о закључењу одређеног уговора, а у случају да је то предвиђено уговором посредник је дужан и да посредује у преговорима. Према томе, посредник врши све припремне радње како би дошло до закључења уговора између налогодавца и трећег лица, али никада не закључује уговор, нити у своје нити у туђе име.<sup>79</sup> Овај уговор карактерише непристрасност (неутралност) посредника, јер је он дужан да се стара о интересима обеју страна између којих посредује, без обзира на то што је само са једном закључио уговор о посредовању. Уздржавање од фаворизовања интереса било које од стра-

77 Преднацрт СГЗ, чл. 1098–1100. Више о новим тенденцијама у вези са питањем одговорности организатора путовања види: Вук Радовић, „Предлог нове директиве о пакет аранжманима и повезаним путничким аранжманима“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Еврoјске уније (2014)*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2014, стр. 472–476.

78 V. Gorenc, A. Pešutić, *нав. чланак*, стр. 39.

79 Изузетак у том погледу је прописан Законом о посредовању у промету и закупу непокретности (*Службени љласник РС*, бр. 95/2013), где посредник може, када је за то посебно волашћен, да у име и за рачун налогодаца закључи предуговор, односно уговор о промету непокретности, односно уговор о закупу непокретности (чл. 22).

на је последица чињенице да посредник радње врши у своје име и за свој рачун. Када би се посреднички уговор о путовању посматрао као посебна врста уговора о посредовању, то би значило да се туристичка агенција обавезује само да настоји да пронађе путнику сауговорача (организатора путовања, угоститеља, превозиоца, и сл.), како би овај потом закључио уговор са тим лицима. Посреднички уговор о путовању пружа путнику много више од пуког посредовања, јер туристичка агенција у име и за рачун путника закључује уговоре са индивидуалним пружаоцима туристичких услуга, водећи при том рачуна искључиво о заштити његових интереса. Путник се трећим лицима обраћа само ради извршења уговора који је у његово име претходно закључила туристичка агенција.<sup>80</sup> Из свега наведеног се као недвосмислен изводи закључак да уговор о посредовању није и не може бити правна природа посредничког уговора о путовању.<sup>81</sup>

Без обзира на речено, треба имати у виду да туристичка агенција и путник могу да закључе и класичан („прави“) уговор о посредовању.<sup>82</sup> У том случају је упутно да уговорне стране прецизирају да ово није посреднички уговор о путовању, у смислу Закона о облигационим односима, већ само врста уговора о посредовању. У одсуству овакве уговорне одредбе, било би неопходно на основу садржине уговора утврдити његову правну природу (на пример, у чије име и за чији рачун иступа туристичка агенција, да ли се агенција обавезује да закључи уговор, да ли агенција треба да штити интересе путника, и сл.).

### 3. Уговор о трговинском заступању

Имајући у виду да је закључивање туристичких уговора у име и за рачун путника основна карактеристика посредничког уговора о путовању, потребно је установити да ли то значи да је он врста уговора о трговинском заступању. Иако је неспорно да туристичка агенција – посредник заступа путника у односу на индивидуалне пружаоце туристичких услуга, то није довољно да би се агенција сматрала трговинским заступником у туризму. Овакав закључак неспорно произлази већ из поређења законских дефиниција ова два уговора.<sup>83</sup> Трговински заступник се уговором о трговинском заступању обавезује да се стално стара да трећа лица закључују уговоре са његовим налогодавцем, и да у

80 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 54.

81 Супротно види: С. Царић, у: С. Перовић, Д. Стојановић (ред.), *нав. дело*, стр. 745 и 749. Према неким ауторима, посреднички уговор о путовању је посебна врста уговора о организовању путовања. Види: В. Капор, С. Царић, *нав. дело*, стр. 518.

82 Ј. Веселиновић, *нав. дело*, стр. 88.

83 Супротно види: Ј. Веселиновић, *нав. дело*, стр. 87.

том смислу посредује између њих и налогодавца, као и да по добијеном овлашћењу закључује уговор са трећим лицима у име и за рачун налогодавца. Фундаменталну разлику ова два уговора треба тражити у трајном карактеру уговора о трговинском заступању, наспрот *ad hoc* карактеру посредничког уговора о путовању. Циљ посредничког уговора о путовању је закључење једног или више конкретних уговора о пружању туристичких услуга у име и за рачун путника. За разлику од тога, уговором о трговинском заступању се успоставља трајан однос, који се чак и не мора манифестовати у виду закључивања уговора. Штавише, закључивање уговора у име и за рачун налогодавца не спада у законски, већ уговорени круг обавеза трговинског заступника, што значи да уговор о трговинском заступању може постојати и онда када заступник нема овлашћење на закључење уговора. Супротно томе, предмет посредничког уговора о путовању је закључивање уговора за путника, а не континуирано старање да трећа лица закључују уговоре са путником, и посредовање у том погледу.

Путници у пракси никада неће закључивати са туристичком агенцијом уговор о трговинском заступању. Међутим, овај уговор ће туристичка агенција често закључивати са пружаоцима туристичких услуга (на пример, организаторима путовања, угоститељима, превозиоцима, и сл.).

#### 4. Уговор о комисиону

Између уговора о комисиону и посредничког уговора о путовању постоји јасна разлика, јер комисионар поступа у своје име али за рачун комитента, док туристичка агенција – посредник закључује уговоре у име и за рачун путника. Оваква разлика је сама по себи довољна за разграничење ова два уговора. Уосталом, комисиони начин закључења уговора не одговара туристичком промету, јер пружаоци туристичких услуга обавезе извршавају директно путницима, без потребе да комисионар претходно пренесе своје потраживање према њима на путника.<sup>84</sup> Но, ако би туристичка агенција ипак закључила неки туристички уговор у своје име а за рачун путника, на тај уговор би се примењивала правила о уговору о комисиону.<sup>85</sup>

Премда су ови закључци неспорни из угла нашег позитивног права, њихова оправданост је дискутабилна. Из угла неугог путника потпуно је свеједно да ли је туристичка агенција уговор закључила у његово име или у своје име али за његов рачун. Уосталом, на истој линији размишљања је и Бриселска конвенција, јер она говори о томе

84 Више види: В. Шмид, *нав. дело*, стр. 55–56.

85 М. Васиљевић (2014), стр. 199.

да је посредник у обавези да прибави путнику уговор о организовању путовања или туристичку услугу, без назнаке да ли то чини у своје име или у име путника.

## 5. Уговор о налогу

Највећи део теорије данас сматра да је уговор о налогу правна природа посредничког уговора о путовању.<sup>86</sup> Сличности су уочљиве већ од саме дефиниције уговора налогу, у којој се наглашава да се овим уговором налогопримац обавезује према налогодавцу да за његов рачун предузме одређене (правне) послове. Како посреднички уговор о путовању карактерише закључивање одређених уговора у име и за рачун путника, јасно је да се овај уговор у целости подводи под појам уговора о налогу. На налог посебно упућује димензионалност односа који настаје закључивањем уговора од стране туристичке агенције у име путника, један унутрашњи заснован на налогу (посредничком уговору о путовању), а други спољашњи, који настаје извршавањем уговора од стране туристичке агенције (уговор о пружању туристичких услуга).<sup>87</sup> Коначно, дијапазон заступничких услуга које туристичке агенције нуде својим клијентима се из године у годину шири, а уговор о налогу, због широког домена примене, омогућава да се све те делатности обухвате његовим појмом.<sup>88</sup>

У немачкој теорији преовлађује мишљење да је правна природа посредничког уговора о путовању уговор о обављању посла (нем. *Geschäftsbesorgungsvertrag*), на који се супсидијарно примењују правила уговора о налогу.<sup>89</sup> Оправдање за овакав став се налази у теретности посредничког уговора о путовању, као и чињеници да посредник има обавезу информисања и обавезу да уз вођење рачуна о интересима путника закључи посредовани главни уговор.<sup>90</sup>

## IV Сходна примена правила о организовању путовања

Према Закону о облигационим односима, на посреднички уговор о путовању се сходно примењују одредбе овог закона које се одnose на уговор о организовању путовања.<sup>91</sup> Ова норма је неприродна

86 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 60–61.

87 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 61.

88 В. Шмид, *нав. дело*, стр. 61.

89 Немачки *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), § 675–675b.

90 Више види: Е. Führich, *нав. дело*, стр. 651–652.

91 ЗОО, чл. 884; Преднацрт СГЗ, чл. 1117.

и заслужује оштру критику. Наиме, уговор о организовању путовања и посреднички уговор о путовању су два потпуно одвојена туристичка уговора, са другачијом логиком и различитим правним карактеристикама и односима. Упућивањем на одредбе уговора о организовању путовања ствара се утисак да је реч о два сродна уговора. То је и навело неке теоретичаре да ова два уговора подводе под јединствен појам уговора о путовању,<sup>92</sup> што је неоправдано.

Сходна примена правила уговора о организовању путовања ствара још један ниво норми које се примењују на овај уговор. То значи да ће се прво примењивати специфична правила за посреднички уговор о путовању, затим правила уговора о организовању путовања, након тога одредбе уговора о налогу, и коначно општа правила уговорног права. На овај начин се додатно компликује правни режим посредничког уговора о путовању.

Основни проблем сходне примене је утврђивање конкретних правила уговора о организовању путовања која се могу применити на посреднички уговор о путовању. Овде није реч само о сходној примени, тј. о прилагођавању правила које је писано за уговор о организовању путовања на посреднички уговор о путовању, што је лакши задатак, већ и о утврђивању која правила се уопште могу применити. У том погледу треба бити рестриктиван и дозволити примену само оних правила која су неспорна и која одговарају правној природи посредничког уговора о путовању. Заправо, приликом одлучивања о томе која се правила уговора о организовању путовања могу применити на посреднички уговор о путовању, треба поћи од саме норме, и утврдити да ли се она односи на само путовање, односно поједине туристичке услуге у оквиру путовања, или садржи правила која су начелнијег карактера. Правила која се односе на само путовање, односно поједине туристичке услуге у оквиру путовања, нису применљива на посреднички уговор о путовању, због чињенице да је посредник само заступник, а да путник права и обавезе по основу закључених уговора има директно према пружаоцима туристичких услуга. Такође, постоје правила код уговора о организовању путовања, која су последица околности да је реч о уговору који се по правилу извршава током дужег периода. Имајући у виду да је посреднички уговор о путовању уговор који се односи на краћи период (до закључења уговора о пружању туристичке услуге, а не његовог извршења), та правила се не могу на њега применити. Тако, примера ради, путник код уговора о организовању путовања има право да одустане од уговора, а које ће га обавезе теретити зависе од времене одустанка (благовремене *v.* неблаговремене одустанак). За посреднички уговор о путовању је примеренија примена правила о одустанку

92 Јован Славнић, *Привредно право*, Научна књига, Београд, 1984, стр. 388.

код уговора о налогу,<sup>93</sup> на основу којих путник може одустати од уговора, уз обавезу да туристичкој агенцији исплати одговарајући део накнаде, сразмерно уложеном труду и делимичном извршењу обавеза из уговора.<sup>94</sup> У случају одустанка без основаног разлога, путник би био дужан да надокнади туристичкој агенцији и штету коју је претрпела одустанком од уговора. Уосталом, сличан закључак се може извести и из Бриселске конвенције, која гарантује путницима право на одустанак, у целини или делимично, под условом да путник обештети посредника „у складу са одредбама меродавног националног права или одредбама уговора“.<sup>95</sup> У теорији се сматра да право на обештећење услед одустанка не обухвата само накнаду административних трошкова, како је то стајало у преднацрту Бриселске конвенције, већ треба да обухвати и сразмерни део накнаде за уложени труд.<sup>96</sup>

Анализом свих правила уговора о организовању путовања, може се закључити да се на посреднички уговор о путовању могу применити следећа правила:<sup>97</sup> 1) обавеза посредника путовања да се стара о правима и интересима путника у складу са добрим пословним обичајима у овој области; 2) обавеза посредника путовања да пружи путнику сва потребна обавештења; 3) обавеза посредника путовања да као тајну чува информације које добије о путнику, његовом пртљагу и његовим кретањима; 4) ништавост уговорних одредаба о искључењу или ограничавању одговорности посредника путовања; 5) обавеза путника да сарађује са посредником путовања, тј. да достави све потребне информације и исправе неопходне за закључење уговора о пружању туристичких услуга. Садржински посматрано, ових пет правила су потпуно у духу посредничког уговора о путовању. Осим последњег, сва приказана правила одговарају трговачком карактеру посредника путовања, а неспорно имају за циљ заштиту слабије уговорне стране.

Посебан проблем сходне примене је појачан чињеницом да је законом изричито наведено да се „одредбе *овој* закона“ које се односе на уговор о организовању путовања примењују на посреднички уговор о путовању. Ова одредба је у тренутним околностима веома проблематична, јер је уговор о организовању путовања данас уређен превасходно Законом о заштити потрошача. То практично значи да ће се на готово сваки уговор о организовању путовања примењивати Закон о зашти-

93 ЗОО, чл. 765.

94 С. Царић, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 1702; М. Трајковић, у: С. Перовић, Д. Стојановић (ред.), *нав. дело*, стр. 567.

95 Бриселска конвенција, чл. 20.

96 Нав. према: В. Шмид, *нав. дело*, стр. 85.

97 ЗОО, чл. 863, 864, 865, 870 и 872. Слично и: В. Шмид, у: Б. Т. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 1892.

ти потрошача, а да ће се на посреднички уговор о путовању сходно примењивати правила уговора о организовању путовања из Закона о облигационим односима, а не из оног закона који се примењује на односе између путника и организатора путовања.

Из свега наведеног се треба заложити за укидање одредбе о сходној примени правила уговора о организовању путовања на посреднички уговор о путовању. Уместо ње треба или одговарајуће чланове преписати код посредничког уговора о путовању, или треба упутити на примену тачно одређених чланова који уређују уговор о организовању путовања. У сваком случају, треба водити рачуна о томе да је прва сугестија нееконична (исте одредбе се понављају на више места), док друга не води рачуна о стилу којим је писан Закон о облигационим односима, јер он не користи технику упућивања на друге чланове.

## **V Посебно о дозвољености посредничких уговора код којих је туристичка агенција трговински заступник организатора, односно пружаоца туристичких услуга**

У економски најразвијенијим државама, специјализација је довела до раздвајања организатора путовања, односно пружалаца индивидуалних туристичких услуга, као лица која стварају туристичке производе, од оних лица која те производе дистрибуирају, и то у својству трговинских заступника организатора, односно пружалаца индивидуалних туристичких услуга. У контексту теме овог рада, као проблем се поставља могућност путника да са туристичком агенцијом – посредником закључи посреднички уговор о путовању којим би се агенција обавезала да у име и за рачун путника закључи уговор о организовању путовања или неки други уговор о пружању туристичке услуге са организатором, односно индивидуалним пружаоцем чији је трговински заступник. Одмах је уочљив специфичан положај туристичке агенције, која се налази у заступничком односу са путником, на основу посредничког уговора о путовању, и организатором путовања, односно пружаоцем индивидуалних туристичких услуга, по основу уговора о трговинском заступању. Из облигационоправног угла, као питање се поставља може ли туристичка агенција која је трговински заступник организатора или пружаоца туристичких услуга да изврши посреднички уговор о путовању тако што ће закључити уговор о организовању путовања или други уговор о пружању туристичких услуга са својим принципалом у име и за рачун путника. Агенција се налази у очигледно конфликтној ситуацији, јер она на основу два одвојена уговора мора да води рачуна о интересима



два принципала.<sup>98</sup> Као правни одраз Новозаветног правила, према коме нико не може да служи два господара, у облигационом праву је уведен принцип према коме исто лице не може заступати обе уговорне стране. Иако се ова ситуација често подводи под институт уговора са самим собом, правно посматрано овде уговор закључују различита лица (путник и пружалац туристичких услуга), преко истог заступника (туристичке агенције – посредника). Али, фактички посматрано, уговор закључује само заступник, у исто време штитећи интересе обе уговорне стране. Управо је ту и основни проблем закључивања туристичких уговора на наведени начин, јер постоји опасност да ће туристичка агенција приликом закључења уговора жртвовати интересе једног од својих принципала у корист другог.<sup>99</sup> За уговоре са самим собом и двоструко заступање је карактеристично постојање претпоставке сукоба интереса.<sup>100</sup>

У праву се полази од правила да ови уговори нису пуноважни, једнако као и уговори са самим собом. Међутим, из два разлога овакав закључак не би био прихватљив када је реч о двоструком заступању од стране туристичке агенције. Прво, овакви уговори су веома чести, што значи да су као такви у туристичкој пракси прихваћени без обзира на иманентна ограничења која их прате. Друго, закључењем посредничког уговора о путовању путник има већу сигурност да ће посредник путовања више водити рачуна о његовим интересима, него што би то био случај када би агенција била само трговински заступник пружаоца туристичких услуга, јер би тада била у обавези да штити интересе само свог принципала, док би путник остао потпуно незаштићен.<sup>101</sup> Најзад, уместо да се обраћа само пружаоцу услуга, који је често удаљен и теже доступан, путник може да се директно обрати и туристичкој агенцији са којом је закључио посреднички уговор о путовању.

У облигационом праву су уговори са самим собом само изузетно дозвољени.<sup>102</sup> Суштински, ове уговоре треба допустити у ситуацијама када је ризик за заступане искључен или у знатној мери ограничен. У односу на посреднички уговор о путовању, првенствено би се примењивао следећи изузетак: ако је садржина уговора о организовању путовања или уговора о пружању индивидуалних туристичких услуга унапред дефинисана општим условима пословања пружаоца. Имајући

98 D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 371.

99 V. Gorenc, V. Šmid, *нав. дело*, стр. 116.

100 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), II.–6:109: Conflict of interest; The Principles of European Contract Law, Article 3:205 – Conflict of Interests.

101 V. Gorenc, V. Šmid, *нав. дело*, стр. 116.

102 Више види: Слободан Перовић, *Облигационо право – књиџа права*, 7. издање, Службени лист СФРЈ, Београд, 1990, стр. 252.

у виду да пружаоци туристичких услуга имају опште услове пословања јасно је да ће се овај изузетак примењивати у највећем броју ситуација. Оправдање за овај изузетак треба тражити у чињеници да је могућност преговарања у овом случају искључена. Такође, без обзира на постојање општих услова пословања, двоструко заступање би било дозвољено и ако је путник дао прецизан обавезујући налог, који не оставља никакву слободу туристичкој агенцији. Заправо, овде је реч о изузетку који прихвата немачки Грађански законик, а према коме је забрањено двоструко заступање осим ако се оно односи искључиво на испуњење одређене обавезе.<sup>103</sup> Коначно, двоструко заступање треба дозволити и у ситуацијама када путник накнадно ратификује закључени уговор, као и ако је претходно био упознат са чињеницом да је туристичка агенција трговински заступник пружаоца услуга са којим се уговор закључује.

У енглеском праву се полази од принципа да туристичка агенција не може у исто време заступати и путника и пружаоца туристичких услуга. Туристичка агенција се сматра заступником путника до тренутка закључења уговора са организатором путовања, а од тог момента она постаје заступник организатора путовања.<sup>104</sup> Ово питање је од посебног значаја у ситуацијама када посредничка туристичка агенција не испуни своју обавезу према путнику по основу посредничког уговора о путовању, па се постави питање одговорности организатора путовања за радње свог заступника.<sup>105</sup> Премда овакво решење у основи штити организаторе, треба напоменути да енглески судови нису увек вољни да прихвате постојање посредничког уговора о путовању, поготову у ситуацијама када је позиција туристичке агенције као агента организатора јасно видљива. Међутим, непостојање посредничког уговора о путовању угрожава правну позицију посредничке туристичке агенције, јер је онемогућава да истакне уговорни захтев за исплату накнаде од путника.<sup>106</sup>

103 Немачки BGB, § 181.

104 D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 373–374.

105 Тако је у једном случају, путник отишао код посредничке туристичке агенције и рекао јој да је страствени ловац и да жели на пут да носи две пушке. Када је авиокомпанија одбила улазак у авион путника са пушкама, он је одустао од путовања и тужио је директно организатора. Суд је закључио да организатор није одговоран у овом случају, јер он није ни знао за посебне захтеве путника, те да је једино одговорна може бити посредничка туристичка агенција. Види: D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 374.

106 D. Grant, S. Mason, *нав. дело*, стр. 376.

**Vuk RADOVIĆ, PhD, Mag. iur., LL.M.**  
Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

## INTERMEDIARY TRAVEL CONTRACT

### Summary

*Intermediary travel contract is one out of three travel contracts regulated by the Law on obligations. Although this is not a legally sophisticated contract, two main reasons have motivated the author to explore it in more detail: 1) this contract has a great practical significance, since the travellers often conclude them with travel agencies; and 2) writing the new Civil Code of the Republic of Serbia is currently in progress, so this is an opportunity to reexamine the content of its provisions. The legal analysis has shown significant mistakes in de lege lata regulation of this contract. Therefore, in this article the author has suggested the way these provisions should de lege ferenda be formulated. Finally, special attention has been drawn to a situation when a traveller is concluding an intermediary travel contract with a travel agency that is at the same time an agent of a travel organizer or an individual provider of separate tourist services.*

**Key words:** *intermediary travel contract, traveller, intermediary travel agency, agency contract, Law on Obligations, Draft of the Serbian Civil Code.*

Др Душан В. ПОПОВИЋ  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## УГОВОР О ЛИЦЕНЦИ – ПРИЛОГ ЈАВНОЈ РАСПРАВИ О ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ\*

### Резиме

*У раду се анализира правни режим лиценце у Закону о облигационим односима и Преднацрту Грађанског законика Србије. Аутор се залаже за друшачије дефинисање предмета уговора о лиценци, које би искључило промет пословне тајне, а обухватило усвојање имовинскоправних овлашћења која чине садржину свих права индустријске својине, осим права заштитне ознаке географског порекла. Такође, у раду се указује на потребу свеобухватнијег уређивања обавезе стицаоца лиценце жиом заштитене ознаке да одржава квалитет производа. Најзад, аутор се залаже за слободно усвојање подлиценце, независно од тога да ли је она изведена из искључиве или неискључиве лиценце, имајући у виду да уговор о лиценци само до извесне мере ангажује лична својства страна уговорница.*

**Кључне речи:** *право интелектуалне својине, права индустријске својине, лиценца, уговор, усвојање.*

### I Увод

Србија је данас међу ретким државама које немају свој Грађански законик, иако је својевремено била међу првим државама које су у девет-

\* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“.

наестом веку приступиле кодификацији грађанског права.<sup>1</sup> Стога је Влада Републике Србије донела 16. новембра 2006. године одлуку о формирању Комисије за израду Грађанског законика. Комисија је рад на изради Преднацрта Грађанског законика (надаље, Преднацрт ГЗ) окончала 2014. године, а крајем те године текст је упућен на јавну расправу. Преднацрт ГЗ обухвата класична подручја грађанског права – установе општег дела грађанског права, стварно право, облигационо право, наследно право, породично право, као и друге изведене дисциплине које су у тесној вези са класичним грађанским правом, а које су се у српском правном систему развиле до степена могућности њихове кодификације.<sup>2</sup>

У позитивном праву Србије, уговори о промету права интелектуалне својине уређени су општим и посебним прописима. Општи пропис је Закон о облигационим односима,<sup>3</sup> који садржи општа правила уговорног права и којим је посебно уређен уговор о лиценци. Посебна правила су садржана у законима којима се уређују права интелектуалне својине (Закон о патентима,<sup>4</sup> Закон о жиговима<sup>5</sup> и др.). Према правилу *Lex specialis derogat legi generali*, на конкретни уговорни однос примењује се специјални пропис, а општи пропис се примењује супсидијерно. За разлику од важећег Закона о облигационим односима, Преднацртом ГЗ се, поред уговора о лиценци, уређује и издавачки уговор. И док је правни режим издавачког уговора у Преднацрту ГЗ значајно измењен, одредбе Закона о облигационим односима којима је уређен уговор о лиценци су уз мање измене преузете у текст Преднацрта ГЗ.

Уговором о лиценци врши се конститутивни промет права интелектуалне својине (прецизније, права индустријске својине).<sup>6</sup> Овим уговором се из субјективног права индустријске својине деривира једно или више имовинскоправних овлашћења, која се потом, као ново субјективно право, конституишу на име стицаоца лиценце. То ново субјективно право означавамо појмом лиценце.<sup>7</sup> У пословној пракси,

1 Грађански законик из 1844. године био је на снази све до 1946. године када је извршена аброгација до тада важећег правног система Србије.

2 Комисија за израду грађанског законика, *Рад на изради Грађанског законика Републике Србије. Извештај комисије са ојвореним ијијањима*, Београд, 2007, стр. 13.

3 Закон о облигационим односима (надаље, ЗОО РС), *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003.

4 Закон о патентима (надаље, ЗП РС), *Сл. лист РС*, бр. 99/2011.

5 Закон о жиговима (надаље, ЗЖ РС), *Сл. лист РС*, бр. 104/2009 и 10/2013.

6 У српском праву, као и у већини држава европског континенталног права, уступање имовинскоправних овлашћења која чине садржину субјективног ауторског права врши се ауторским уговором, а не уговором о лиценци. У англосаксонском праву не чини се ова разлика, већ се свако уступање имовинскоправних овлашћења из субјективног права интелектуалне својине врши уговором о лиценци.

7 Реч „лиценца“ је латинског порекла (*licentia*) и изворно означава слободу, дрскост, самовољу. У савременим језицима је добила нешто другачије значење. У енглеском

уговор о лиценци јавља се од деветнаестог века, најпре као уговор о лиценци патентираног проналаска. У то време, правна наука је уговор о лиценци сматрала модалитетом купопродајног уговора.<sup>8</sup> Међутим, док је купопродајни уговор усмерен на пренос права својине, уговором о лиценци се имовинскоправна овлашћења само уступају, а давалац лиценце и даље остаје титулар права индустријске својине. У новије време, уговор о лиценци је сматран модалитетом уговора о закупу. Сличност између ова два уговора се огледа у чињеници да се обама уговорима врши уступање, а не пренос. Оно што, међутим, суштински разликује уговор о лиценци и уговор о закупу јесте предмет престације. Уговор о закупу има за предмет ствар као материјално добро, а уговор о лиценци интелектуално, нематеријално добро. Због тога је данас доминантни правац у теорији онај који се залаже за третирање уговора о лиценци као уговора *sui generis*.<sup>9</sup> Уговор о лиценци је двостранообавезујући уговор, пошто обе уговорне стране заснивањем међусобног односа преузимају одређене обавезе. Уговор о лиценци је теретан уговор, јер се подразумева обавеза стицаоца да плаћа накнаду за привредно искоришћавање предмета лиценце. Уговор о лиценци се често сврстава у алеаторне уговоре, пошто економски исход искоришћавања предмета лиценце зависи од ситуације на тржишту, која је за уговорне стране у моменту закључења уговора непредвидива.

У раду ће правни режим уговора о лиценци бити анализиран с обзиром на структуру релеватних одредаба Закона о облигационим односима и Преднацрта ГЗ. Тако ће најпре бити анализирана правила о предмету и форми уговора о лиценци, потом временска и просторна ограничења лиценце, затим обавезе даваоца и стицаоца лиценце, правни режим подлиценце, и најзад правила о престанку уговора о лиценци.

## II Предмет и форма уговора о лиценци

Важећим Законом о облигационим односима уговор о лиценци дефинисан је као уговор којим се давалац лиценце обавезује да стицаоцу лиценце уступи, у целини или делимично, право искоришћавања проналаска, техничког знања и искуства, жига, узорка или модела, а стица-

језику (*licence/license*) означава дозволу, слободу, необузданост. Слично значење има и у француском (*licence*) и немачком (*die Lizenz*) језику. Подробније о овом појму: Сања Радовановић, *Уговор о лиценци софтвера*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 48-49.

8 И данас се често могу привредници који користе термин „купити лиценцу“.

9 За подробнију анализу правне природе уговора о лиценци вид. С. Радовановић, *Уговор о лиценци софтвера*, стр. 50-54.

лац лиценце се обавезује да му за то плати одређену накнаду.<sup>10</sup> Нажалост, дефинишући предмет лиценце законодавац је помешао предмете заштите у праву индустријске својине (нпр. проналазак) са самим правима индустријске својине (нпр. жиг). Предмет уговора о лиценци јесте промет једног или више имовинскоправних овлашћења из субјективног права индустријске својине (патента, жига, права заштите дизајна и др.). С друге стране, предмет лиценце јесу интелектуална добра која се штите неким од права индустријске својине (патентирани проналазак, жигом заштићена ознака, заштићени дизајн и др.). Предмет лиценце могу бити само интелектуална добра која су заштићена или за која је покренут поступак заштите,<sup>11</sup> због чега је законодавац морао прецизирати да се норма не односи на „проналазак“ већ на „патентирани проналазак“.<sup>12</sup> Иста примедба може се изнети и у вези са коришћењем термина „узо-

10 ЗОО РС, чл. 686. Иста дефиниција предмета уговора о лиценци задржана је и у хрватском праву (вид. Закон о обвезним односима, *Народне новине РХ*, бр. 35/05, 41/08, 125/11, чл. 699), као и у босанско-херцеговачком праву (Закон о облигационим односима ФБиХ и РС, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Сл. лист РБиХ*, бр. 2/92, 13/93 и 13/94, *Сл. гласник РС*, бр. 17/93 и 3/96, чл. 686). У бившим југословенским републикама убрзо по проглашењу независности донети су закони о преузимању Закона о облигационим односима СФРЈ. Касније су усвајани закони о његовим изменама и допунама или су усвајани нови закони о облигационим односима. На пример, у Црној Гори је 2008. године усвојен нови ЗОО, али је дефиниција уговора о лиценци остала непромењена (вид. Закон о облигационим односима, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 47/08 и 04/11, чл. 778).

11 Пошто код поменутих интелектуалних добара заштита почиње од дана подношења пријаве (под условом да право касније буде заиста и признато), ова интелектуална добра могу бити предмет лиценце и у периоду између подношења пријаве и признања права. У случају да право не буде признато, примењује се опште правило о ништавости правних аката због располагања непостојећим правом. Ипак, постоји неколико изузетака који су прописани законом и којима се штити пуноважност уговора о лиценци под одређеним условима. Најпре, уговор о лиценци мора бити извршен у тренутку доношења решења којим се одбија захтев за признање права индустријске својине. Заштићен је онај део уговора који је извршен, у мери у којој је извршен. Надаље, давалац лиценце мора бити савестан. Њему, у тренутку закључења уговора о лиценци, нису смеле бити познате околности због којих субјективно право индустријске својине неће бити признато. Најзад, решење којим се одбија захтев за признање права индустријске својине не сме бити донето из разлога што интелектуално добро које је предмет пријаве не може бити сматрано интелектуалним добром које се по закону штити, или због тога што интелектуално добро које је предмет пријаве припада оној категорији интелектуалних добара које су законом искључене из заштите. Вид. С. М. Марковић, Д. В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, стр. 129–130.

12 Вид. нпр. Законик о интелектуалној својини Републике Француске (чл. L.613-8, ст. 2), где се уговор о лиценци дефинише као уговор о уступању, у целини или делимично, имовинскоправних овлашћења која чине садржину патента или права из пријаве. За лиценцу жигом заштићене ознаке у француском праву вид. чл. L.714-1 Законика.

рак или модел“ уместо термина „заштићени дизајн“, уз додатну напомену да је у праву интелектуалне својине одавно напуштено разликовање дизајна на дводимензионални (узорак) и тродимензионални (модел).<sup>13</sup>

Упоредјујући цитирану одредбу Закона о облигационим односима са дефиницијом уговора о лиценци у Преднацрту ГЗ можемо закључити да већина до сада изнетих замерки и даље стоји. Наиме, у Преднацрту ГЗ уговор о лиценци дефинисан је као уговор којим се давалац лиценце обавезује да стицаоцу лиценце уступи, у целини или делимично, право искоришћавања проналаска, техничког знања и искуства, патента, дизајна, жига, узорка или модела, а стицалац лиценце се обавезује да му за то плати одређену накнаду.<sup>14</sup> Терминолошка конфузија, већ присутна у Закону о облигационим односима, сада је употпуњена помињањем, као предмета лиценце, и „проналаска“ и „патента“, и „дизајна“ и „модела или узорка“. Уместо тога, као предмет лиценце требало је дефинисати патентирани проналазак, жигом заштићену ознаку, заштићени дизајн, заштићену биљну сорту и заштићену топографију интегрисаног кола. Реч је, дакле, о предметима свих права индустријске својине осим права заштите ознаке географског порекла.<sup>15</sup> У Преднацрту ГЗ се, исправно, као предмет лиценце не наводи заштићена ознака географског порекла, али се неоправдано пропушта да се као могући предмет лиценце пропишу предмети права сродних патенту – права заштите биљне сорте и права заштите топографије интегрисаног кола. Овакав избор чланова радне групе која је израдила текст Преднацрта ГЗ још је теже разумети, ако се има у виду чињеница да и Закон о заштити топографија полупроводничких производа<sup>16</sup> и Закон о заштити права оплемењивача биљних сорти<sup>17</sup> допуштају уступање права путем уговора о лиценци.

13 Ни у Закону о правној заштити индустријског дизајна (надаље, ЗИД РС) више се не користе термини „узорак“ и „модел“. Вид. дефиницију дизајна: ЗИД РС, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, чл. 2, ст. 1.

14 Преднацрт ГЗ, чл. 921.

15 Подсетимо, субјективно право заштите ознаке географског порекла није у промету. Оно, дакле, не може бити предмет уговора о цесији, лиценци, франшизи или залози. Исто важи и за колективни жиг и жиг гаранције. Постоје два разлога због којих законодавац забрањује промет ових права. Најпре, на овај начин законом се не допушта да деривативни корисник права постане лице које не испуњава услове за коришћење ознаке порекла, односно услове из општег акта о колективном жигу или жигу гаранције, постане оригинарни корисник. Други разлог тиче се чињенице да свако лице које испуњава те услове може постати оригинарни корисник у поступку стицања својства овлашћеног корисника ознаке географског порекла, односно на основу акта о колективном жигу или жигу гаранције, ако је титулар жига са тиме сагласан.

16 Закон о заштити топографија полупроводничких производа (надаље, ЗТПП РС), *Сл. гласник РС*, бр. 55/13, чл. 15, ст. 2: „Поједина или сва овлашћења из права на топографију могу, са ограничењима или без њих, бити предмет уступања на основу уговора о лиценци.“



У Преднацрту ГЗ понавља се пропуст учињен приликом дефинисања уговора о лиценци важећим Законом о облигационим односима. Наиме, као могући предмет лиценце наводи се пословна тајна, тј. техничко знање и искуство.<sup>18</sup> Пословна тајна (енгл. *know how*), међутим, не може бити предмет лиценце. Уговор о лиценци подразумева промет права, а пословна тајна није предмет ниједног искључивог права индустријске својине, па се не може говорити о располагању правом на коришћење пословне тајне.<sup>19</sup> Пословна тајна је предмет фактичког промета, тако што се може саопштити другом лицу. Овакав фактички промет је често праћен уговором о условима под којима се пословна тајна саопштава (нпр. уговором о преносу пословне тајне), што, међутим, не значи да стицалац тајне постаје правни следбеник преносиоца тајне. Уговор о условима под којима се другом лицу саопштава пословна тајна по правилу садржи предметна, временска, садржинска и територијална ограничења коришћења тајне од стране стицаоца, као и обавезу обе уговорне стране да чувају тајну. Ни преносилац, ни стицалац немају субјективно право на коришћење тајне; они само фактички користе тајну. Уколико стицалац тајне користи саопштене информације изван уговорених ограничења, тиме не повређује „право на тајну“, јер оно не постоји, већ (само) повређује своје уговорне обавезе. У пракси су, међутим, чести сложени уговори о преносу (трансферу) технологије, где се другом лицу уступа право на коришћење патентираног проналаска, уз пренос пословне тајне, односно пренос необјављених информација техничке природе. Такви уговори имају природу уговора о лиценци комбинованог са елементима уговора о преносу пословне тајне.

Нејасноће у погледу појма лиценце, тј. предмета лиценце могу се делом објаснити чињеницом да уговор о уступању тајног техничког знања („тајног проналаска“, тј. проналаска који није патентиран и за кога није поднета пријава за заштиту) може да се трансформише у уговор о лиценци уколико, током трајања уговора о уступању тајног тех-

17 Закон о заштити права оплемењивача биљних сорти (надаље, ЗБС РС), *Сл. гласник РС*, бр. 88/2011, чл. 30, ст. 1: „Носилац њрава оплемењивача може њраво коришћења заштићене сорте (у даљем тџексту: лиценца), у целини или делимично, да уступи другом лицу, на основу уговора о лиценци.“

18 Пословна тајна је корисна пословна информација која није доступна заинтересованим лицима. Реч је, дакле, о информацији која има пословни карактер (технички, организациони, финансијски и др.), која је корисна за друго лице јер може унапредити његов пословни положај, и која је тајна, односно није слободно доступна. У пракси се често прибегава комбинованој заштити оваквих информација путем патента и пословне тајне. Наиме, сложеније технологије се „раздвоје“ на патентбилне проналаске и на пратећа техничка знања. Пратећа техничка знања која не испуњавају услове за патентну заштиту се чувају као пословна тајна.

19 Тако и: С. М. Марковић, Д. В. Поповић, *нав. дело*, стр. 236, 308.

ничког знања, титулар проналазачког права поднесе патентну пријаву. У том тренутку, настанком (искључивог) права из пријаве, уговорени облици коришћења проналаска од стране стицаоца постају овлашћења која су деривирана из искључивог права уступиоца. На тај начин мења се природа почетног уговорног односа и настаје лиценца.<sup>20</sup>

Осим пословне тајне, ни ознаке које нису предмет жига не могу бити предмет лиценце. Због тога би приликом дефинисања предмета лиценце у Преднацрту ГЗ требало користити термин „жигом заштићена ознака“ а не „ознака“ или „жиг“. Наиме, лице које користи нерегистровану ознаку за обележавање својих производа такву ознаку може заштитити само на основу прописа о сузбијању нелојалне конкуренције. Овим прописима не утемељује се искључиво субјективно право на ознаку, већ законом заштићени правни интерес. Пошто не постоји одговарајуће субјективно право на интелектуалном добру, нема ни правног промета. У случају када се одређени привредни субјект сагласио да неко лице користи његову нерегистровану ознаку, није дошло до уступања овлашћења на коришћење ознаке, већ до давања дозволе за такво коришћење.<sup>21</sup> Таква дозвола делује *inter partes* а њена суштина своди се на обавезу даваоца дозволе да толерише коришћење нерегистроване ознаке од стране другог лица, као и да се уздржи од подизања тужбе због нелојалне конкуренције против тог лица.<sup>22</sup>

У Преднацрту ГЗ предлаже се задржавање важећег режима писане форме уговора о лиценци, што је већински прихваћено решење у упоредном праву.<sup>23</sup> Законом о патентима прописано је да уговор о искључивој лиценци производи дејство према трећим лицима само уколико је уписан у регистар Завода за интелектуалну својину.<sup>24</sup> Исто је прописано и Законом о жиговима, Законом о правној заштити индустријског дизајна, Законом о заштити топографија полупроводничких производа и Законом о заштити права оплемењивача биљних сорти.<sup>25</sup> Упис се врши на захтев титулара права, подносиоца пријаве или стицаоца права. Уговор о лиценци чији предмет је заштићена биљна сорта не уписује се у регистар Завода за интелектуалну својину, већ у регистар Министарства пољопривреде. Поменути законима о заштити интелектуалних добара прописано је да уговор о лиценци нарочито садржи: датум закључења,

20 У српској правној теорији овај став заступа проф. С. Марковић. Вид. С. М. Марковић, *Патентно право*, Номос, Београд, 1997, стр. 317.

21 Исто важи и у случају давања дозволе за коришћење непатентираног проналаска.

22 За подробнију анализу вид. С. М. Марковић, Д. В. Поповић, *нав. дело*, стр. 301.

23 Преднацрт ГЗ, чл. 922; ЗОО РС, чл. 687.

24 ЗП РС, чл. 46.

25 ЗЖ РС, чл. 52; ЗИД РС, чл. 51; ЗТПП РС, чл. 15; ЗБС РС, чл. 30.

име и презиме или пословно име уговорних страна, пребивалиште, боравиште или седиште уговорних страна, број пријаве или регистарски број признатог права, време трајања лиценце и обим лиценце.

### III Временска и просторна ограничења

Важећим Законом о облигационим односима прописано је да лиценца за искоришћавање патентираног проналаска, узорка или модела не може бити закључена на време дуже од трајања законске заштите тих права.<sup>26</sup> Преднацртом ГЗ се предлаже уношење мањих, али погрешних термилолошких измена. Наиме, уместо помињања „патентираног проналаска“ сада се користи термин „патент“, а уместо „узорка или модела“ – „дизајн“.<sup>27</sup> У складу са нашим претходним напоменама, ову одредбу требало би изменити тако да гласи да лиценца за искоришћавање патентираног проналаска, заштићеног дизајна, жигом заштићене ознаке, заштићене биљне сорте или заштићене топографије интегрисаних кола не може бити закључена на време дуже од трајања законске заштите тих интелектуалних добара.

У погледу просторног ограничавања права искоришћавања предмета лиценце, Преднацртом ГЗ се такво ограничење допушта само ако то није противно прописима о заштити конкуренције.<sup>28</sup> Тиме се напушта превазиђено упућивање на прописе о јединственом југословенском тржишту, а правни режим уговора у лиценци доводи у везу са правом конкуренције. У савременом праву конкуренције, уговори о искључивој лиценци могу бити изузети од забране рестриктивних споразума, под одређеним условима. Основни услов односи се на допринос унапређењу производње и промета, односно на подстицање економског развоја, до чега може доћи због тога што стицалац искључиве лиценце има подстицај да инвестира у развој нових технологија. Изузећем од забране рестриктивних споразума, по правилу, могле су бити обухваћене само тзв. отворене искључиве лиценце.<sup>29</sup> Допуштеност ограничења лиценце

26 ЗОО РС, чл. 688.

27 Преднацрт ГЗ, чл. 923.

28 Упор. Преднацрт ГЗ, чл. 925, ст. 1; ЗОО РС, чл. 690, ст. 1.

29 Код отворених искључивих лиценци, искључивост се односи само на уговорни однос између даваоца и стицаоца лиценце. Давалац се, тако, једино обавезује да на одређеном подручју неће сам вршити, нити уступати трећим лицима, овлашћења која је већ уступио стицаоцу лиценце. Насупрот томе, постоје искључиве лиценце које пружају стицаоцу потпуну територијалну заштиту, тако што се уговорне стране обавезују да потпуно искључе конкуренцију на резервисаном подручју, на пример, тако што ће предузети мере у циљу спречавања паралелне трговине. Разликовање отворених и затворених искључивих лиценци, које се чини у праву Европске уније, сматрамо недовољно утемељеним. Наиме, с једне стране се

у домаћем праву конкуренције требало би ценити с обзиром на опште услове за изузеће од забране рестриктивних споразума, прописаних чл. 11 Закона о заштити конкуренције,<sup>30</sup> као и с обзиром на одредбе одговарајуће уредбе о групном изузећу од забране (у зависности од тога да ли је реч о хоризонталном или вертикалном споразуму).<sup>31</sup>

#### IV Обавезе даваоца лиценце

Преднацрт ГЗ преузима готово у целини важећа решења из Закона о облигационим односима приликом уређивања обавеза даваоца лиценце. Давалац лиценце дужан је да стицаоцу лиценце преда предмет лиценце, као и да му даје сва упутства и обавештења која су потребна за успешно искоришћавање предмета лиценце. Такође, давалац лиценце гарантује стицаоцу техничку изводљивост и техничку употребљивост предмета лиценце.<sup>32</sup> То је најнижи ниво гаранције, који подразумева да заштићено интелектуално добро које је предмет лиценце може да се материјализује у индустријским условима, као и да се њим заиста решава назначени технички проблем. Приликом израде Преднацрта ГЗ исправно је одабрано да се обавеза информисања не уређује детаљније. Наиме, одређивање границе информисања је фактичко питање, приликом чијег разматрања морају бити узети у обзир интереси обе уговорне

допушта искључиви промет овлашћења на уговорној територији која се подудара са државним границама, док се, с друге стране, санкционише свака радња која се предузима према трећим лицима у циљу поштовања клаузуле о искључивости. Предузимање таквих радњи би се, по правилу, сматрало незаконитим спречавањем паралелне трговине. Вид. подробније. Душан Поповић, *Искључива њрава интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 31-72.

- 30 *Сл. гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013. Од забране се могу изузети споразуми који доприносе унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког или економског напретка, а потрошачима обезбеђују правичан део користи, под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума, односно не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом битном делу.
- 31 Вид. Уредба о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране, *Сл. гласник РС*, бр. 11/2010; Уредба о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране, *Сл. гласник РС*, бр. 11/2010; Уредба о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране, *Сл. гласник РС*, бр. 11/2010. У праву Европске уније усвојен је посебан пропис о условима за групно изузеће од забране споразума о преносу технологије (Уредба бр. 316/2014, *Сл. лист ЕУ*, бр. L93 од 28. марта 2014. год.).
- 32 Упор. Преднацрт ГЗ, чл. 926-928; ЗОО РС, чл. 691-693.

стране. Ти интереси су, наравно, супротстављени – интерес даваоца лиценце јесте да задржи конкурентску предност над стицаоцем лиценце, док је интерес стицаоца да му давалац, својим информацијама, омогући делотворно коришћење предмета лиценце. Обавеза информисања никада не подразумева да је давалац лиценце једини одговоран за успешно коришћење предмета лиценце.<sup>33</sup> У вези са поменутиим обавезама даваоца лиценце, у односу на текст важећег Закона о облигационим односима једина измена састоји се у извршеном прецизирању дужности даваоца лиценце да стицаоцу лиценце преда *сву* документацију која је потребна за практичну примену предмета лиценце. Сматрамо, међутим, да се ни важећа одредба не може тумачити другачије. Наиме, и по важећем закону давалац лиценце је дужан да преда ону документацију која омогућава искоришћавање предмета лиценце. Јасно је да се одредба односи на *сву* ону документацију којом се такво искоришћавање омогућава.

Најзад, давалац лиценце јемчи да право искоришћавања предмета лиценце припада њему, да на том праву нема терета и да оно није ограничено у корист трећег. Ова одредба такође је преузета у неизмењеном облику из важећег Закона о облигационим односима.<sup>34</sup> Сматрамо да би одређене језичке интервенције ипак биле пожељне. Наиме, уместо помињања права искоришћавања које „припада“ даваоцу лиценце, било би адекватније прописати да „давалац лиценце гарантује стицаоцу да право из ког се лиценца изводи постоји“.

У Преднацрту ГЗ се као алтернатива предлаже брисање чл. 695 важећег Закона о облигационим односима, којим се прописује да давалац лиценце не може сам искоришћавати предмет лиценце, у целини или делимично, нити то може поверити другом лицу у границама просторног важења лиценце. Слажемо се да је целисходно брисати овај члан, пошто је искључива лиценца већ дефинисана општим одредбама којима се уређује уговор о лиценци.<sup>35</sup>

## V Обавезе стицаоца лиценце

У позитивном праву Србије, стицалац лиценце има обавезу да користи предмет лиценце. Ако није уговорено другачије, коришћење

33 Тако и: С. М. Марковић, Д. В. Поповић, *нав. дело*, стр. 237. Обавеза информисања се у пракси испуњава на различите начине. На пример, када су информације садржане у софтверу, сматра се да је обавеза извршена када се стицаоцу лиценце испоручи телесни носач на коме је софтвер забележен. Понекад се информације пружају тако што се организује обука кадрова, сервисирање уређаја и сл.

34 Преднацрт ГЗ, чл. 929; ЗОО РС, чл. 694.

35 Вид. Преднацрт ГЗ, чл. 930 (ЗОО РС, чл. 695); Преднацрт ГЗ, чл. 924, ст. 1 (ЗОО РС, чл. 689, ст. 1).

предмета лиценце није само право, већ и дужност стицаоца лиценце.<sup>36</sup> Уколико стицалац лиценце прекорачи садржински, предметни, временски и просторни оквир коришћења предмета лиценце, који је одређен уговором, не само да ће повредити уговорне обавезе, већ ће повредити и субјективно право даваоца лиценце, из кога је лиценца изведена. У Преднацрту ГЗ, коришћење предмета лиценце није више дефинисано као обавеза, већ као право стицаоца лиценце.<sup>37</sup> Посматрано из угла заштите јавног интереса, ако је закључен уговор о искључивој лиценци, а стицалац лиценце не искоришћава предмет лиценце, надлежни државни орган свакако може издати принудну лиценцу у јавном интересу.<sup>38</sup>

У погледу коришћења накнадних усавршавања, задржано је правило по коме стицалац лиценце није овлашћен да искоришћава накнадна усавршавања предмета лиценце, осим уколико законом или уговором није другачије одређено.<sup>39</sup> На тај начин се штити легитимни интерес даваоца лиценце да не дозволи да стицалац лиценце постане његов технолошки конкурент. Ипак, у пракси није неуобичајено да се уговори другачије.

Надаље, Преднацртом ГЗ уређује се обавеза чувања предмета лиценце у тајности. Нажалост, одредбом која је преузета из текста важећег Закона о облигационим односима неправилно је дефинисан предмет ове обавезе.<sup>40</sup> Наиме, у складу са нашим ранијим појашњењима, предмет лиценце не може бити непатентирани проналазак, нити тајно техничко знање и искуство. Због тога се ни обавеза чувања одређених информација у тајности не односи на предмет лиценце, што може бити само патентирани проналазак или проналазак за чију заштиту је поднета патентна пријава, односно друго заштићено интелектуално добро које је предмет права индустријске својине. Ова обавеза се, пак, односи на поверљиве информације које је стицалац лиценце сазнао од даваоца лиценце, а који чине пословну тајну даваоца. Реч је о тзв. пратећим информацијама. Из истог разлога требало би у самом наслову чл. 933 Преднацрта ГЗ преименовати обавезу чувања предмета лиценце у тајности у обавезу чувања у тајности одређених информација у вези са предметом лиценце. Обавеза чувања поверљивости одређених

36 Искоришћавање предмета лиценце представља обавезу стицаоца лиценце патентираног проналазак и у француском праву. За подробнију анализу вид. Joanna Schmidt-Szalewski, Jean-Luc Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, Paris, 2003, стр. 117.

37 Упор. Преднацрт ГЗ, чл. 931; ЗОО РС, чл. 696.

38 У Закону о патентима ова врста принудне лиценце означава се као „принудна лиценца која се издаје у случају када јавна опасност угрожава опстанак државе или грађана“. Вид. ЗП РС, чл. 26, ст. 8.

39 Преднацрт ГЗ, чл. 932; ЗОО РС, чл. 697.

40 Преднацрт ГЗ, чл. 933; ЗОО РС, чл. 698.

информација у вези са предметом лиценце траје и после истека уговора о лиценци, све док оне имају статус пословне тајне даваоца лиценце.

Законом о облигационим односима посебно је уређен случај истовременог уступања лиценце патентираног проналаска („лиценце за производњу“, како је назива законодавац) и лиценце жигом заштићене ознаке („лиценце за употребу жига“<sup>41</sup>). Наиме, уговором о лиценци жигом заштићене ознаке умножава се број њених корисника, због чега се у привредном промету јавља иста врста робе обележена истом ознаком, али различитог порекла. Због тога може бити угрожена основна функција ознаке – функција указивања на порекло робе. У ранијем периоду, овај проблем је решаван прописивањем апсолутне забране лиценцирања жигом заштићене ознаке. Некадашња забрана лиценцирања жигом заштићене ознаке у међувремену је напуштена у упоредном праву, па се проблем могуће угрожености функције указивања на порекло робе уобичајено решава на следећи начин:

1. прописује се обавеза означавања на амбалажи чињенице да је роба произведена „по лиценци“;
2. прописима о сузбијању нелојалне конкуренције се овлашћују удружења потрошача да туже и стицаоца и даваоца лиценце за радњу нелојалне конкуренције, уколико квалитет робе означене лиценцираном жигом заштићеном ознаком није једнак квалитету робе означене „изворном“ ознаком;
3. прописима о облигационим односима уређује се обавеза стицаоца лиценце жигом заштићене ознаке да одржава квалитет производа једнаким квалитету производа који потичу од даваоца лиценце.

У српском праву прописана су сва три механизма заштите интереса потрошача. Најпре, Законом о облигационим односима прописана је обавеза обележавања на роби чињенице да је произведена „по лиценци“.<sup>42</sup> Потом, и давалац и стицалац лиценце жигом заштићене ознаке могу бити тужени за радњу нелојалне конкуренције.<sup>43</sup> Најзад, прописује се обавеза стицаоца лиценце да одржава квалитет производа, али је та обавеза ограниченог домашаја.

Наиме, Законом о облигационим односима, као и Преднацртом ГЗ који у неизмењеном облику преузима релевантну одредбу, не уређује се случај самосталног лиценцирања жигом заштићене ознаке.<sup>44</sup> Наиме,

41 Поново се не разликује жиг и жигом заштићена ознака.

42 ЗОО РС, чл. 700. Ова одредба преузета је и у тексту Преднацрта ГЗ (вид. чл. 935).

43 Закон о трговини, *Сл. гласник РС*, бр. 53/2010 и 10/2013, чл. 50а.

44 Преднацрт ГЗ, чл. 934; ЗОО РС, чл. 699.

обавеза одржавања квалитета производа означеног лиценцираном жигом заштићеном ознаком односи се само на стицаоца лиценце који је истовремено стекао и лиценцу проналаска поступка производње односне робе. У описаним околностима давалац лиценце свакако је мотивисан да уговори обавезу стицаоца да поштује стандарде квалитета производа. Због тога је важећа, односно предложена одредба ограниченог домашаја, те би требало или проширити њен обухват и на случај самосталног лиценцирања жигом заштићене ознаке, или у потпуности укинути обавезу стицаоца лиценце да одржава квалитет производа. У последњем случају, законодавац би се определио за потпуну либерализацију промета жигом заштићене ознаке, а евентуални спорови у вези са квалитетом робе произведене „по лиценци“ били би решавани у складу са прописима о сузбијању нелојалне конкуренције.

Најзад, Преднацртом ГЗ обавеза плаћања лиценцне накнаде уређује се на исти начин као и важећим Законом о облигационим односима.<sup>45</sup> Препуштено је уговорним странама да се споразумеју о конкретном начину плаћања накнаде (паушална свота, ројалти, комбинација паушалне своте и ројалтија, приход од трансакција повезаних са уступањем лиценце, дивиденда од заједничког подухвата у ком се улог састоји од лиценце, неновчана накнада и др.).<sup>46</sup> Уговор о лиценци је дефинисан као теретни уговор. Стога, уколико не би била уговорена обавеза плаћања накнаде, уговор не би имао карактер уговора о лиценци, већ неименованог уговора који је уређен општим правилима облигационог права. У случају да је неспорно да је уговор теретан, али се стране нису сагласиле о износу лиценцне накнаде, сматрало би се да уговор о лиценци није ни закључен, јер нема сагласности страна о битном елементу уговора.<sup>47</sup>

## VI Подлиценца

Стицаоцу лиценце би могло одговарати да право искоришћавања предмета лиценце уступи другоме. На тај начин, искоришћавање предмета лиценце могло би се уступити лицу које има додатне производне капацитете који недостају стицаоцу лиценце, или би пак помоћу подлиценце стицалац могао остварити додатни приход и тако лакше исплатити лиценцну накнаду. Позитивним правом Србије начелно се допуш-

45 Преднацрт ГЗ, чл. 936-938; ЗОО РС, чл. 701-703.

46 Више о приходима од привредног искоришћавања предмета лиценце, као и о утврђивању износа лиценцне накнаде: Michael Z. Brooke, John M. Skilbeck, *Licensing: The International Sale of Patents and Technical Knowhow*, Gower, Vermont, 1994, стр. 191-205.

47 Тако и: С. М. Марковић, Д. В. Поповић, *нав. дело*, стр. 240.



та давање подлиценце. Наиме, стицалац *искључиве* лиценце може даље уступити право искоришћавања предмета лиценце, али се уговором може предвидети да стицалац лиценце не може другоме дати лиценцу или му је не може дати без дозволе даваоца лиценце.<sup>48</sup> Треба сматрати да је по закону потребна дозвола даваоца лиценце за уступање подлиценце у случају када је реч о *неискључивој* лиценци.<sup>49</sup>

У Преднацрту ГЗ (алтернативно) се предлаже брисање одредбе којом се прописује да стицалац *искључиве* лиценце може право коришћења предмета лиценце уступити другоме. Брисањем ове одредбе, давање подлиценце било би начелно допуштено, независно од тога да ли је реч о подлиценци која се изводи из *искључиве* или *неискључиве* лиценце. Свакако, могло би се уговорити да стицалац лиценце не може другоме дати подлиценцу или да му је не може дати без дозволе даваоца лиценце.<sup>50</sup> Предложено решење, иако не сасвим задовољавајуће, у већој мери кореспондира са привредноправним карактером овог уговора, који није типични уговор *intuitu personae*. Наиме, иако се уговор о лиценци закључује с обзиром на одређена лична својства уговорника, та својства тичу се пре свега привредних капацитета којима располажу уговорници, који су неопходни за делотворно искоришћавање предмета лиценце. Због тога у домаћем праву уговор о лиценци не престаје смрћу стицаоца лиценце, уколико наследници настављају да обављају исту привредну делатност. „Прави“ уговор *intuitu personae* престао би смрћу уговорника.<sup>51</sup>

Имајући у виду да уговор о лиценци само до извесне мере ангажује лична својства страна уговорница,<sup>52</sup> сматрамо да би требало допустити стицаоцу лиценце да слободно даље уступа право привредног

48 ЗОО РС, чл. 704.

49 Вид. Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд, 1983, стр. 1645.

50 Преднацрт ГЗ, чл. 939.

51 За неке врсте уговора се без већих тешкоћа може утврдити да ли су закључени с обзиром на лична својства стране уговорнице/страна уговорница. Међутим, стране уговорнице могу један уговор који у принципу није уговор *intuitu personae* (нпр. уговор о закупу) закључити управо с обзиром на лична својства. Тада је дужност суда да оцени праву вољу страна уговорница. Ипак, треба имати у виду да готово сваки уговор на неки начин ангажује својства уговорника, што није довољно за квалификацију уговора *intuitu personae*. За ту квалификацију је потребно утврдити већи степен ангажованости личних својстава у уговору – да су стране уговорнице управо закључиле уговор имајући у виду лична својства и то са намером да уговор изврши баш оно лице које је уговор закључило. Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1990, стр. 234.

52 Поједини аутори у већој мери признају *intuitu personae* карактер уговору о лиценци. Вид. нпр. Весна Бесаровић, *Дерегулација виших облика привредне сарадње са иностранством*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1990, стр. 53 *et*

искоришћавања предмета лиценце. Ипак, законодавац уважава и легитимни интерес даваоца лиценце да одлучује о привредном искоришћавању свог заштићеног интелектуалног добра. Тако, даваоцу лиценце најпре се допушта да уговором искључи могућност давања подлиценце. На тај начин се даваоцу лиценце омогућава да „управља“ привредним искоришћавањем предмета лиценце, уколико то жели, као и да за себе резервише право избора свих лица која могу искоришћавати заштићено интелектуално добро. Уколико уговором не искључи могућност давања подлиценце, давалац лиценце „контролу“ над искоришћавањем предмета лиценце може извршити тако што ће уговорити да је за давање подлиценце најпре потребно прибавити његову дозволу. Када је таква дозвола потребна, давалац лиценце је може ускратити само из озбиљних разлога.<sup>53</sup> Давалац лиценце, дакле, не може увек спречити стицаоца лиценце да уступи подлиценцу, чак и када је даље уступање условљено његовом сагласношћу. Ово правило чини нам се неусклађеним са општим режимом подлиценце. Наиме, уколико давалац лиценце може уговором искључити могућност давања подлиценце независно од тога какве природе је разлог таквог искључења, нелогично је, у случају уговарања обавезе стицаоца лиценце да прибави дозволу од даваоца, ограничити могућност одбијања давања дозволе само на постојање „озбиљних разлога“.

У појединим, пак, законодавствима *intuitu personae* карактер уговора о лиценци у већој мери је утицао на правни режим подлиценце. Тако, на пример, у француском праву стицалац лиценце патентнираног проналаска може дати подлиценцу само уколико се давалац лиценце са тиме изричито сагласио приликом закључења уговора о лиценци или накнадно.<sup>54</sup>

Најзад, у Преднацрту ГЗ преузима се одредба важећег Закона о облигационим односима којом се прецизира да се уговором о подлиценци не ствара никакав посебан правни однос између даваоца лиценце и стицаоца подлиценце, чак и у случају када је давалац лиценце дао потребну дозволу за закључење подлиценце. Уговор о подлиценци је уговор којим се ствара непосредни правни однос само између даваоца и стицаоца подлиценце, која може бити временски, садржински или просторно ограничена. За друга лица, укључујући и даваоца лиценце, уговор о подлиценци је *res inter alios acta*.<sup>55</sup> Ипак, давалац лиценце може у једном случају упутити непосредан захтев стицаоцу подлиценце. Наиме, давалац лиценце може, ради наплате својих потраживања од стицаоца

*seq.*; Миодраг Јањић, *Уговори о лиценци (йосебно међународни уговори о лиценци)*, Институт за упоредно право, Београд, 1967, стр. 11.

53 Преднацрт ГЗ, чл. 940; ЗОО РС, чл. 705.

54 За подробнију анализу вид. J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *нав. дело*, стр. 111.

55 Тако и: Б. Т. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 1645.

лиценце насталих из лиценце, захтевати непосредно од стицаоца подлиценце исплату износа који овај дугује даваоцу подлиценце по основу подлиценце.<sup>56</sup> По правилу, реч је о наплати доспеле неплаћене накнаде за лиценцу, када се давалац лиценце непосредно обраћа стицаоцу подлиценце са захтевом да му овај плати оно што дугује даваоцу подлиценце по основу подлиценце, до висине његове тражбине.

## VII Престанак уговора о лиценци

Преднацртом ГЗ преузимају се у неизмењеном облику све одредбе Закона о облигационим односима којима се уређује трајање и престанак уговора о лиценци.<sup>57</sup> Уговор о лиценци може бити закључен на одређено и на неодређен временски период. Уговор о лиценци закључен на одређено време престаје самим протеком времена за који је закључен, те није потребно да буде отказан. Ипак, зависно од садржине и предмета лиценце, узајамна права и обавезе уговорних страна трају док се послови не приведу логичном крају. На пример, стицалац лиценце овлашћен је да стави у промет већ произведену робу и након престанка уговора о лиценци. Када је, пак, уговор о лиценци закључен на неодређено време, он се окончава отказом једне од страна, уз поштовање примереног отказног рока. Пошто се уговором о лиценци уступају имовинскоправна овлашћења која чине садржину неког од права индустријске својине, а за привредно искоришћавање заштићеног интелектуалног добра је потребно да протекне више времена како би стицалац лиценце могао да од искоришћавања предмета лиценце стекне извесну корист, важећи Закон о облигационим односима садржи одредбу заштитног карактера. Наиме, давалац лиценце не може отказати уговор током прве године његовог важења, чиме законодавац пружа стицаоцу лиценце прилику да барем делимично привредно искористи предмет лиценце. Такође, ако отказни рок није одређен уговором, износи шест месеци. Најзад, предвиђа се и могућност прећутног продужења рока трајања уговора. До тога долази када, након истека уговореног рока трајања уговора, стране уговорнице наставе да се понашају као да је уговор још на снази. Тада ће се сматрати да је закључен нови уговор са неодређеним роком трајања, који је у осталоме исти као претходни.

За разлику од класичних уговора *intuitu personae*, уговор о лиценци по правилу не престаје у случају смрти даваоца и стицаоца лиценце. Наиме, у случају смрти даваоца лиценце, лиценца се наставља са његовим наследницима, ако другачије није уговорено. С друге стране,

56 Преднацрт ГЗ, чл. 942; ЗОО РС, чл. 707.

57 Преднацрт ГЗ, чл. 943–946; ЗОО РС, чл. 708–711.

у случају смрти стицаоца лиценце, лиценца се наставља са његовим наследницима који продужавају његову привредну делатност. У случају стечаја или ликвидације стицаоца лиценце, давалац лиценце може раскинути уговор.<sup>58</sup> Из претходних одредаба, које су преузете и у Преднацрту ГЗ,<sup>59</sup> може се закључити да се уговор о лиценци не закључује с обзиром на својства даваоца лиценце. Због тога његова смрт по правилу нема дејстава на судбину лиценце, осим уколико супротно није уговорено. Међутим, у случају смрти стицаоца лиценце, уговор о лиценци ће престати уколико стицалац није за собом оставио наследнике који настављају његову делатност. Уговор о лиценци се, дакле, закључује с обзиром на лична својства стицаоца лиценце, али се та релевантна својства стицаоца заправо односе на његову привредну делатност. Према томе, лиценца прати делатност стицаоца.

### VIII Завршне напомене

Рад на кодификацији грађанског права Републике Србије пружио је идеалну прилику да се још једном промисли о правном режиму уговора о лиценци. Мишљења смо да та прилика није у пуној мери искоришћена. Одредбе којима се уређује уступање права индустријске својине су у мањој мери измењене, а предложеним изменама не отклањају се раније уочене недоследности законодавца. Као што је наша анализа показала, већ предмет уговора о лиценци мора бити дефинисан на другачији начин, имајући у виду чињеницу да се овим уговором врши уступање имовинскоправних овлашћења која чине садржину неког од субјективних права индустријске својине. Стога у дефиницију уговора о лиценци не може бити укључен промет пословне тајне (техничких знања), а мора бити укључен промет права заштите биљне сорте и права заштите топографије интегрисаног кола. Надаље, релевантне одредбе морају бити термилошки уједначене, чиме би било избегнуто постојеће мешање термина којима се означава предмет права индустријске својине (конкретних интелектуалних добара) и самих права индустријске својине. Имајући у виду да уступање техничких знања и искуства не може предмет уговора о лиценци, пошто та

58 Упор. Закон о стечају, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 и 83/2014, чл. 94. Престанак правног лица стицаоца лиценце даје право даваоцу лиценце да раскине уговор, за разлику од општег правила стечајног права где је то право стечајног управника. Према општим правилима стечајног права, давалац лиценце не би имао ово право уколико је стицалац лиценце извршио своју уговорну обавезу на време. Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 336.

59 Вид. Преднацрт ГЗ, чл. 946.

знања нису предмет ниједног искључивог права индустријске својине, обавеза чувања тајности треба бити дефинисана тако да се односи на информације које су у вези са предметом лиценце, а не, као што је сада случај, на информације које су предмет лиценце.

Надаље, у погледу лиценцирања жигом заштићене ознаке сматрамо да би обавезу одржавања квалитета производа означеног лиценцираном жигом заштићеном ознаком, која се према Закону о облигационим односима и Преднацрту ГЗ односи само на стицаоца лиценце који је истовремено стекао и лиценцу проналаска поступка производње односне робе, требало проширити и на случај самосталног лиценцирања жигом заштићене ознаке, или пак у потпуности укинути обавезу стицаоца лиценце да одржава квалитет производа. Задржавањем постојећег правила којим се уређује обавеза одржавања квалитета производа као да се поново избегава заузимање начелног става према слободном уступању жигом заштићене ознаке. Опредељивањем за потпуну либерализацију промета жигом заштићене ознаке законодавац не би лишио потрошаче заштите, јер би се евентуални спорови у вези са квалитетом робе произведене „по лиценци“ решавали у складу са прописима о сузбијању нелојалне конкуренције.

Најзад, правни режим подлиценце требало би да буде измењен у складу са коначним опредељењем законодавца и законодавца у погледу (не)постојања *intuitu personae* карактера уговора о лиценци. Имајући у виду да уговор о лиценци само до извесне мере ангажује лична својства страна уговорница, сматрамо да би требало допустити стицаоцу лиценце да слободно даље уступа право привредног искоришћавања предмета лиценце.

**Dušan V. POPOVIĆ, PhD**

**Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **LICENSING AGREEMENT – A CONTRIBUTION TO THE PUBLIC DISCUSSION ON THE DRAFT CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*In this paper, the author analyzes the rules governing the conclusion of a licensing agreement laid down by the Law of contract and torts, as well as the relevant provisions of the Draft Civil Code of the Republic of Serbia. The author argues in favour of re-defining the subject matter of a licensing agreement which would exclude from the current definition the transfer of a business secret and include the licensing of any industrial property right apart from the right protecting a designation of origin or a geographical indication. Furthermore, the author demonstrates the need for a re-assessment of a duty of the trademark licensee to maintain the same quality of a product manufactured under a license. Finally, the author argues in favour of a non-restricted sub-licensing, both in case a sub-license is derived from exclusive and non-exclusive license, since licensing agreement is concluded with a view of personal characteristics of the parties only to a certain extent.*

**Key words:** *intellectual property law, industrial property rights, license, contract, licensing.*

Др *Кашарина А. ЈОВИЧИЋ*  
научни сарадник Института за упоредно право, Београд

## ПРАВИЛА ЗА РАСКИД УГОВОРА О ПРОДАЈИ У НАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА – СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ

### Резиме

*Раскид уговора о продаји је санкција која најчешће постоји један уговор када га дужник не изврши онако како је предвиђено. Ово питање се регулише правилима уговорној праву, која су систематизована у оквиру закона који уређује облигационе односе, али и у другим законима јер постоји потреба да се нека посебна питања, или неке посебне продаје на тај начин регулишу. Тако су потрошачке продаје предмет Закона о заштити потрошача, који има за циљ да одређеним, специјалним правилима пружи додатну заштиту потрошачима и преко онога што предвиђа одређени режим за уговоре. У овом реферату се анализирају и уређују правила о раскиду уговора о продаји према Нацрту Грађанског законика и Закону о заштити потрошача, како би се указало на њихове међусобне сличности и разлике.*

**Кључне речи:** *уговор о продаји, неизвршење, раскид уговора, потрошачке продаје, заштита потрошача.*

## I Увод

Уговор о продаји је класичан и у пракси најчешће примењиван уговор с обзиром да је то основни правни инструмент путем кога се одвија промет роба.<sup>1</sup> Чињеница да је тако често и тако дуго у примени упућује на закључак да се овај уговор константно прилагођава актуелним потребама, а захтеви међународног промета роба, који су све значајнији у условима глобалног тржишта, намећу неопходност приближавања међусобно неусклађених решења националних права у погледу његовог извршења, као и правних последица када не буде испуњен.

Српско право прати међународне трендове у овој области, па се у Нацрту Друге књиге Грађанског законика Србије (даље у тексту: Нацрт ГЗ), која регулише облигационе односе,<sup>2</sup> предвиђа неколико измена и/или алтернативних решења која се односе на уговор о продаји. Те измене доприносе бољем усклађивању нашег права са решењима која се успешно примењују у упоредном праву, али се њима и отклањају неке недоумице које су се показале током вешеедеценијске примене Закона о облигационим односима (даље у тексту: ЗОО).<sup>3</sup>

Иако су правила о продаји предмет прописа који уређује облигационе односе, она се налазе и у другим законима јер постоји потреба да се нека посебна питања тог уговора, или неке посебне продаје, на тај начин регулишу. Међу таквима је и Закон о заштити потрошача (даље у тексту: ЗЗП),<sup>4</sup> који се примењује на потрошачке продаје, тј. на уговоре о продаји код којих се на страни продавца налази професионални трговац, док је купац потрошач, односно лице које купује ствари за личну, а не за комерцијалну употребу.<sup>5</sup>

С обзиром да је пропис који уређује облигационе односе општи у односу на Закон о заштити потрошача, нема сумње да је тај, посебни закон у битној мери са њим усклађен. Међутим, између њих има и

- 1 У овом раду се разматра искључиво уговор о продаји који има за предмет ствари или робу.
- 2 Нацрт Грађанског законика Републике Србије, Генерални секретаријат Владе, Београд. Доступно на адреси: [http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C\\_Obligacioni\\_odnosi.pdf](http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf).
- 3 Закон о облигационим односима (*Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; *Службени листи СРЈ*, бр.31/93 и *Службени листи СЦГ*, бр. 1/2003, даље у фуснотама: ЗОО).
- 4 Закон о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 62/14, даље у фуснотама: ЗЗП).
- 5 Потрошачке су оне продаје које се закључују између продавца који је професионални трговац и потрошача. Потрошач је, према одређењу ЗЗП, физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности (ЗЗП, чл. 5 ст. 1 тач. 1).



разлика, што је пре свега последица специфичног односа страна уговорница у потрошачким продајама, који се огледа у томе што је продавац стручно и финансијски доминантан у односу на купца потрошача. Због тога се на потрошача традиционално гледа као на слабију уговорну страну, коме је потребно пружити одговарајућу заштиту.<sup>6</sup> Та заштита установљена је и врши се према посебном закону који, редовно, за ову категорију купаца предвиђа нека посебна, често и већа права од оних гарантованих прописом који уређује облигационе односе. Ове су разлике посебно присутне у домену правних средстава којима располаже купац када продавац повреди уговор, од којих његово право да раскине уговор привлачи посебну пажњу, јер је у питању санкција која најтеже погађа уговор.

## II Раскид уговора према Нацрту Грађанског законика Републике Србије

Право да раскине уговор припада сваком повериоцу из двострано – обавезујућег уговора у случају да дужник не испуни оно што је прихватио као своју уговорну обавезу. Правила којима се у Нацрту ГЗ регулише ово правно средство у највећој мери су преузета из актуелног ЗОО. Тако се право на раскид уговора, редовно, стиче тек након што дужник ни у накнадном року не пружи испуњење, а реализује се путем изјаве повериоца да раскида уговор.<sup>7</sup> Једино ако је договорено да дужник испуни обавезу у одређеном, фиксном, року онда поверилац није дужан да му оставља накнадни рок за испуњење, јер се у том случају уговор раскида аутоматски, по самом праву.<sup>8</sup> Уговор, међутим, може и тада да остане на снази, али само ако поверилац позове дужника да га испуни у додатном року.

У Нацрту ГЗ, баш као ни у ЗОО, нема изричитих захтева у погледу садржине и форме изјаве о раскиду уговора, сем што је предвиђено да је поверилац дужан да, на несумњив начин, изјави дужнику да раскида

6 У оквиру Европске уније се данас не гледа на потрошача искључиво као на слабију страну у уговорном односу са трговцем, већ се све више потенцира да је и он активни партнер у том уговору. Више о томе вид. Милена Јовановић Zattila, *Право потрошача*, Ниш, 2013, стр. 14.

7 Нацрт ГЗ, чл. 135 (који одговара ЗОО, чл. 124).

8 Чл. 136 ст 1. Нацрт ГЗ преузима чл. 125. ст. 1. ЗОО, уз измену последњег дела раченице првог става тако да уместо речи „...уговор се раскида по самом закону“ стоји: „...уговор је раскинут самом чињеницом неизвршења, без изјаве о раскиду и без остављања накнадног рока (аутоматски расид).“ Ова промена отклања могућност да дође до спора у вези са применом наведеног правила, односно због питања да ли је конкретни уговор раскинут, или је још увек на снази.

уговор.<sup>9</sup> Једина разлика је у томе што је у Нацрту ГЗ овом правилу додат ст. 2, по коме изјава о раскиду производи дејство само ако је дужник о њој обавештен.<sup>10</sup> Изјава о раскиду према чл. 130 ЗОО мора бити саопштена дужнику без одлагања, док је у Нацрту ГЗ предвиђено да се она мора учинити на несумњив начин.<sup>11</sup> Између ова два решења повериоца боље штити оно које предвиђа Нацрт ГЗ, али је то за дужника теже, јер га приморава да буде спреман да поднесе последице раскида уговора у једном временском периоду који није ограничен.

Најзначајнију промену у односу на актуелни систем раскида уговора Нацрт ГЗ уноси у чл. 138, којим се предлаже везивање раскида уговора за концепт битне повреде уговора. То значи да поверилац стиче ово право ако је због неизвршења уговора претрпео такву штету да је суштински лишен користи коју је од уговора оправдано очекивао, или је сврха целог посла доведена у питање.<sup>12</sup> У таквом случају, он може одмах да изјави да раскида уговор.<sup>13</sup> Ако, међутим, повреда уговора не испуњава захтев битне повреде уговора, онда поверилац опет може да га раскине, али само под условом да је дужнику оставио накнадни рок за испуњење па и тај рок безуспешно протекне.<sup>14</sup>

- 9 Нацрт ГЗ, чл. 142 (који одговара ЗОО, чл. 130). С обзиром на наведено, поверилац може изјавити да раскида уговор у било којој форми, укључујући и усмено, с тим што би ради правне сигурности ипак требало да то учини на начин који оставља ваљани траг о томе да је наведену изјаву заиста дао. То је и у функцији захтева да се дужнику на несумњив начин изјави да се уговор раскида. При том, да би та изјава била несумњива, њена садржина мора бити таква да је дужнику потпуно јасно да поверилац жели да раскине уговор, а не да користи неко друго правно средство.
- 10 У овој ситуацији треба узети да је, у случају сумње, поверилац дужан да докаже да је упознао дужника са том изјавом, јер он на тој чињеници заснива своје право да је раскинуо уговор.
- 11 У питању је чл. 142 Нацрта ГЗ који, такође, предвиђа и да изјава о раскиду производи правно дејство ако је дужник о њој обавештен.
- 12 Дефиниција битне повреде уговора дата је у ст. 2 чл. 138 Нацрта ГЗ. Концепт битне повреде уговора је у Нацрт ГЗ унет под очигледним утицајем чл. 25 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (енгл. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), која је усвојена 1980. године у Бечу. Ова Конвенција је ратификована у више од 100 земаља у свету, укључујући и Републику Србију (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10-1/84). О битној повреди уговора према члану 25. Конвенције вид. Јелена Перовић, *Битна повреда уговора – међународна продаја робе*, Београд, 2004, стр. 122-166.
- 13 Нацрт ГЗ, чл. 138. ст. 1.
- 14 У овом случају примењује се општи режим раскида уговора. Ипак, у неким ситуацијама које су изричито предвиђене законом, накнадни рок може и изостати. Према актуелном ЗОО (чл. 127), то је случај када из дужниковог држања произлази да он неће своју обавезу извршити ни у накнадном року, док Нацрт ГЗ употпуњава листу додајући и случај када је дужник изричито изјавио да то неће учинити ни

Правило по коме се уговор не може раскинути због неиспуњења незнатног дела обавезе преузима и Нацрт ГЗ,<sup>15</sup> чиме се у потпуности отклањају недоумице у погледу тога да ли се може раскинути баш сваки уговор након што безуспешно протекне и накнадни рок за његово испуњење.

### III Правила за раскид уговора у Закону о заштити потрошача

Закон о заштити потрошача предвиђа посебна правила по којима купац може раскинути потрошачки уговор о продаји и у том смислу он регулише три ситуације, од којих су прве две, такође, предмет уређења Нацрта ГЗ, док је трећа ситуација специфична за потрошачке продаје. Тако, купац може да раскине уговор кад продавац не испоручи ствар на време или кад преда ствар несаобразну уговору, а поред тога он може и да одустане од уговора, тј. да га једнострано раскине, али ово само ако је у питању уговор закључен на даљину, или ван пословних просторија продавца.

#### 1. Право потрошача да раскине уговор кад продавац није испоручио ствар на време

Потрошачке продаје могу имати фиксни рок испоруке, па ако продавац пропусти да поступи у року онда се уговор сходно чл. 48 ст. 1 ЗЗП, раскида по сили закона. Ово решење прати опште правило о раскиду двостраних уговора,<sup>16</sup> а усклађено је и са релевантним прописима ЕУ у области заштите потрошача.<sup>17</sup> Међутим, за разлику од општих правила за уговоре, ЗЗП изричито наводи две ситуације када се сматра да је рок испоруке битан елемент уговора и то су: прво, ако је тако уговорено и друго, ако је потрошач, у било ком моменту пре закључења уговора, обавестио продавца да је испорука на одређени дан, или у одређеном року, за њега од суштинског значаја.<sup>18</sup> Ове законске претпоставке су

у накнадном року, или ако се остављање накнадног рока противи природи посла (чл. 139).

15 Нацрт ГЗ, чл. 142 (који одговара ЗОО, чл. 131).

16 Нацрт ГЗ, чл. 136 (који одговара ЗОО, чл. 125).

17 Закон је претежно, па тако и у овом делу, усаглашен и са Директивом ЕУ о заштити потрошача из 2011. године (енгл. *Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights*, Official Journal of the European Union L 304/64). Вид. Директива, чл. 18 тач. 2 ст. 2.

18 ЗЗП, чл. 48 ст. 1. Иако Закон не наводи ни једну другу ситуацију за коју важи претпоставка да је рок испоруке битни елемент уговора, требало би узети да је у том

код потрошачких продаја установљене у циљу заштите потрошача, који често подразумевају да је рок испоруке битан, али то не нагласе увек довољно јасно да би било правно релевантно према општим правилима за двостране уговоре, па се на овај начин смањује могућност избијања спорова између њих и трговца у вези са тим питањем.

Ако продавац пропусти испоруку у року који је фиксно одређен онда потрошач може, упркос томе, да одржи уговор, али само ако продавцу без одлагања остави додатни рок за испоруку. Ни ово правило не одступа од општег режима за раскид двострано обавезујућих уговора због неиспуњења.<sup>19</sup> Међутим, не испоручи ли продавац робу ни у том року, онда се уговор раскида по самом закону што, међутим, није исто као решење општег режима за двостране уговоре, по коме се у тој ситуацији раскид остварује изјавом повериоца.<sup>20</sup> Предвиђање аутоматског раскида уговора у поменутом случају је у функцији заштите потрошача, јер искључује недоумице у погледу тога да ли су се, у конкретном случају, стекли услови за раскид уговора, или не. То је потребно зато што би се ово питање, у случају спора, коначно морало расправити пред судом, а вођење тог поступка за потрошача изискује додатне напоре, време и средства па он радије пристаје на вишеструко продужење рока испоруке уместо да се упусти у судски спор.

Продавац, који није испоручио ствар у року па је због тога уговор раскинут, дужан је да, у складу са обавезом реституције која тада настаје, потрошачу врати примљену цену. При том, према изричитом одређењу ЗЗП-а, он је дужан да то учини у року од 3 дана од раскида уговора<sup>21</sup> и ако пропусти тај рок, онда је дужан да купцу плати и камату за сваки дан кашњења.<sup>22</sup> Штавише, у циљу побољшања положаја потрошача ЗЗП предвиђа и продавчеву прекршајну одговорност ако закасни са враћањем цене, због чега му може бити изречена новчана казна, као и забрана обављања делатности у одређеном периоду.<sup>23</sup>

---

смислу довољно и да такав закључак произлази из природе посла, на пример, када купац купује венчаницу за већ заказано венчање, или куповина новогодишњих поклона и сл.

19 Чл. 136 ст. 2 ГЗ (који одговара чл. 125 ст. 2 ЗОО).

20 Чл. 136 ст. 3 ГЗ (који одговара чл. 125 ст. 3 ЗОО).

21 Ст. 4 чл. 48 ЗЗП. Према општем режиму за двостране уговоре нема изричитог временског ограничења у погледу обавезе враћања, сем што се захтева да се узајамна враћања врше по правилима за извршење двостраних уговора (чл. 144 ст. 3 Нацрта ГЗ, који одговара чл. 132 ст. 3 ЗОО).

22 Обавеза плаћања камате у овом случају није предвиђена ЗЗП-ом, али не може бити спорна јер је намећу општа правила за уговорне односе (чл. 144 ст. 5 Нацрта ГЗ, који одговара чл. 132 ст. 5 ЗОО).

23 ЗЗП, чл. 160 ст. 1 тач.

## 2. Право купца да раскине уговор због материјалних недостатака

Из обавезе продавца да преда ствар произлази и његова обавеза да гарантује да она има одређена својства, односно да нема материјалних недостатака. ЗЗП изричито одређује када се сматра да је испоручена роба саобразна уговору и то су следеће ситуације: ако ствар одговара опису или показаном узорку или моделу; ако има својства за нарочиту употребу за коју је потрошач набавља а која је продавцу била позната или му је морала бити позната у време закључења уговора; ако има својства потребна за редовну употребу робе исте врсте; ако по квалитету и функционисању одговара ономе што је уобичајено код робе исте врсте и што потрошач може основано да очекује с обзиром на природу робе и јавна обећања о посебним својствима робе датим од стране продавца, произвођача или њихових представника, нарочито ако је обећање учињено путем огласа или на амбалажи робе.<sup>24</sup>

Упоређујући ова решења са онима из Нацрта ГЗ уочава се да њихови приступи нису исти,<sup>25</sup> али да између њих нема ни суштинских разлика сем што правила ЗЗП-а предвиђају нешто шири круг разлога због којих потрошач може позивати продавца на одговорност за несаобразност. То проширење је одраз потребе за пружањем додатне заштите потрошачу у односу на ону предвиђану општим прописима уговорног права, с обзиром на његов слабији положај у уговорном односу са трговцем.

Када продавац преда ствар несаобразну уговору, тада потрошач стиче право да против њега употреби предвиђена правна средства.<sup>26</sup> Он то право стиче под условом да је продавца уредно и благовремено обавестио о недостатку.<sup>27</sup> Ово обавештење потрошач даје у фор-

24 ЗЗП, чл. 50 ст. 2 тач. 1–4.

25 Ово је супротан приступ од оног заступљеног у ЗОО (чл. 479), односно Нацрта ГЗ (чл. 531), који не одређују када је ствар саобразна уговору, већ кад се сматра да ствар има материјалне недостатке.

26 Продавац, према ЗЗП, чл. 51, одговора за несаобразност ако је она постојала у моменту преласка ризика, или се појавила после тога али потиче од узрока који је постојао пре преласка ризика, као и ако је продавац изјавио да је роба саобразна уговору упркос томе што она има недостатак који је потрошач могао лако уочити. Продавац, поред тога, одговара и за несаобразност која је последица неправилног паковања, неправилне инсталације или монтаже коју је извршио он или лице под његовим надзором. Он одговара и за својства робе наведена у јавном огласу, сем ако није знао или није могао знати за такво обећање. Рок у коме се продавац може позвати на одговорност по овом основу је 2 године од дана преласка ризика на потрошача за нову робу, а за половну у року од годину дана (ЗЗП, чл. 53).

27 ЗЗП, чл. 52 ст. 1. Исто питање регулише Нацрта ГЗ, чл. 536 (који одговара ЗОО, чл. 484).

ми рекламације, у којој је дужан да, између осталог, и „кратко опише несаобразност“.<sup>28</sup> Будући да је у форми рекламације, закон налаже потрошачу да се изјасни и о томе које правно средство намерава да користи, с тим да његов избор није потпуно слободан, јер закон утврђује редослед њиховог коришћења. Тако, потрошач мора прво затражити извршење уговора у накнадном року (подразумева се код уговора у којима рок није фиксно одређен),<sup>29</sup> па тек ако то није могуће, или представља несразмерно оптерећење за продавца или за потрошача, онда може тражити снижење цене или раскид уговора.<sup>30</sup> ЗОО у односу на ово питање предвиђа да се уговор раскида по сили закона ако продавац ни у накнадном року не испуни уговор (чл. 491), а исто је предложено и у Нацрту ГЗ, уз ту разлику што се уговор не раскида аутоматски, већ на основу изјаве купца.<sup>31</sup> Ако би се усвојио концепт битне повреде уговора онда би купац, према Нацрту ГЗ (чл. 544) имао право да одмах изјави раскид када су материјални недостаци такви да представљају битну повреду уговора.

### 3. Право потрошача да одустане од уговора

Закон о заштити потрошача установљава и једно посебно право за потрошаче, које није познато у општем уговорном праву нити је предвиђено посебним правилима за уговор о продаји, а то је право потрошача да одустане од уговора. Регулише га чл. 28 ЗЗП по коме: „Потрошач има право да одустане од уговора закљученог на даљину, односно изван пословних просторија у року од 14 дана, без навођења

28 ЗЗП, чл. 56 ст. 6. Према Нацрту ГЗ, чл. 536 (који одговара ЗОО, чл. 484) купац није дужан да у некој посебној форми поднесе овај приговор, нити закон одређује његову садржину сем што се од купца тражи да „ближе опише недостатак“ (ЗОО), односно да „прецизно одреди природу недостатка“ (Нацрт ГЗ).

29 ЗЗП, чл. 52 ст. 1.

30 Према чл. 52 ст. 3 ЗЗП потрошач може захтевати снижење цене или раскид уговора под следећим условима: ако несаобразност не може да се отклони оправком или заменом ни у примереном року; ако не може да се оствари право на оправку или замену, односно ако продавац то није учинио у оквиру примереног рока; ако би оправка или замена представљала значајну непогодност за потрошача због природе робе и њене намене; ако би оправка или замена представљала несразмерно оптерећење за продавца. Став 4 истог члана предвиђа да се то процењује на основу вредности робе коју би она имала да је саобразна уговору, значаја саобразности у конкретном случају као и с обзиром на околност да ли се саобразност може отклонити без значајних непогодности за потрошача.

31 Нацрт ГЗ, чл. 543 (који одговара ЗОО, чл. 491), али и чл. 545 Нацрта ГЗ, који је предложен у складу са концептом битне повреде уговора, предвиђа да ако материјални недостатак не представља битну повреду уговора, онда купац може да раскине уговор само ако продавац не уклони недостатак, или му не преда ствар без недостатка у примереном накнадном року који му је оставио купац.

разлога и додатних трошкова, осим трошкова из чл. 34 и 35 овог закона (у даљем тексту: одустанак од уговора)<sup>32</sup>.

На основу изложеног се издвајају следећи услови под којима потрошач стиче и може да користи ово правно средство: прво, да је уговор о продаји закључен на даљину или ван пословних просторија продавца; друго, да је потрошач упутио одговарајућу изјаву о одустанку од уговора продавцу; и треће, да је право на одустанак од уговора искоришћено у оквиру предвиђеног рока.

Уговор о продаји је закључен на даљину ако потрошач и продавац нису истовремено физички присутни приликом његовог закључења, већ се та радња одвија путем једног или више средстава комуникација. Уговор закључен ван пословних просторија трговца, за разлику од тога, не претпоставља да су потрошач и продавац физички удаљени у моменту давања понуде и њеног прихвата, већ је код њега битно да је уговор закључен ван пословних просторија трговца, или да су преговори о његовом закључењу вођени ван њих.<sup>32</sup> У тим случајевима ЗЗП даје потрошачу могућност да се, у оквиру предвиђеног рока, предомисли и одустане од уговора, без обавезе да такву своју одлуку образлаже.<sup>33</sup>

Одустанак од уговора у наведеној ситуацији представља, у суштини, једнострану раскид уговора. Потрошач реализује тај раскид одговарајућом изјавом која, као и изјава о раскиду уговора према правилима општег уговорног права, не мора бити дата у некој посебној форми нити је обавезно да има одређену садржину. То не доводи у питање ни чињеница да је продавац дужан не само да обавести потрошача о томе да има право да одустане од уговора у предвиђеном року, већ и да му приликом закључивања уговора достави и образац за одустанак од уговора.<sup>34</sup> Потрошач, међутим, није дужан да користи достављени

32 Према чл. 5 ст. 1 тач. 8 ЗЗП *Уговор на даљину* је уговор у оквиру организоване продаје или пружања услуга на даљину, који се закључује без истовременог физичког присуства трговца и потрошача већ путем једног или више средстава комуникације на даљину и то у периоду до закључења уговора, укључујући и сам тренутак његовог закључења (нпр. уговори закључени посредством Интернета). Уговори закључени ван пословних просторија трговца су, према тач. 11 ст. 1 чл. 5 ЗЗП, они код којих је потрошач дао понуду у ситуацији у којој су он и трговац истовремено физички присутни, али се налазе изван пословних просторија трговца. То су и уговори који су закључени у пословним просторијама трговца, или путем средстава комуникације на даљину, а о чијем су закључењу вођени преговори изван пословних просторија трговца. Поред тога, то су и уговори закључени током путовања које је организовао трговац у циљу промовисања и продаје робе или услуга потрошачу.

33 Право потрошача да раскине уговор закључен на даљину или ван пословних просторија продавца је утемељено у прописима о заштити потрошача на територији ЕУ (Директива 2011/83/ЕУ, чл. 9 и 10).

34 Облик и садржину обрасца за одустанак од уговора прописује министар надлежан за послове заштите потрошача и тај образац, поред основних података о трговцу и

образац, због чега се не може довести у питање ваљаност његове изјаве да одустаје од уговора дате у било ком другом облику. Битно је само да је одустанак изјављен у оквиру предвиђеног рока, као и да је садржина изјаве којом је то учињено таква да не оставља сумњу у погледу тога шта потрошач жели. У том смислу би и сам чин враћања робе продавцу био довољан. Ако би, у вези са овим питањем, дошло до спора између потрошача и трговца онда закон на потрошача пребацује терет доказивања да је благовремено и недвосмислено одустао од уговора.<sup>35</sup>

Право потрошача да одустане од уговора је временски ограничено и то на један релативно кратак рок. У питању је период од 14 дана, који почиње да тече од дана када је потрошач примио робу.<sup>36</sup> Само у случају да је трговац пропустио да обавести потрошача да може да одустане од уговора или му не достави образац за одустанак од уговора, тај рок се продужава и траје 12 месеци рачунајући од дана истека рока за одустанак од уговора.

Потрошач није дужан да сноси трошкове одустанка од уговора, сем оних који су непосредно везани за трошкове директног враћања робе продавцу.<sup>37</sup> Закон и на тај начин подржава ово право потрошача, јер му с тим у вези намеће само најнужније обавезе и трошкове.

#### IV Закључне констатације

Закон о заштити потрошача и Нацрт ГЗ дају право страни верној уговору да, под предвиђеним условима, реагује на ситуацију када дужник не изврши уговор и најтежом санкцијом, а то је да раскине уговор. Правила којима се регулише ово правно средство у поменутих изворима права, међутим, нису идентична.

потрошачу, као и о датуму закључења уговора о продаји те дану пријема робе, садржи и изричиту изјаву купца да одустаје од уговора. При том, купац није дужан да образложи разлоге за одустанак и то је у обрасцу изричито наведено. Вид. Правилник о облику и садржини обрасца за одустанак од уговора на даљину или уговора који се закључује изван пословних просторија (*Службени гласник РС*, бр. 21/2015). Ако трговац не обавести потрошача о његовом праву да одустане од уговора и не преда му образац за одустанак од уговора, као што то предвиђа чл. 27 ст. 1 тач. 4 ЗЗП, онда он подлеже прекршајној одговорности и може бити кажњен новчаном казном у складу са чл. 160 ст. 1 тач. 15 и 16 ЗЗП.

35 ЗЗП, чл. 28 ст. 7.

36 Рок од 14 дана се рачуна од дана када роба доспе у државину потрошача, односно трећег лица које је одредио потрошач, а које није превозник (ЗЗП, чл. 29 ст. 2). Сматраће се да је потрошач благовремено вратио робу ако ју је послао трговцу пре истека рока од 14 дана (ЗЗП, чл. 35 ст. 2).

37 ЗЗП, чл. 35 ст. 3. Потрошач је ослобођен од обавезе плаћања ових трошкова ако се трговац сагласио да их он сноси, или ако трговац није претходно обавестио потрошача да је потрошач дужан да плати те трошкове.



Најзначајнија разлика између Нацрта ГЗ и ЗЗП у односу на раскид уговора је у томе што Нацрт ГЗ предлаже увођење концепта „битне повреде уговора“, док он није познат у ЗЗП. Битна повреда уговора омогућава повериоцу да одмах раскине уговор и он ово право остварује одговарајућом изјавом. Околност да Нацрт ГЗ, у оквиру одредби којима регулише право на раскид двостраних уговора због битне повреде уговора (чл. 138–144), не предвиђа и временско ограничење у коме поверилац може изјавити раскид може да отежа положај дужника и преко неопходне мере, па би у интересу правне сигурности било добро да се у том смислу предвиди одговарајући, на пример, разумни рок.

Битна повреда уговора, као што је поменуто, није позната у ЗЗП, а не предвиђају је ни релевантни европски прописи из области заштите потрошача. Она није ни потребна у потрошачким уговорима о продаји робе, јер када се такав уговор раскине тада трошкови реституције нису, по правилу, високи. Сасвим је, међутим, другачија ситуација код непотрошачких уговора о продаји робе, посебно трговачких продаја, где обавеза враћања може наметнути значајне трошкове, пре свега због потребе организовања складиштења и превоза робе, па је оправдано да се раскид уговора према општим правилима уговорног права, као и према посебним правилима за уговор о продаји, допушта само у вези са најтежим повредама уговора.

С обзиром на наведено, купац према ЗЗП не може одмах да раскине уговор, већ тек ако не добије испуњење ни у додатном року. То важи како за случај када продавац касни са испоруком, тако и када је предао несаобразну робу. У овоме се решења ЗЗП и Нацрта ГЗ не разликују, а готово су иста правила и за фиксне уговоре јер оба прописа предвиђају аутоматски раскид након што дужник, у предвиђеном року, не пружи испуњење. Једина разлика у овом погледу између Нацрта ГЗ и ЗЗП била би у концепту битне повреде уговора, ако би он био прихваћен у Нацрту ГЗ. Ипак, она не би требало да има већи практични значај, јер концепт битне повреде уговора није везан за поделу уговорних обавеза на главне и споредне, већ за околност да је поверилац, због повреде уговора од стране дужника, претрпео такву штету да је суштински лишен користи коју је од уговора оправдано очекивао или се за њега, због тога, сврха уговора не може остварити. То значи да када се нека повреда уговора може отклонити накнадним извршењем, тада то најчешће и није битна повреда уговора па ако се у светлу те околности поново упореди решење Нацрта ГЗ са оним у ЗЗП, онда се закључује да између њих, у пракси, може бити веома мало разлика.<sup>38</sup>

38 Franco Ferrari, *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Munich, 2008, стр. 366–369.

Питање раскида уговора о продаји због несаобразне испоруке је и у Нацрту ГЗ и у ЗЗП посебно регулисано. Тако, потрошач не стиче одмах право на то правно средство, већ под условом да оправка или замена ствари нису могући, али и ако се не могу спровести без значајнијих непогодности за потрошача, или представљају несразмерно оптерећење за продавца (чл. 52). И Нацрт ГЗ предвиђа слично ограничење (када материјални недостатак не представља битну повреду уговора), јер у том случају купац стиче право на раскид уговора под условом да продавац не пружи испуњење ни у примереном, накандном року који му остави купац (чл. 545). Међутим, иако слична, ова два решења се међусобно разликују, и то не у занемарљивој мери. Наиме, према ЗЗП потрошач мора да омогући продавцу да отклони недостатке, односно, он нема право да продавца, који је вољан и који може да отклони несаобразност, спречи да то и учини сем ако би му то проузроковало значајне непогодности. При том, потрошач је тај који би морао да доказује такву последицу, јер он жели да онемогући продавцу да отклони недостатке у извршењу. То је тако зато што према ЗЗП отклањање несаобразности представља више продавчево, него купчево право и оно, као такво, не зависи од воље потрошача. Супротно томе, у Нацрту ГЗ се продавцу омогућава да отклони материјалне недостатке само ако га купац позове да то учини у накнадном року. Истина је да купац мора да поступи на тај начин ако жели да раскине уговор, али ипак, он је потпуно слободан да одлучи да ли ће да уради тако или не. Сем тога, купчево право да позове продавца да отклони материјалне недостатке није у Нацрту ГЗ ограничено околношћу да би то могло за продавца да представља несразмерно оптерећење, као што је случај у ЗЗП. Упоредијујући ова два решења може се констатовати да је оно које предвиђа ЗЗП више у функцији одржања уговора на снази, а и ускладу је са Бечком конвенцијом која у члану 48 изричито предвиђа да продавац може да отклони недостатке у испоруци и након истека рока испоруке.<sup>39</sup>

И на крају, преостаје једина битна разлика између ЗЗП и Нацрта ГЗ а то је право потрошача да одустане од уговора. Према ЗЗП то је једно од елементарних права потрошача, али је ограничено тиме што је везано за уговоре о продаји робе закључене на даљину, или ван пословних просторија продавца. Дајући му ово право, Закон је потрошачу омогућио да слободно, без психолошког утицаја од стране трговца, преиспита своју одлуку о закључењу уговора<sup>40</sup> и да, ако жели, већ закључени па и извршени уговор једнострано раскине. Иако ово право потрошача битно утиче на трговца, јер његов положај чини несигурним

39 Катарина Јовичић, „Право продавца да отклони недостатке у извршењу уговора према Бечкој конвенцији“, *Правни животи*, бр. 11/2013, стр. 327-338.

40 М. Јовановић Zattila, *нав. дело*, стр. 107.

утолико што он, до истека периода у коме потрошач може користити то право, не може знати да ли уговор остаје на снази или не, трговци од њега имају и користи јер на основну тога што им дају право да без образложења одустану од уговора привлаче више нових купаца.<sup>41</sup> Овакво право није предвиђено у ГЗ, нити је то потребно, јер је смисао његовог постојања да ојача положај потрошача у уговорном односу поводом купопродаје робе од трговца, који уз помоћ стручног знања реално може да утиче на потрошачеву одлуку да купи одређену робу иако му она није потребна, што потрошач убрзо након куповине и увиђа. Такве ситуације нису типичне за непотрошачке уговоре па их, стога, и није потребно посебно законом регулисати.

**Katarina A. JOVIČIĆ, PhD**

**Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **RULES FOR TERMINATION OF THE SALE CONTRACT UNDER THE DRAFT CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND CONSUMER PROTECTION ACT – SIMILARITIES AND DIFFERENCES**

### **Summary**

*If the debtor does not perform his contractual obligations from the Sale Contract, then termination of contract is the heaviest sanction which affects the contract. This issue is governed by the rules of contract law, which are codified within the law which regulate obligation relation, but within other laws also, because there is a need to regulate some specific issues, or some specific sales on that manner. The Consumer Protection Act regulates consumer sales with aim to provide the additional protection to the consumers, even more than stipulated by general contract rules. This analysis contains detailed analyses and comparisons between the rules of the contract for sale under the Draft Civil Code and Consumer Protection Act, all in order to indicate their mutual similarities and differences.*

**Key words:** *Sale Contract, non-performance, termination of the contract, consumer sales, consumer protection.*

---

41 *Ibid.*

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

## СТИЦАЊЕ ПРАВА НА ПРОВИЗИЈУ КОД УГОВОРА О ТРГОВИНСКОМ ЗАСТУПАЊУ\*

### Резиме

У овом раду аутор анализира претпоставке за стицање права трговинској заступнику на провизију. У уводном делу је украјко представљена регулативна права трговинској заступнику на провизију према Закону о облигационим односима, Директиви 86/653/ЕЕЗ о трговинским заступницима и актуелном Преднацрту српској Грађанској законика. На почетку централног дела рада су детаљно објашњене претпоставке за настајак права на провизију, и то: а) постојање нуноважног уговора о трговинском заступању (агентури); б) испуњење главних уговорних обавеза трговинској заступнику; в) закључење уговора између принципала (напоодавца) и тргеће (клијента); г) узрочна веза између активности трговинској заступника и закључења уговора са клијентом; д) извршење уговора са клијентом; и) додатне претпоставке за поједине врсте провизија. По том су изложени проблеми доказивања испуњености наведених услова и олакшице које у том погледу предвиђају Директива и Преднацрт у циљу заштите трговинској заступника. У следећем делу рада, аутор испражује питање тренутка настајак права на провизију и иржуа неопходно разграничење у односу на тренутак доспелости тог захтева. Надаље је дата иравна анализа новина Преднацрта, у складу са Директивом, у погледу иубијка једном стеченог права на провизију. Коначно, последњи део рада се бави решавањем проблема сукоба два или

\* Рад представља прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ (2015), чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

више њровинских заслїуирика у вези са слїицањем љрава на љровизију за један ислїи уїовор закључен између љринциїала и клијентїа.

**Кључне речи:** љровизија, љровинско заслїуиїање (аїенлїура), наслїанак љрава, љубиїиак љрава, досїелослї.

## I Увод

Провизија представља најчешћи облик накнаде за услуге трговинског заступника из уговора о трговинском заступању.<sup>1</sup> Њена основна карактеристика се састоји у везаности за постизање одговарајућег резултата, чак и када је дугована услуга трговинског заступника само обавеза средства.<sup>2</sup> Према томе, за настанак права на провизију као противчинидбу за пружену услугу, није довољно да је трговински заступник уредно извршио своју уговорну обавезу, већ је неопходно да се оствари резултат који је потом изван сфере његовог утицаја.<sup>3</sup> Из тог разлога, провизија као врста накнаде са собом носи ризик да трговински заступник упркос уредном испуњењу свих својих обавеза, ипак неће имати право ни на какву противнакнаду. Са друге стране, уговарањем провизије се трговинском заступнику пружа и шанса за остварење унапред неограничено високих прихода, у случају закључења и извршења бројних послова са клијентима у име налогодавца (принципала).<sup>4</sup>

Правна анализа проблема стицања права на провизију код уговора о трговинском заступању је својеврстан интелектуални изазов, већ на основу решења важећег Закона о облигационим односима. Међутим, она постаје још сложенија, ако се имају у виду планиране значајне измене постојећег правног режима садржане у актуелном Преднацрту српског Грађанског законика.<sup>5</sup> У том погледу, Преднацрт уводи бројне новине, које су преузете из хрватског *Zakona o obveznim odnosima*, а уведене су у циљу усклађивања права Србије са правом Европске уније.<sup>6</sup>

1 Martijn W. Hesselink et al., *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Volume 2, Munich, 2006, стр. 173.

2 Claus-Wilhelm Canaris, *Handelsrecht*, 24. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2006, стр. 261 и 262.

3 Mathias Effenberger, „Kommentar zu § 87 HGB“, <http://www.jusline.de/index.php?cpid=f92f99b766343e040d46fcd6b03d3ee8&lawid=26&paid=87>, 4.12.2013.

4 *Ibid.*

5 Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт – Грађански законик Републике Србије: Друга књига – Облигациони односи*, Београд 2014, [http://www.kopanonikschool.org/dokumenta/C\\_Obligacioni\\_odnosi.pdf](http://www.kopanonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf), 20.3.2015 (даље у фуснотама: Преднацрт СГЗ).

6 Упор.: хрватски *Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine)*, бр. 35/05, 41/08, 125/11), чл. 819–824; Преднацрт СГЗ, чл. 1018–1023.

Поменуте новине се тичу не само регулисања нових врста провизија, односно појашњења досадашњих врста, него и извесних промена у погледу услова за стицање, односно губитак права на провизију, другачијег прописивања момента доспелости права на провизију, као и делимичног уређења питања сукоба права на провизију два или више трговинских заступника. У редовима који следе, решења Преднацрта се пореде са важећим правилима Закона о облигационим односима, као и са комунитарноправним режимом, како би се испитала оправданост њиховог усвајања у предложеном тексту.

## II Право трговинског заступника на провизију

Право трговинског заступника на провизију је уређено хармонизованим правилима на нивоу Европске уније. Према Директиви 86/653/ЕЕЗ о усклађивању права држава чланица у вези са samozапосленим трговинским заступницима (у даљем тексту: Директива),<sup>7</sup> трговински заступник има право на следеће врсте провизија: провизију за посредовање, провизију за подручје (односно клијенте) и провизију за накнадно закључене уговоре. Притом, право на провизију за посредовање постоји за сваки уговор закључен између принципала (налогодавца) и клијента током трајања уговора о трговинском заступању, ако је такав уговор: а) резултат активности трговинског заступника, или је б) закључен са трећим лицем које је трговински заступник од раније привукао као клијента за исту врсту уговора.<sup>8</sup> Уз то, трговински заступник има право на провизију за подручје (клијенте) за сваки уговор закључен током трајања уговора о трговинском заступању, ако му је поверено одређено географско подручје или група клијената, а уговор је закључен са клијентом који припада том подручју, односно групи.<sup>9</sup> Директива је оставила државама чланицама опцију да право на

7 Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents, *Official Journal* L 382, 31.12.1986 (даље у фуснотама: Commercial Agents Directive).

8 Commercial Agents Directive, Art. 7(1); M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 173–175; Fergus Randolph, Jonathan Davey, *Guide to the Commercial Agents Regulations*, Hart Publishing, Oxford – Portland (Oregon), 2003, стр. 69, 70; François-Xavier Licari, „Le limites du commissionnement indirect de l’agent commercial“, *GPR – European Union Private Law Review*, 2008, стр. 81; Philippe Delebecque, Michael Germain, *G. Ripert / R. Roblot – Traité de droit commercial – Tome 2*, 17. édition, L.G.D.J., Paris, 2004, стр. 654; Tobias Lettl, *Handelsrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2007, стр. 130, 131; Hans Brox, *Handels- und Wertpapierrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2005, стр. 110; Karl H. Lincke, Anne-Christin Mittwoch, „Überblick über das Recht des Handelsvertreterers in Spanien“, *IHR – Internationales Handelsrecht*, 2009, стр. 4; Michael Furmston, Jason Chuah (ed.), *Commercial and Consumer Law*, Pearson, Harlow, 2010, стр. 88.

9 Commercial Agents Directive, Art. 7(2); P. Delebecque, M. Germain, *нав. дело*, стр. 654; Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, 5. Auflage, Köln – Berlin, 1999, стр. 736; Heinz

провизију за подручје (клијенте) пропишу само у случају када трговински заступник има *искључиво* право посредовања и/или заступања на одређеном подручју или према одређеној групи клијената.<sup>10</sup> Коначно, провизија за накнадно закључене уговоре се према Директиви дугује за сваки уговор са клијентом, који је закључен након престанка уговора о трговинском заступању ако је: а) такав уговор претежно последица залагања трговинског заступника током трајања уговора о трговинском заступању, а закључен је у разумном року након престанка тог уговора, или је б) принципал примио клијентову понуду за закључење уговора пре престанка трговинског заступања, а испуњени су услови за стицање провизије за посредовање или провизије за подручје, односно клијенте.<sup>11</sup>

Важећи Закон о облигационим односима (у даљем тексту: Закон) није усклађен са наведеном Директивом. У Закону је регулисано право трговинског заступника на: провизију за посредовање (односно закључење уговора), делкредере провизију и инкасо провизију. Према Закону, трговински заступник стиче право на провизију за посредовање (закључење уговора) за сваки уговор са клијентом: а) који је закључен његовим посредовањем, односно који је он сам овлашћено закључио у име принципала, или б) који је налогодавац непосредно закључио са клијентом, кога је трговински заступник нашао.<sup>12</sup> С обзиром на то да Закон није

Krejci, *Handelsrecht*, 3. Auflage, Wien, 2005, стр. 339; Н. Brox, *нав. дело*, стр. 110; М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 174, 175; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 70; К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4; М. Furmston, J. Chuah (ed.), *нав. дело*, стр. 88; Мирослав Пауновић, „Директива о трговинским заступницима 86/653/ЕЕС“, *Евројско законодавство*, 5/2003, стр. 8; упор.: Владимир Јовановић, „Уговор о трговинском заступању“, у: Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима – II књига*, 2. издање, Савремена администрација, Београд, 1983, стр. 1753.

10 Commercial Agents Directive, Art. 7(2); М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 177; F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 81; више вид.: К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4; о појму искључивости вид.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 70.

11 Commercial Agents Directive, Art. 8; К. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736; Ulf Wauschkuhn, Joachim Fröhlich, „Der nachvertragliche Provisionsanspruch des Handelsvertreters“, *Betriebs-Berater*, 2010, стр. 525; Jürgen Sonnenschein, Birgit Weitemeyer, у: Norbert Horn (Hrsg.), *Heymann, Handelsgesetzbuch*, Band 1, Einleitung §§1–104, 2. Auflage, de Gruyter, Berlin, 1995, стр. 634, 635; P. Delebecque, M. Germain, *нав. дело*, стр. 654; Н. Krejci, *нав. дело*, стр. 339; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 73; К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4; М. Furmston, J. Chuah (ed.), *нав. дело*, стр. 88; Karl-Heinz Thume, „Der Provisionsanspruch des Handelsvertreters: Grenzen der Vertragsgestaltung“, *Betriebs-Berater*, 2012, стр. 975; о разумности рока више вид.: U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, *нав. чланак*, стр. 526; М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 179; упор.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 74; К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4.

12 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003; даље у фуснотама: ЗОО), чл. 804; В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1752; Славко Царић,

ограничио период у коме уговор са клијентом треба да буде закључен, у овом правилу је имплицитно садржано и право на провизију за накнадно закључене уговоре.<sup>13</sup> Уз то, Закон прописује да трговински заступник има право на делкредере провизију у случају када је посебно писмено јемчио за испуњење обавеза клијента из уговора за чије је закључење посредовао или који је овлашћено закључио у име налогодавца.<sup>14</sup> Најзад, право на инкасо провизију постоји када је трговински заступник овлашћено извршио наплату неког потраживања налогодавца.<sup>15</sup>

Преднацрт српског Грађанског законика (у даљем тексту: Преднацрт) је у делу права трговинског заступника на провизију писан у циљу усклађивања српског права са правом Европске уније. Комбинацијом решења Директиве и Закона, у Преднацрту је регулисано право на: провизију за посредовање (закључење уговора), провизију за подручје (клијенте), провизију за накнадно закључене уговоре, делкредере провизију и инкасо провизију. Притом су права на провизију за подручје (клијенте) и провизију за накнадно закључене уговоре регулисана на готово идентичан начин као у Директиви,<sup>16</sup> док су у погледу осталих врста провизија у основи задржана решења Закона.<sup>17</sup>

### III Претпоставке за стицање права на провизију

Трговински заступник ће имати право на одређену врсту провизије само ако је та врста провизије уговорена, односно прописана као природан елемент уговора у недостатку уговарања.<sup>18</sup> Када је

„Уговор о трговинском заступању“, у: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима – Књига друга*, Крагујевац – Горњи Милановац, 1980, стр. 629; Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робној индустрији*, Научна књига, Београд, 1990, стр. 209; упор.: Мирко С. Васиљевић, *Трговинско право*, 14. издање, Београд, 2014, стр. 139; Ивица Јанковец, *Привредно право*, 4. издање, Београд, 1999, стр. 530. Захваљујући креативности наше судске праксе и правне теорије, други став цитираног законског члана је примењиван и на провизију за подручје (клијенте). Вид.: Јован Славнић, „Уговор о трговинском заступању“, у: Слободан Перовић (редактор), *Коментар Закона о облигационим односима – Књига друга*, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 1337; С. Царић, *нав. коментар*, стр. 629. Ипак, такво схватање нема реалног утемељења у изложеној одредби. Упор.: В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1753.

13 Ј. Славнић, *нав. коментар*, стр. 1337.

14 ЗОО, чл. 801.

15 ЗОО, чл. 807.

16 Преднацрт СГЗ, чл. 1018 ст. 3 и 5.

17 Преднацрт СГЗ, чл. 1015 ст. 2, чл. 1018 ст. 1 и 2, чл. 1020.

18 Више вид.: Мирјана Радовић, „Провизија трговинског заступника“, рад прихваћен за објављивање у часопису *Анали Правној факултету* бр. 1/2015.



испуњена наведена претпоставка, стицање права на конкретну врсту провизије зависи од: 1. постојања пуноважног уговора о трговинском заступању; 2. испуњења главних уговорних обавеза трговинског заступника; 3. закључења уговора између принципала и клијента; 4. узрочне везе између активности трговинског заступника и закључења уговора са клијентом; и 5. извршења уговора између принципала и клијента. Наведене претпоставке се примењују на све или већину регулисаних врста провизија. Поред тога, за стицање права на поједине врсте провизија треба да се испуне и неке додатне, посебне претпоставке.

### 1. Постојање пуноважног уговора о трговинском заступању

С обзиром на то да је право на провизију захтев који се заснива на уговору као извору облигације (уговорни захтев), неспорно је да се основна претпоставка за његов настанак огледа у постојању пуноважног уговора о трговинском заступању.<sup>19</sup> Међутим, иако је јасно да уговор о трговинском заступању треба да буде пуноважно закључен између принципала и трговинског заступника, поставља се питање у ком тренутку он треба још увек да постоји, да би на основу њега могло да настане право на провизију. Одговор на ово питање зависи од тога када се сматра да право на провизију настаје, макар и под одложним условом. Према томе, пуноважан уговор о трговинском заступању мора да постоји у моменту настанка (условног) права на провизију. Код већине врста провизија то је моменат закључења уговора између принципала и трећег (клијента).<sup>20</sup> Тако је у случају провизије за посредовање (закључење уговора), провизије за подручје (клијенте) и делкредере провизије.

Први изузетак од овог општег правила представља инкасо провизија, јер се она дугује као противчинидба за инкасо услугу трговинског заступника. Отуда, право на инкасо провизију може да настане само ако је у тренутку овлашћене наплате потраживања принципала према трећем (клијенту) постојао пуноважан уговор о трговинском заступању.<sup>21</sup> Други изузетак је провизија за накнадно закључене уговоре са клијентима,<sup>22</sup> предвиђена Директивом и Преднацртом, код које уговор о трговинском заступању треба да постоји:

19 Упор.: Т. Lettl, *нав. дело*, стр. 131.

20 Више вид.: Raimond Emde, *Vertriebsrecht – Kommentierung zu §§ 84 bis 92c HGB. Handelsvertreterrecht; Vertragshändlerrecht; Franchiserecht*, 2. Auflage, Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin – Boston, 2009, 526; J. Sonnenschein, B. Weittemeyer, *нав. коментџар*, стр. 633.

21 Упор.: R. Emde, *нав. коментџар*, стр. 569.

22 R. Emde, *нав. коментџар*, стр. 527.

- а) до момента када је трговински заступник испунио своје уговорне обавезе и тиме претежно утицао на одлуку трећег лица да у кратком року након престанка уговора о трговинском заступању закључи уговор са принципалом, или
- б) до момента када је принципал примио понуду трећег за закључење уговора, чије прихватање би представљало основ за настанак права на провизију за посредовање, односно провизију за подручје (клијенте), да уговор о трговинском заступању није престао.<sup>23</sup>

У случају претежног утицаја на одлуку трећег лица, изузетак од општег правила да уговор о трговинском заступању мора да постоји у моменту закључења уговора између принципала и клијента, оправдава се чињеницом да је трговински заступник учинио све што је са његове стране потребно и могуће да би стекао право на провизију, а њен настапак је потом зависио од других (спољних) фактора на које он не може да утиче. У случају пријема понуде трећег лица, изузетак од општег правила се заснива и на спречавању злоупотребе права, јер би у супротном принципал могао да избегне плаћање провизије намерним одлагањем прихватања већ приспеле понуде трећег до престанка уговора о трговинском заступању.<sup>24</sup>

## 2. Испуњење главних уговорних обавеза трговинског заступника

Провизија трговинског заступника је накнада за резултат. Из тог разлога, у литератури преовлађује схватање да уредно извршење карактеристичне престације трговинског заступника није основ за (условни) настанак права на провизију.<sup>25</sup> Отуда, није довољно да трговински заступник испуни своју обавезу средства, у виду посредовања или овлашћеног давања понуде за закључење уговора трећем лицу, већ право на провизију може да се заснива тек на оствареном резултату, у смислу закључења и извршења тог уговора. Насупрот томе, поједини аутори уредно испуњење главних уговорних обавеза трговинског заступника, које је код трећег лица изазвало спремност на закључење уговора са принципалом, посматрају као основ за настанак провизије.<sup>26</sup>

23 Упор.: Commercial Agents Directive, Art. 8; Преднацрт СГЗ, чл. 1018 ст. 5; С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262.

24 Упор.: Весна Бесаревић, „Право заступника на провизију и посебну накнаду у нашем и упоредном праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1985, стр. 332.

25 Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 339.

26 С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262.

Према том схватању, када трговински заступник изврши своје обавезе у погледу посредовања, односно овлашћеног заступања према одређеном клијенту, на основу чега је тај клијент решио да закључи уговор са принципалом, он је са своје стране учинио све што је потребно и могуће да би стекао право на провизију.<sup>27</sup> Након тога, настанак права на провизију зависи од испуњења услова који су изван сфере његовог утицаја, попут закључења или извршења уговора између принципала и клијента. Стога, заговорници овог схватања сматрају да се уговорни захтев за плаћање провизије заснива управо на извршењу карактеристичне престације трговинског заступника у описаном смислу. Другим речима, када трговински заступник испуни своје обавезе из уговора, захваљујући чему треће лице одлучи да закључи уговор са принципалом, већ тада настаје његово право на провизију, али под двоструким одложним условом – да уговор са клијентом буде закључен, а потом и извршен.<sup>28</sup>

Другонаведено схватање је свакако применљиво на провизију за накнадно закључене уговоре. С обзиром на то да код ове врсте провизије до закључења уговора са клијентом долази тек након престанка уговора о трговинском заступању, право на провизију као уговорни захтев може да се заснива једино на уредном испуњењу обавеза трговинског заступника током трајања уговора. За разлику од тога, ако би се сматрало да је основ права на провизију закључење уговора са клијентом, онда захтев трговинског заступника у погледу накнадно закључених уговора не би могао да се правно квалификује као провизија, јер не би имао свој основ у уговору, него у самом закону. Са друге стране, чини се да код провизије за посредовање, провизије за подручје или клијенте и делкредере провизије треба прихватити првонаведено становиште, по коме се основ права на провизију огледа у закључењу уговора између принципала и клијента. Свако друго схватање би било вештачко, односно противно намери и очекивањима сауговорача, као и начину функционисања уговора о трговинском заступању. Наиме, током трајања уговорног односа, трговински заступник по правилу не обавештава принципала о уредном извршењу својих обавеза у погледу конкретног клијента. Осим тога, провизија за подручје или клијенте је у потпуности независна од уредног испуњења обавеза трговинског заступника, па може да се захтева чак и када трговински заступник није предузимао никакву активност на датом подручју или према одређеној групи клијената. Из тог разлога, код наведених врста провизија нема потребе за издвајањем испуњења уговорних обавеза трговинског заступника као самосталне претпоставке за стицање права на провизију. У сваком случају, ова претпоставка је код провизије за посредовање и делкредере провизије

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

већ садржана у услови узрочне везе између активности трговинског заступника и закључења уговора са клијентом.

### 3. Закључење уговора између принципала и клијента

Закључење уговора између принципала и клијента је битна претпоставка за стицање права на провизију.<sup>29</sup> Притом, код већине врста провизија, попут провизије за посредовање, провизије за подручје (клијенте) и делкредере провизије, закључење уговора са клијентом представља основ за настанак права на провизију. За разлику од тога, код провизије за накнадно закључене уговоре, она се третира као остварење одложног потестативног услова са дејством *ex tunc*, тако да провизија настаје од момента остварења основа – уредног испуњења обавеза трговинског заступника, које је код клијента изазвало спремност на закључење уговора са принципалом.<sup>30</sup> Поставља се питање, под којим условима се претпоставка закључења уговора са клијентом сматра испуњеном, захваљујући чему би трговински заступник могао да стекне право на провизију.

Пре свега, уговор између принципала и трећег мора да буде пуноважно закључен.<sup>31</sup> Отуда, ова претпоставка није испуњена, ако је закључен ништав или рушљив уговор, који је касније поништен, јер такав поништај производи дејства *ex tunc*.<sup>32</sup> Исто важи и за уговоре код којих клијент (на пример, потрошач) искористи своје законско право на одустанак. У случају закључења уговора под одложним условом, ова претпоставка за настанак права на провизију је испуњена само ако се услов оствари.<sup>33</sup> За разлику од тога, када је уговор са клијентом закључен под раскидним условом, као и када пуноважно закључени уговор престане да постоји услед раскида, неопходно је правити разлику између уговора са тренутним и трајним извршењем престација.<sup>34</sup>

29 Више вид.: F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 82; R. Emde, *нав. коментар*, стр. 527; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 633.

30 Упор.: C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262. Закључење уговора је потестативни услов, јер након решености трећег лица захваљујући ангажману трговинског заступника, његово остварење искључиво зависи од воље принципала. Реч је о обичном потестативном услову, чије је уговарање неспорно дозвољено, с обзиром на то да његово испуњење не зависи од самовоље, у смислу потпуно арбитражне одлуке принципала. Више вид.: Snežana Dabić, „O dejstvima modifikacije ugovora potestativnim uslovom“, *Harmonius*, 2014, стр. 29.

31 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 633.

32 Упор.: H. Krejci, *нав. дело*, стр. 338; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262.

33 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 633. У погледу дејства остварења одложног услова вид.: ЗОО, чл. 74 ст. 2.

34 Супротно вид.: J. Славнић, *нав. коментар*, стр. 1338.

У случају уговора са тренутним извршењем престација, наступање раскидног услова, односно раскид дејствује *ex tunc*, па такав уговор чак ни делимично неће моћи да буде извршен. Из тог разлога, на њему не може да се заснива право трговинског заступника на провизију. Насупрот томе, пошто остварење раскидног услова, односно раскид уговора са трајним извршењем престација има дејство само за будућност (*ex nunc*), на темељу таквог уговора може да настане право трговинског заступника на провизију, али само у мери у којој су извршене уговорне обавезе настале до момента престанка.

Када је у складу са горе објашњеним правилима уговор са клијентом непуноважно закључен или је касније престао са дејством *ex tunc*, трговински заступник не може да стекне право на провизију. Међутим, ако је за непуноважност или каснији престанак уговора одговоран принципал (на пример, клијент поништи уговор због преваре од стране принципала, или клијент раскине уговор због принципалове испоруке робе са материјалним недостацима), трговински заступник има право да од њега захтева накнаду проузроковане штете у висини провизије као изгубљене добити.<sup>35</sup>

С обзиром на то да је провизија везана за закључење уговора између принципала и клијента, њен настанак зависи од две врсте околности, на које трговински заступник не може да утиче. Са једне стране, закључење уговора почива на слободној вољи клијента као трећег лица, које је изван уговора о трговинском заступању. У случају да треће лице из било ког разлога одбије да закључи уговор, трговински заступник неће стећи право на провизију, без обзира на уложени труд и неоправданост поступка трећег. Са друге стране, закључење уговора почива и на слободној вољи принципала. Начелно, принципал има законом установљено право да по сопственом нахођењу одбије уговор припремљен од стране трговинског заступника.<sup>36</sup> Отуда, без обзира на разлог због кога је принципал одбио да закључи уговор, трговински заступник не може да стекне право на провизију. Ипак, пошто је принципал саговорач трговинског заступника, он према њему има посебне дужности, које проистичу из забране злоупотребе права и начела савесности и поштења.<sup>37</sup> Из тог разлога ће принципал одговорати трговин-

35 Упор.: С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262, по коме у том случају трговинском заступнику треба признати право на провизију. Такво схватање је вероватно последица става аутора да закључење уговора са клијентом представља одложни услов за настанак права на провизију, због чега би спречавање његовог остварења од стране принципала изазвало законску фикцију остварења услова.

36 ЗОО, чл. 803 ст. 1; тако је и у немачком праву: С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262; Т. Lettl, *нав. дело*, стр. 131; упор. имплицитна правила Директиве и Преднацрта: Commercial Agents Directive, Art. 4(3); Преднацрт СГЗ, чл. 1017 ст. 2.

37 У немачком праву се томе додаје и забрана противречног поступања. Вид.: С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262, 263; Т. Lettl, *нав. дело*, стр. 131.

ском заступнику за штету због изостанка провизије, ако је одбијањем понуде клијента за закључење уговора поступио противно поменутим дужностима.<sup>38</sup> Такође, сматра се да трговинском заступнику треба признати право на накнаду штете и у случају када принципал потпуно арбитрерно, без разумног и очигледног разлога одбије клијентову понуду за закључење уговора.<sup>39</sup>

Поменуте границе слободе одбијања уговора са клијентом од стране принципала нису јасно постављене. Неспорно је да су оне веће када принципал промени своју пословну политику и о томе благовремено обавести трговинског заступника. У том случају, трговински заступник треба да очекује смањење обима послова, услед систематског одбијања већег броја уговора од стране принципала, па му се не може признати право на накнаду штете.<sup>40</sup> Насупрот томе, слобода одбијања закључења уговора је мања када принципал без промене пословне политике не жели да закључи конкретан уговор са клијентом. У правној теорији се истиче да трговински заступник може да се поузда у то да принципал неће одбити закључење конкретног уговора без разумног и очигледног разлога.<sup>41</sup> У супротном, треба му признати право на накнаду штете. У сваком случају, чини се да признавање захтева за накнаду штете због незакључења уговора од стране принципала, које трговински заступник није могао разумно да очекује, треба да буде изузетак, а не правило. Свако другачије поступање би значило угрожавање законом установљене слободе принципала да одбије уговор са клијентом.

#### 4. Узрочна веза између активности трговинског заступника и закључења уговора са клијентом

Код већине врста провизија закључење уговора између принципала и клијента само по себи није довољно да би настало право на провизију, већ се захтева да је до закључења тог уговора дошло захваљујући посредовању и/или овлашћеном заступању од стране трговинског заступника.<sup>42</sup> Такав услов мора да се испуни код провизије за

38 Примера ради, одговорност принципала би постојала, ако би он одбио понуду клијента искључиво у циљу избегавања провизије, а потом закључио уговор са истим клијентом у име свог зависног друштва (као посебног правног субјекта). Вид.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 538; M. Effenberger, *нав. коментар*.

39 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262, 263.

40 ЗОО, чл. 803 ст. 2; Преднацрт СГЗ, чл. 1017 ст. 3. Принципал има потпуну слободу да промени своју пословну политику, те у том смислу не може бити одговоран трговинском заступнику за штету, чак ни када је таква његова одлука неразумна и неоправдана. Вид.: C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263.

41 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 131.

42 J. Sonnenschein, B. Weittemeyer, *нав. дело*, стр. 635 и даље; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 131. Неопходно је да у закљученом уговору буде

посредовање, делкредере провизије и провизије за накнадно закључене уговоре, осим у случају када се она заснива на провизији за подручје. Са једне стране, да би трговински заступник стекао право на провизију за посредовање неопходно је да постоји директна или индиректна узрочна веза између његових посредничких активности и закључења тог конкретног уговора.<sup>43</sup> У случају директне узрочне везе, закључење одређеног уговора са клијентом треба да буде резултат залагања трговинског заступника.<sup>44</sup> Притом, није нужно да радње трговинског заступника буду искључиви узрок (*conditio sine qua non*), нити претежни узрок закључења уговора, већ је довољно да се установи његова саузрочност.<sup>45</sup> Стога треба утврдити да је трговински заступник подстицао и на тај начин, макар делимично, утицао на закључење конкретног уговора са клијентом.<sup>46</sup> Према појединим ауторима, за постојање директне узрочности је довољан сваки, осим сасвим безначајног утицаја на одлуку клијента да закључи уговор са принципалом.<sup>47</sup>

Из наведеног произлази да директна узрочна веза не постоји када је клијент унапред био чврсто решен да закључи уговор са принципалом, а трговинском заступнику се обратио само ради упућивања поруџбине принципалу.<sup>48</sup> У том случају, трговински заступник према решењу усвојеном у Директиви не би могао да стекне право на провизију за посредовање, нити провизију за накнадно закључене уговоре. Међутим, према српском Закону, провизија се дугује не само за уговоре закључене захваљујући посредовању трговинског заступника, него и за уговоре које је трговински заступник овлашћено закључио у име принципала. Отуда је у српском праву, на супрот праву Европске уније, овлашћено заступање само по себи довољно за испуњење услова директне узрочности. Исто решење као у Закону је задржао и Преднацрт.

очуван идентитет уговора за који је трговински заступник посредовао. Ови уговори не морају да буду идентични, али треба да имају исту економску суштину. Вид. више: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 538.

43 R. Emde, *нав. коментар*, стр. 533. Према томе, узрочност се посматра у вези са одређеним уговором са клијентом, поводом кога трговински заступник истиче захтев за плаћање провизије.

44 Више вид.: Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 338, 339; упор.: F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 81.

45 K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 131; R. Emde, *нав. коментар*, стр. 533 и 534; упор.: M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 174, 175; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 69.

46 Више вид.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 534.

47 K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736. Међутим, спорно је да ли узрочна веза постоји ако клијент након неуспелих преговора са трговинским заступником није хтео да закључи уговор са принципалом, а касније је то ипак учинио на сопствену иницијативу, независно од трговинског заступника, због убеђености у квалитет принципалових производа или услуга.

48 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263; упор.: K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736.

У случају индиректне узрочне везе, провизија за посредовање настаје ако се уговор закључи са лицем које је трговински заступник од раније привукао као клијента за истоврсне уговоре.<sup>49</sup> Узрочност која се овде захтева је индиректна, утолико што не мора да постоји никаква активност трговинског заступника која доприноси закључењу одређеног уговора на основу кога настаје право на провизију.<sup>50</sup> Отуда се право на провизију овде заснива на ранијим залагањима трговинског заступника, која су довела до стицања новог клијента, након чега он, независно од трговинског заступника, наставља да закључује један или више нових истоврсних уговора са принципалом.<sup>51</sup> Нажалост, за разлику од Директиве, Закон, као ни Преднацрт не захтевају да је трговински заступник нашао конкретног клијента у вези са истоврсним уговором,<sup>52</sup> што изазива проблеме у тумачењу стицања ове врсте провизије за тзв. индиректне послове.

Са друге стране, код делкредере провизије мора да се утврди директна узрочна веза између радњи трговинског заступника у извршењу обавеза из уговора о трговинском заступању и закључења конкретног уговора између принципала и трећег. Коначно, код провизије за накнадно закључене уговоре је услов узрочне везе строже постављен. Овде ће узрочност постојати само ако је трговински заступник својим залагањима током трајања уговора о трговинском заступању претежно допринео закључењу уговора између принципала и клијента.<sup>53</sup> Другим речима, провизија за накнадно закључене уговоре може да настане једино ако се утврди претежна, директна узрочност, а не проста саузрочност.<sup>54</sup> Ипак, када се провизија заснива на накнадно закљученим уговорима на основу понуде трећег лица коју је принципал примио током трајања уговора о трговинском заступању, примењују се услови који важе код провизије за посредовање или провизије за подручје (клијенте). Следствено томе, ако захтев почива на условима за настанак провизије за посредовање, тражи се директна саузрочност, односно индиректна узрочност.

За настанак појединих врста провизија није потребна узрочна веза између активности трговинског заступника и закључења уговора

49 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 175; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; упор.: Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 339; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 70; F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 81; више вид.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 539 и даље.

50 R. Emde, *нав. коментар*, стр. 539.

51 F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 81; о тумачењу појма „стицања“, односно „привлачења“ новог клијента више вид.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 540.

52 ЗОО, чл. 804 ст. 2; Преднацрт СГЗ, чл. 1018 ст. 2.

53 F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 73 и 74.

54 K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736; R. Emde, *нав. коментар*, стр. 534 и 559.



са клијентом. Реч је о провизији за подручје (клијенте), провизији за накнадно закључене уговоре која се заснива на условима за провизију за подручје (клијенте) и инкасо провизији. Прво, право на провизију за подручје (клијенте) настаје на основу закључења уговора између принципала и клијента, независно од било каквог утицаја трговинског заступника на тог конкретног клијента у погледу закључења те врсте уговора.<sup>55</sup> Наиме, трговинском заступнику припада право на провизију за подручје (клијенте) чак и када није имао никакав контакт са одређеним клијентом који је закључио уговор са принципалом. Из тога произлази да провизија за подручје (клијенте) није накнада за конкретно посредовање и/или заступање, већ накнада за свеукупну активност трговинског заступника на датом подручју, односно у погледу дате групе клијената.<sup>56</sup> Она се дугује на темељу свеобухватне обраде тржишта и општег подстицања продаје на одређеном подручју, односно у одређеном кругу потенцијалних клијената. Упркос томе, у правној теорији се истиче да трговинском заступнику треба признати право на ову врсту провизије чак и када на датом подручју, односно у погледу дате групе клијената, није предузимао никакве активности како би, барем апстрактно посматрано, подстакао трећа лица на закључење уговора са принципалом.<sup>57</sup> Отуда се код провизије за подручје (клијенте) не захтева чак ни утврђивање апстрактне узрочности, већ таква провизија настаје на основу саме чињенице закључења уговора са одговарајућим клијентом.

Друго, у складу са претходно реченим, када се провизија за накнадно закључене уговоре на основу понуде трећег лица пре престанка уговора о трговинском заступању заснива на провизији за подручје (клијенте), узрочна веза, такође, уопште не мора да постоји. Најзад, треће, код инкасо провизије захтев трговинског заступника настаје на основу извршене услуге наплате (инкаса), независно од тога како је дошло до закључења уговора између принципала и клијента, који

55 Упор.: K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737; M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 173–175; F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 81; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; H. Krejci, *нав. дело*, стр. 339; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 70; R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 525; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 638; M. Пауновић, *нав. чланак*, стр. 8.

56 R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 547; M. Effenberger, *нав. коменџар*; F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 82; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 638.

57 Наравно да ће у том случају због неиспуњења уговорних обавеза трговинског заступника принципал имати право на накнаду штете по основу уговорне одговорности. Притом, наведено право принципала на накнаду штете и право трговинског заступника на провизију представљају узајамне захтеве који могу да се пребијају. Поред тога, остварење захтева за провизију би у том случају могло да буде осујећено и истицањем приговора неиспуњења уговора (*exceptio non adimpleti contractus*). Упор.: R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 553.

представља основ наплаћеног потраживања. Стога се ни овде не тражи постојање узрочне везе.

## 5. Извршење уговора између принципала и клијента

Да би право трговинског заступника на провизију коначно настало, неопходно је не само да уговор између принципала и клијента буде закључен, већ и да буде извршен.<sup>58</sup> Притом, извршење уговора са клијентом представља услов за настанак свих регулисаних врста провизија. Разлог за прописивање овог услова се огледа у чињеници да провизија представља накнаду за резултат, који се остварује само ако принципал има имовинске користи од предузетог посла, у виду примања испуњења чинидбе клијента. У економском смислу, трговински заступник преко провизије посредно учествује у накнади коју клијент плаћа принципалу за испоручену робу, односно пружене услуге. Осим тога, везивање права на провизију за извршење уговора између принципала и трећег подстиче трговинског заступника да се ангажује око закључења уговора само са поузданим клијентима.<sup>59</sup> У супротном, када би се трговинском заступнику дало право на провизију независно од извршења уговора са клијентом, он би се нашао у ситуацији сукоба интереса, јер би имао снажан економски мотив да уговоре закључује са било каквим клијентима само ради стицања провизије, чак и када је очигледно да ти уговори неће бити испуњени, што је директно противно интересима принципала.

У складу са изложеним аргументима Закон, Директива и Преднацрт прописују извршење уговора између принципала и клијента као услов за стицање права на провизију. Притом, извршење уговора са клијентом има карактер одложеног услова, чије остварење нема ретроактивно, већ дејство *ex nunc*. Следствено томе, право на провизију коначно настаје као пуно право трговинског заступника тек када се уговор између принципала и трећег изврши. Овај услов може да се оствари било када, па и након престанка уговора о трговинском заступању.<sup>60</sup> У том случају, када је право на провизију настало током трајања уговора о трговинском заступању, али под одложним условом извршења уговора са клијентом, који се остварио тек након престанка уговора о трговинском заступању, реч је о тзв. заосталој провизији (нем. *Überhangprovision*).<sup>61</sup> У правној теорији је спорно да ли право на заостале провизије може

58 В. Бесаревић, *нав. чланак*, стр. 329.

59 М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 174.

60 R. Emde, *нав. коментар*, стр. 527.

61 T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; упор.: K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737.

да буде искључено уговором о трговинском заступању, али се чини да преовлађује схватање о дозвољености таквог уговарања.<sup>62</sup>

Поставља се питање када је уговор између принципала и клијента извршен у смислу правила о стицању права на провизију. У том погледу се сматра да уговор не мора да буде извршен онако како гласи, већ је довољна и замена испуњења, па чак и остварење секундарног захтева за накнаду штете због неиспуњења.<sup>63</sup> Такође, право на провизију ће коначно настати и кад је уговор неуредно извршен,<sup>64</sup> под условом да услед тога није раскинут са дејством *ex tunc*. Најзад, уговор између принципала и клијента не мора да буде извршен у целости.<sup>65</sup> Ипак, у ситуацији делимичног извршења право трговинског заступника на провизију настаје сразмерно вредности испуњеног дела уговора.<sup>66</sup> Ово правило је изричито садржано у Директиви и Преднацрту, с тим што се у Преднацрту везује само за уговоре са узастопним чинидабама које се испуњавају кроз одређено време. Супротно томе, Закон код трговинског заступања не уређује проблем стицања провизије у случају делимичног извршења уговора са клијентом, али таква одредба постоји код комисиона,<sup>67</sup> па би по аналогiji могла да се примени и овде, с обзиром на исти *rationem legis*.

Имајући у виду да плаћањем провизије принципал са трговинским заступником, економски посматрано, дели накнаду за робу/услуге коју добија од клијента, битно је да уговор буде извршен од стране клијента, док је мање значајно да ли је извршен и од стране принципала. Према томе, трговински заступник треба да стекне право на провизију најкасније у тренутку када клијент испуни своје обавезе из уговора са принципалом. Међутим, могуће је да треће лице не изврши своје обавезе због неиспуњења, закашњења или неуредног испуњења обавеза од стране принципала. У том случају је неоправдано да се трговинском заступнику ускрати право на провизију, јер би тиме принципал био привилегован на темељу његовог сопственог противправног поступања. С обзиром на то да принципал овде својим радњама, односно пропуштањима спречава наступање одложеног услова (извршење

62 Више вид.: К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 979 и даље.

63 С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264; К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 976; К. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737; J. Sonnenschein, В. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 645; упор.: Т. Lettl, *нав. дело*, стр. 132.

64 К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 976; J. Sonnenschein, В. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 642.

65 К. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737.

66 J. Sonnenschein, В. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 642 и даље; В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1754; упор.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 77.

67 ЗОО, чл. 782 ст. 2.

уговора од стране трећег), треба применити фикцију остварења услова у складу са општим правилима грађанског права. Отуда би право на провизију требало да настане и када треће лице, додуше, не изврши своје обавезе из уговора, под условом да је то последица повреде уговора од стране принципала.<sup>68</sup>

У складу са изложеним, Директива изричито прописује да трговински заступник стиче право на провизију када треће лице испуни своје обавезе из уговора, односно када је треће лице требало да испуни своје обавезе да је принципал извршио своје обавезе у складу са уговором.<sup>69</sup> Ово правило је полуимперативне природе, захваљујући чему је дозвољено другачије уговарање у корист трговинског заступника, односно у правцу везивања испуњености овог услова за неки ранији тренутак.<sup>70</sup> У недостатку уговарања, Директива садржи и диспозитивно правило, по коме право на провизију настаје чим се испуни један од следећих услова: а) принципал изврши уговор; или б) принципал је према уговору са клијентом требало да га изврши; или в) треће лице изврши уговор.<sup>71</sup>

Према Преднацрту, трговински заступник стиче право на провизију када налогодавац испуни, или је требало да испуни своје обавезе из уговора са клијентом, или „ако је треће лице на основу уговора с налогодавцем дужно прво испунити своју чинидбу, у тренутку када је треће лице испунило, односно требало испунити своју чинидбу, па и кад то није учинило из разлога за који је одговоран налогодавац“. Наведено правило је полуимперативне природе, јер је прописано да су другачије уговорне одредбе ништаве, „ако се њима погоршава положај заступника“.<sup>72</sup> Приказани начин уређења питања извршења уговора између принципала и клијента у Преднацрту се вишеструко разликује у односу на режим успостављен Директивом. Са једне стране, наспрот Директиви, Преднацрт не прави разлику између полуимперативног и диспозитивног правила о овом услову за стицање права на провизију. Са друге стране, други део цитираног правила Преднацрта садржински не одговара решењу из Директиве, јер омогућава трговинском заступнику стицање права на провизију увек када треће лице не испуни,

68 F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 77; M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 174. У правој теорији се у овом случају говори о оправданом ускраћивању извршења од стране трећег.

69 Commercial Agents Directive, Art. 10(2); H. Krejci, *нав. дело*, стр. 339; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 77; упор.: K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737.

70 Упор.: M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 173.

71 Commercial Agents Directive, Art. 10(1); F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 77.

72 Преднацрт СГЗ, чл. 1021 ст. 3.

а требало је да испуни своју чинидбу.<sup>73</sup> За разлику од тога, Директива омогућава стицање права на провизију најкасније у тренутку када треће лице не испуни своје уговорне обавезе *због штога што* принципал није испунио своје обавезе у складу са уговором.

Коначно, према Закону трговински заступник стиче право на провизију „кад уговор буде извршен“.<sup>74</sup> У недостатку ближих правила, формулација наведеног правила наводи на закључак да је неопходно извршење уговора у целости, како од стране налогодавца, тако и од стране трећег лица (клијента).<sup>75</sup> С обзиром на то да потпуно извршење уговора са клијентом представља одложни услов установљен на терет принципала, чије остварење изазива настанак обавезе плаћања провизије, ако принципал спречи наступање услова (односно проузрокује неизвршење уговора), према законској фикцији ће се сматрати као да је уговор извршен.<sup>76</sup> Отуда, Закон прописује да право на провизију настаје и када уговор са клијентом „остане неизвршен, ако је до тога дошло из узрока који је на страни налогодавца“.<sup>77</sup> Притом, неизвршење уговорних обавеза од стране принципала најчешће представља узрок на његовој страни, из чега произлази да ће стицање провизије по правилу зависити само од извршења уговора од стране клијента. Уз то, чак и када клијент не испуни своје уговорне обавезе из узрока који је у сфери утицаја налогодавца, сматраће се да је уговор извршен у смислу законског правила о стицању права на провизију.<sup>78</sup>

## 6. Додатне претпоставке за поједине врсте провизија

Претходно објашњене претпоставке важе за већину или за све врсте провизија. Насупрот томе, код појединих врста провизија се захтева испуњење још неких, додатних претпоставки. Тако је код провизије

73 У овом случају би према Преднацрту трговински заступник стекао право на провизију, али би то право касније изгубио када се утврди да уговор између принципала и клијента неће бити извршен из узрока који нису на страни налогодавца. Вид.: Преднацрт СГЗ, чл. 1023 ст. 1.

74 ЗОО, чл. 805. У правној теорији постоји схватање да се ова одредба односи на извршење уговора о трговинском заступању, али се такво тумачење никако не може прихватити. Вид.: В. Капор, С. Царић, *нав. дело*, стр. 209; С. Царић, *нав. коментар*, стр. 630.

75 Супротно вид.: И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 530, по коме је потребно само да треће лице испуни своје уговорне обавезе.

76 ЗОО, чл. 74 ст. 4.

77 ЗОО, чл. 805.

78 О тумачењу узрока на страни налогодавца вид.: В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1755; Ј. Славнић, *нав. коментар*, стр. 1337.

за подручје (клијенте) неопходно да је: а) трговинском заступнику уговором (искључиво) додељено одређено подручје или група клијената<sup>79</sup> и да се б) уговор закључи са клијентом који припада том подручју, односно групи. Припадност подручју се примарно утврђује на основу клијентовог пребивалишта или седишта.<sup>80</sup> Међутим, поставља се питање да ли припадност клијента, у смислу правила о провизији за подручје, треба везивати за седиште и када принципал закључи уговор са привредним друштвом које, додуше, има седиште изван подручја дефинисаног уговором о трговинском заступању, али на том подручју послује преко свог огранка. Чини се да би у том случају припадност клијента требало ценити према месту пословања огранка,<sup>81</sup> под условом да околности указују на то да је уговор закључен у оквиру пословања огранка који има одређени степен самосталности у односу на централу.<sup>82</sup>

Осим провизије за подручје (клијенте), додатни услови се захтевају и за настанак права на провизију за накнадно закључене уговоре, делкредере провизију и инкасо провизију. Са једне стране, код провизије за накнадно закључене уговоре је неопходно да пуноважно закључени уговор о трговинском заступању престане да постоји са дејством *ex nunc*, при чему није релевантно из ког разлога је уговор престао (на пример, због протекла времена на које је закључен, због отказа принципала из озбиљног узрока, због отказа трговинског заступника, и сл.).<sup>83</sup> Са друге стране, делкредере провизија може да настане само ако је трговински заступник пуноважно преузео одговорност за уредно испуњење обаве-

79 Више вид.: К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 981; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 638; R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 544 и даље.

80 M. Effenberger, *нав. коменџар*. Није битно место закључења уговора него економска припадност тог лица одређеном подручју или групи клијената. Вид.: J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 638.

81 Упор.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 71.

82 Упор.: М. Пауновић, *нав. чланак*, стр. 8. Околности које оправдавају утврђивање припадности на основу места пословања огранка постоје, примера ради: ако је поручбина упућена принципалу у име огранка (уз истицање његовог назива пред пословног имена друштва), ако постоји широка слобода одлучивања огранка у погледу закључивања такве врсте послова, ако принципал испоставља рачун (фактуру) огранку, а не централи, и сл. Вид.: M. Effenberger, *нав. коменџар*; упор.: R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 551.

83 У ситуацији када се након изјаве о отказу примењује отказни рок, током трајања тог рока уговор о трговинском заступању још увек постоји. Отуда, за уговоре закључене са клијентима у том периоду трговински заступник нема право на провизију за накнадно закључене уговоре, него евентуално право на провизију за посредовање, односно провизију за подручје (клијенте) или делкредере провизију, у зависности од испуњености осталих услова. Више о претпоставкама за настанак провизије за накнадно закључене уговоре вид. код: U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, *нав. чланак*, стр. 525 и даље.

за клијента из уговора са принципалом (тзв. делкредере одговорност).<sup>84</sup> У сваком случају, право на делкредере провизију настаје независно од тога да ли је принципал користио своје право према трговинском заступнику по основу повреде уговорних обавеза клијента. Према томе, ово право постоји и ако клијент уредно испуни своје обавезе, али и ако упркос његовој повреди уговорних обавеза принципал одлучи да не врши своја права против трговинског заступника.<sup>85</sup>

Најзад, трговински заступник стиче право на инкасо провизију под два посебна услова. Прво, потребно је да он има право и обавезу да наплати одређено потраживање од трећег лица (клијента) у име принципала.<sup>86</sup> Наведено посебно овлашћење за наплату не мора да се односи потраживање принципала из уговора који је закључен уз посредовање трговинског заступника.<sup>87</sup> Штавише, оно не мора да се односи чак ни на клијента у погледу кога трговински заступник има обавезу посредовања и, евентуално, овлашћеног закључења уговора.<sup>88</sup> Довољно је да трговински заступник стекне право и обавезу наплате било ког потраживања принципала, према било ком клијенту. Уз то, за разлику од делкредере провизије, овлашћење за инкасо може да буде дато унапред за већи број истоврсних случајева наплате, а не само за једно конкретно потраживање. Посебно овлашћење трговинског заступника треба да буде дато пре или након наплате одређеног потраживања. Осим тога, оно може да буде како изричито, тако и прећутно.<sup>89</sup> У супротном, у недостатку овлашћења за наплату, трговински заступник ће, додуше, морати да наплаћени износ преда, односно пренесе на принципала, али неће имати право да захтева инкасо провизију. Друго, да би право на инкасо провизију настало, неопходно је да трговински заступник изврши своју обавезу инкаса, што значи да заиста наплати потраживање од трећег лица у име принципала. Захваљујући томе, трговински заступ-

84 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 626; упор.: K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736. Међутим, ако приликом преузимања одговорности једино није испоштвана писмена форма, која се захтева како у Закону, тако и у Преднацрту, чини се да пуноважност обавезивања трговинског заступника ипак може да се заснива на конвалидацији због испуњења.

85 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 626.

86 R. Emde, *нав. коментар*, стр. 569; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 639.

87 R. Emde, *нав. коментар*, стр. 569.

88 *Ibid.*

89 Прећутна воља принципала у правцу овлашћења трговинског заступника за наплату потраживања постоји ако је, примера ради, принципал без приговора прихватио вишеструке наплате истоврсних потраживања у прошлости, или ако је у дужем периоду уредно плаћао инкасо провизију, и сл. Вид.: *Ibid.*

ник стиче право на инкасо провизију у тренутку када фактички прими испуњење од трећег лица, које је намењено принципалу.<sup>90</sup>

#### IV Терет доказа испуњености услова

Испуњеност услова за стицање права на провизију треба да докаже трговински заступник који захтева плаћање провизије од принципала. Међутим, овде постоји практичан проблем доказивања, с обзиром на то да су одлучујуће чињенице за настанак правног захтева, попут закључења уговора између принципала и клијента, као и извршења тог уговора, често изван сфере утицаја трговинског заступника. Наиме, принципал може и директно, односно мимо трговинског заступника, да закључи уговор са клијентом, који је основ за стицање права на провизију. Осим тога, тај уговор може да буде и извршен без учешћа трговинског заступника. У таквим ситуацијама, трговински заступник не може да зна да ли су и када остварени сви услови за стицање права на провизију.<sup>91</sup> Нажалост, важећи Закон не пружа никакве олакшице у том погледу. Стога, трговински заступник једино може да тражи од принципала податке о свим закљученим и извршеним уговорима са клијентима, на основу којих настаје право на провизију, у нади да ће ти подаци бити тачни и потпуни.

Насупрот томе, Директива у циљу заштите трговинских заступника изричито регулише овај проблем. Према Директиви, принципал има обавезу да, најкасније у тренутку доспелости права на провизију, достави трговинском заступнику извештај о свим провизијама, које су настале у претходном периоду.<sup>92</sup> Наведени извештај мора да се достави до последњег дана месеца након тромесечја у коме је настало право на провизију.<sup>93</sup> Уз то, Директива даје трговинском заступнику право да захтева све информације доступне принципалу, које су неопходне да би могао да провери износ дугованих провизија, а нарочито извод из његових пословних књига.<sup>94</sup> Наведена правила су полуимперативне природе, што значи да од њих може да се одступи уговором о трговинском заступању само у корист, али не и на штету трговинског заступника.<sup>95</sup> Коначно, Директива допушта да се националним пропи-

90 *Ibid.*

91 Упор.: M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 198.

92 Commercial Agents Directive, Art. 12(1); F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 80.

93 F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 80.

94 Commercial Agents Directive, Art. 12(2); F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 81.

95 Commercial Agents Directive, Art. 12(3).



сима држава чланица предвиди право трговинског заступника на увид у пословне књиге принципала.

У складу са објашњеним комунитарним правилима, Преднацрт, такође, прописује обавезу налогодавца да свака три месеца поднесе трговинском заступнику обрачун провизије на коју је он стекао право.<sup>96</sup> Поред тога, према Преднацрту постоји и обавеза налогодавца да заступнику, на његов захтев, преда извод из својих пословних књига у погледу уговора са клијентима, на основу којих настаје право на провизију.<sup>97</sup> У супротном, ако заступник не добије захтевани извод или ако посумња у његову тачност, има право да захтева преглед принципалових пословних књига од стране овлашћеног ревизора ради прикупљања и достављања података релевантних за стицање провизије.<sup>98</sup> Изложена правила служе заштити трговинског заступника, због чега од њих може да се одступи уговором само у његову корист. Ове одредбе представљају разраду основног режима установљеног Директивом, а преузете су из хрватског законодавства, које је у том погледу прихватило решење из немачког Трговинског законика.<sup>99</sup>

## V Тренутак настанка права на провизију

Претходна излагања су показала да једино право на инкасо провизију коначно настаје, без потребе за испуњењем било каквог додатног услова, када трговински заступник изврши наплату потраживања од принципаловог клијента. Насупрот томе, право на провизију за посредовање, провизију за подручје или клијенте и делкредере провизију само условно настаје у моменту закључења уговора између принципала и трећег.<sup>100</sup> Наведено условно право (тзв. зачетак права, правно очекивање, право у настајању)<sup>101</sup> је већ у том тренутку утемељено, јер има свој основ у закљученом уговору са клијентом, који служи и као основица за обрачун износа провизије.<sup>102</sup> Отуда оно у том смис-

96 Преднацрт СГЗ, чл. 1022 ст. 1. Такав обрачун ће по правилу садржати само рачуне (фактуре), износе на тим рачунима и износ провизије.

97 Преднацрт СГЗ, чл. 1022 ст. 5. У изводу из пословних књига морају да буду наведени детаљнији подаци, попут имена клијента са његовом адресом, фазе извршења посла, висине примљених плаћања по основу уговора са клијентом, и сл.

98 Преднацрт СГЗ, чл. 1022 ст. 6.

99 Немачки Трговински законик (*Handelsgesetzbuch*), § 87c; С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 266; Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 340.

100 К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 975; упор.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 525.

101 Драгољуб Стојановић, „Услов“, у: С. Перовић, Д. Стојановић (ред.), *нав. коментар*, стр. 298.

102 М. Effenberger, *нав. коментар*. О разлици између условног права (права у настајању, права у зачетку, клице права) и евентуалног права, односно правне наде више вид.:

лу представља дефинисану ставку имовине трговинског заступника, чији коначни настанак зависи од испуњења одложног услова независног од уговора о трговинском заступању и самог трговинског заступника. Захваљујући томе, трговински заступник може слободно да располаже условним правом на провизију, путем његовог преноса на друго лице или залагањем ради обезбеђења испуњења неке своје обавезе.<sup>103</sup> Притом, условно право на провизију постаје пуно право трговинског заступника,<sup>104</sup> које је утуживо, односно оствариво, тек када се испуни одложни услов у смислу извршења уговора са клијентом.<sup>105</sup>

За разлику од наведених врста провизија, провизија за накнадно закључене уговоре је специфична утолико што се основ за њен настанак огледа у спремности клијента да закључи уговор са принципалом, која је претежно резултат активности трговинског заступника или је изражена у виду понуде за закључење одговарајућег уговора. Стога се поставља питање да ли трговински заступник већ у том тренутку стиче условно право на провизију, које зависи од испуњења двоструког услова – закључења уговора између принципала и клијента, и његовог извршења. Чини се да би такав став могао да се прихвати само у погледу провизије за накнадно закључене уговоре на основу понуде клијента коју је принципал примио пре престанка уговора о трговинском заступању. Наиме, једино конкретна понуда клијента може да служи као основица за обрачун провизије, па отуда и настанак условног права које је у довољној мери одређене садржине. Са друге стране, када је активност трговинског заступника током трајања уговора о трговинском заступању претежно утицала на клијента да касније закључи уговор са принципалом, испуњење те претпоставке није довољно да би право на провизију било утемељено као условно право. Према томе, треба сматрати да у тренутку претежног утицаја трговинског заступника на спремност трећег лица да закључи уговор са принципалом постоји само евентуално право, односно правна нада, док условно право на провизију настаје тек у моменту закључења тог уговора.

Свака исплата провизије пре коначног настанка пуног права трговинског заступника представља само предујам (аванс).<sup>106</sup> Према томе, ако принципал плати провизију када трговински заступник стекне само условно право, али се потом услов у виду извршења уговора са клијентом

Снежана Дабић, „О дејствима модификације уговора одложним условом“, *Анали Правној факултету у Београду*, 2/2014, стр. 201.

103 Упор.: С. Дабић, „О дејствима модификације уговора одложним условом“, стр. 201.

104 Упор.: Д. Стојановић, *нав. коментар*, стр. 298.

105 К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 976.

106 М. Effenberger, *нав. коментар*.

не оствари, заступник има обавезу повраћаја плаћеног износа са затезном каматом. Начелно, принципал нема обавезу предујмљивања износа провизије за конкретно закључене уговоре са клијентима, који још увек нису извршени. Међутим, таква његова обавеза може да буде уговорена са трговинским заступником. Штавише, уговором о трговинском заступању може да се предвиди и обавеза принципала да плати предујам на име будућих провизија, независно од конкретно закључених уговора са клијентима (на пример, у виду одређеног месечног износа).

## VI Доспелост права на провизију

Од момента настанка пуног права на провизију треба разликовати тренутак доспелости тог потраживања трговинског заступника.<sup>107</sup> Питање доспелости је на различит начин уређено у Закону и у Директиви, односно Преднацрту. Са једне стране, Закон не прави разлику између момента стицања и доспелости права на провизију. Стога, ако није другачије уговорено, потраживање трговинског заступника против принципала доспева одмах чим настане.<sup>108</sup> Такво опредељење законодавца изазива значајне правне последице, имајући у виду да од тог момента неисплата провизије доводи принципала у дужничку доцњу, на основу које он има обавезу плаћања незанемарљиво високе затезне камате до исплате.<sup>109</sup> Ипак, наведено законско правило о доспелости је диспозитивне природе, захваљујући чему принципал и трговински заступник могу да уговоре и каснији тренутак (рок) у коме исплата треба да буде извршена. Примера ради, они могу да уговоре доспелост крајем календарског тромесечја за све провизије које настану током та три месеца. На тај начин се избегавају бројне појединачне исплате и омогућава скупно плаћање укупно зарађених провизија у претходном обрачунском периоду. Нажалост, Закон не поставља конкретне границе слободи уговарања у овом погледу, због чега би начелно било дозвољено уговарање и доспелости у року од годину дана, и сл.

107 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 174; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 76. Нажалост, у српској правној теорији се недовољно разликују ова два појма. Вид.: В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1754.

108 ЗОО, чл. 314, 324. У овом случају није потребна опомена принципала као дужника, будући да једино он може да зна када треба да испуни своју обавезу. Више вид.: Јаков Радишић, *Облигационо право – ојшићи гео*, 6. издање, Номос, Београд, 2000, стр. 330.

109 Решење Закона је оправдано, ако се има у виду да он прописује најкаснији момент настанка права на провизију, са којим се подудара доспелост. Према Закону потраживање трговинског заступника против принципала настаје и доспева тек када се уговор са клијентом у целости изврши, односно када остане неизвршен из узрока који је на страни принципала.

Са друге стране, Директива садржи полуимперативно правило о доспелости права трговинског заступника на провизију. Према том решењу, принципал је дужан да плати провизију најкасније последњег дана месеца након тромесечја (квартала) у коме је право на провизију настало.<sup>110</sup> У складу са полуимперативним карактером нормe, питање доспелости може да се на другачији начин уреди уговором о трговинском заступању, али такво уговарање не сме да буде на штету трговинског заступника.<sup>111</sup> Из тога произлази да Директива прописује крајњи рок доспелости као границу слободе уговарања.<sup>112</sup> Разлог за изричито уређење овог питања се огледао у потреби за посебном заштитом трговинског заступника као слабије уговорне стране. Отуда је уговорна одредба којом се предвиђа дужи рок доспелости ништава, а на њено место ступа поменута полуимперативна норма. Исто решење као у Директиви садржи и Преднацрт, јер прописује да је налогодавац дужан „платити заступнику тромесечну провизију најкасније до краја месеца који следи након последњег месеца обрачунског тромесечја“. Ова одредба је, такође, полуимперативног карактера, због чега је могуће уговарање краћег, али не и дужег рока доспелости права на провизију.

## VII Губитак права на провизију

Према Директиви и Преднацрту једном стечено право на провизију може и да престане, ако уговор са клијентом остане неизвршен.<sup>113</sup> Овим правилом се, из угла права на провизију, ризик неизвршења уговора између принципала и клијента пребацује на трговинског заступника. *Ratio legis* таквог решења се огледа у чињеници да само потпуно извршен уговор са клијентом представља резултат за који принципал плаћа трговинском заступнику накнаду у виду провизије, док од неизвршеног уговора принципал нема никакве користи, већ само штету, па за такав непожељан резултат не треба ни да плати провизију. Управо из тог разлога, неизвршење уговора у смислу овог правила не постоји, ако само налогодавац не изврши своју чинидбу (на пример, због престанка уговорне обавезе услед случајне немогућности испуњења), али упркос томе задржава право на противчинидбу од клијента као сауговарача.<sup>114</sup>

110 Commercial Agents Directive, Art. 10(3); M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 184; Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 340; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 78; К. Н. Lincke, A.-C. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4.

111 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 184.

112 К. Н. Lincke, A.-C. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4.

113 Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 340; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 78. Терет доказа испуњености овог услова за престанак права на провизију сноси принципал. Вид.: К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 976.

114 ЗОО, чл. 138 ст. 1; упор.: С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264.

У описаном случају, уговор, иако фактички неизвршен, доноси налогодавцу очигледну корист, због чега трговинском заступнику треба признати право на провизију.

Поставља се питање када се сматра да је уговор *остиао* неизвршен,<sup>115</sup> односно да *неће бити* извршен.<sup>116</sup> Да ли је такав услов за губитак права на провизију испуњен чим једна од уговорних страна падне у дужничку доцњу, или тек када сауговарач ни у извршном поступку није успео да оствари уговорни захтев? Треба сматрати да је уговор остао неизвршен само у другонаведеном случају, када налогодавац није могао да оствари своје пуноважно право из уговора принудним путем.<sup>117</sup> Притом, са немогућношћу принудног остварења уговорног захтева треба изједначити и ситуацију када би покушај принудног намирења био потпуно економски неразуман, јер се тада уговор сматра дефинитивно неизвршеним већ у моменту наступања таквих околности.<sup>118</sup> Најзад, када клијент падне под стечај, треба сматрати да уговор неће бити извршен само у мери у којој би уговорни захтеви остали ненамирани у стечајном поступку. Право трговинског заступника на провизију се у том случају обрачунава сразмерно стечајној квоти.<sup>119</sup> Из свега изложеног се закључује да трговински заступник у погледу права на провизију не сноси ризик воље клијента да испуни уговорену обавезу према принципалу, већ само ризик његове способности да изврши уговор.<sup>120</sup>

У складу са правним режимом установљеним Директивом и Преднацртом, дефинитивно неизвршење уговора између принципала и клијента треба квалификовати као раскидни услов, од кога зависи опстанак стеченог права на провизију.<sup>121</sup> Остварење наведеног раскидног услова производи дејства *ex tunc*.<sup>122</sup> Према томе, ако је трговинском заступнику пре наступања раскидног услова исплаћена провизија, он је дужан да након тога врати примљени износ,<sup>123</sup> и то са затезним кама-

115 Преднацрт СГЗ, чл. 1023 ст. 1.

116 Commercial Agents Directive, Art. 11(1).

117 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 646; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; упор.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 78.

118 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 646; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264.

119 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132.

120 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264.

121 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 645; упор.: C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262.

122 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 186. Супротно вид.: Д. Стојановић, *нав. коменџар*, стр. 298.

123 F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 78.

тама од момента исплате до момента враћања.<sup>124</sup> Са друге стране, ако трговинском заступнику пре наступања овог раскидног услова није исплаћена провизија, након тога његово право на провизију престаје, па принципал више нема обавезу њене исплате.

С обзиром на то да је раскидни услов у виду коначног неизвршења уговора са клијентом установљен у корист принципала, сматраће се да тај услов није остварен, када принципал проузрокује његово остварење (тј. неизвршење уговора).<sup>125</sup> Другим речима, у случају да принципал изазове неизвршење уговора, наступа законска фикција по којој ће се уговор сматрати као да је извршен, захваљујући чему трговински заступник неће изгубити право на провизију. У складу са тим, Преднацрт предвиђа да „трговински заступник губи право на провизију ако уговор између налогодавца и трећег лица остане неиспуњен из узрока који нису на страни налогодавца“.<sup>126</sup> Из тога *argumentum a contrario* произлази да право на провизију опстаје ако је уговор остао неизвршен из узрока који су на страни налогодавца. Реч је изричитом прописивању фикције неостварења раскидног услова, иако би таква фикција постојала већ по општим правилима Преднацрта о раскидном услову.<sup>127</sup>

На сличан начин ово питање уређује и Директива, будући да прописује да трговински заступник губи право на провизију у мери у којој се утврди да уговор са клијентом неће бити извршен, ако је то последица разлога за који принципал није одговоран.<sup>128</sup> Нажалост, наведено правило је недоречено, јер није јасно када треба сматрати да је принципал *одговоран* за проузроковање неизвршења уговора. Чини се да „одговорност“ у смислу овог правила свакако треба да постоји у случају кривице, материјалних и правних недостатака принципалове извршене чинидбе, одговорности принципала за неизвршење своје уговорене обавезе, принципалове инсолвентности, добровољног, самоиницијативног једностраног раскида уговора са клијентом од стране принципала, као и сваког другог разлога који се налази у принципаловој сфери утицаја.<sup>129</sup> Насупрот томе, принципал не може бити „одговоран“ за оне разлоге неизвршења уговора који су ван сфере његовог утицаја, било да долазе из неутралне сфере изван самог уговора са клијентом (на пример,

124 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 646.

125 Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт – Грађански законик Републике Србије: Прва књига – Општи део*, Београд 2014, [http://www.korponikschool.org/dokumenta/A\\_Opsti.deo.pdf](http://www.korponikschool.org/dokumenta/A_Opsti.deo.pdf), 20.3.2015 (даље у фуснотама: Преднацрт СГЗ – Општи део), чл. 97 ст. 4.

126 Преднацрт СГЗ, чл. 1023 ст. 1.

127 Преднацрт СГЗ – Општи део, чл. 97 ст. 4.

128 Commercial Agents Directive, Art. 11(1).

129 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 265; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 647; упор.: T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737.

непредвидива државна забрана извоза),<sup>130</sup> било да се налазе у сфери утицаја клијента (на пример, клијентова инсолвентност).<sup>131</sup>

За разлику од објашњеног правног режима у Директиви и Преднацрту, према Закону је потпуно извршење уговора прописано као одложни услов за стицање права на провизију. Из изложеног произлази да је овај услов на различит начин конципиран у Закону, са једне стране, и Директиви и Преднацрту, са друге. Међутим, наведени различити концепти у практичној примени доводе до истих решења. Према Закону до остварења овог услова или наступања фикције његовог остварења, пуно право на провизију још увек не настаје.<sup>132</sup> У случају да је трговински заступник у том периоду примио одређени износ на име провизије (предујам), а услов се потом не оствари, он ће бити дужан да примљени износ врати са затезном каматом. Насупрот томе, у складу са Директивом и Преднацртом, трговински заступник стиче пуно право на провизију у ранијем тренутку, како је то горе објашњено (на пример, када само принципал изврши своју уговорну обавезу, или када само клијент изврши своју уговорну обавезу). Ипак, дефинитивно неизвршење уговора са клијентом представља раскидни услов, чије остварење изазива правна дејства *ex tunc*, због чега ће трговински заступник, такође, морати да врати принципалу примљени износ провизије са затезном каматом.<sup>133</sup>

### VIII Сукоб права на провизију два или више трговинских заступника

Када је више трговинских заступника ангажовано на истом подручју, односно у погледу одређеног клијента, може да дође до сукоба њихових права на провизију за одређени закључени уговор између принципала и клијента.<sup>134</sup> Притом, сукоб права на провизију може да настане код оних врста провизија чије стицање зависи од постојања узрочне везе између активности трговинског заступника и закључења конкретног уговора са клијентом.<sup>135</sup> У тој ситуацији, проблем наступа

130 T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; о задржавању провизије у случају неизвршења уговора од стране принципала због више силе вид.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 79 и 80.

131 F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 79; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 265.

132 В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1754.

133 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 186.

134 Више вид.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 71.

135 Насупрот томе, када је овлашћена активност само једног трговинског заступника допринела закључењу конкретног уговора са клијентом, он има право на пуну провизију за посредовање, без обзира на то што дати клијент припада одређеном

ако су два или више трговинских заступника истог принципала својим залагањима допринели закључењу одређеног уговора, а не постоји изричит споразум о подели провизије између њих.<sup>136</sup> Нажалост, овај проблем није решен ни у Закону, ни у Директиви, а самим тим ни у Преднацрту.

Под претпоставком да је трговински заступник радио у границама својих овлашћења, питање сукоба права на провизију треба решавати на основу тога да ли он био свестан постојања осталих трговинских заступника и њиховог ангажмана на истом подручју, за исту врсту послова.<sup>137</sup> Са једне стране, ако је трговински заступник знао или морао знати да је принципал ангажовао истоврсне трговинске заступнике на истом подручју, треба му признати право само на сразмеран део провизије, у зависности од степена његовог доприноса закључењу датог уговора.<sup>138</sup> Изузетно, када доприноси закључењу уговора са клијентом не могу да се утврде, треба се заложити за равномерну поделу провизије између трговинских заступника („по главама“).<sup>139</sup> Са друге стране, у случају да трговински заступник није знао нити морао знати за ангажовање других трговинских заступника, не би требало дозволити умањење његовог права на провизију, већ му у складу са оправданим очекивањима припада право на пуну провизију.<sup>140</sup>

Најзад, у ситуацији када трговински заступници нису били ангажовани истовремено, него један након другог, може да дође до сукоба права претходног заступника на провизију за накнадно закључене уговоре и права наредног заступника на провизију за посредовање, односно провизију за подручје (клијенте). Наведени сукоб ће настати ако и први и други трговински заступник испуњавају услове за стицање права на одговарајућу врсту провизије. Неспорно је да налогодавац тада не треба двоструко да плати – и претходном и тренутном заступнику.<sup>141</sup> Једино овај случај сукоба права на провизију је изричито регулисан Директивом, а под њеним утицајем и Преднацртом. За разлику од тога, у

---

подручју, односно групи клијената, на основу чега неки други трговински заступник за исти закључени уговор стиче право на провизију за подручје (клијенте). Такав закључак се изводи из чињенице да право на провизију за посредовање не искључује право на провизију за подручје (клијенте), с обзиром на то да ове две провизије могу да се захтевају кумулативно. Упор.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 565; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 71 и 72.

136 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263.

137 *Ibid.*, 263, 264.

138 *Ibid.*, 264; упор.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 71 и 72.

139 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264.

140 Више вид.: *Ibid.*

141 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 182.



Закону и у овом погледу постоји правна празнина. Правила Директиве и Преднацрта су усмерена ка заштити претходног трговинског заступника. Отуда, нови трговински заступник неће стећи право на провизију по основу одређеног уговора закљученог са клијентом, ако такав уговор истовремено представља основ за настанак права претходног трговинског заступника на провизију за накнадно закључене уговоре.<sup>142</sup> Од овог правила може да се одступи само ако би на основу околности конкретног случаја било правично да трговински заступници поделе провизију.<sup>143</sup>

## IX Закључак

Преднацрт српског Грађанског законика уводи бројна нова правила од значаја за стицање права на провизију код уговора о трговинском заступању. Ове новине су неопходне како би се српско право трговинског заступања коначно ускладило са правом Европске уније, које је хармонизовано још пре неколико деценија. Истовремено, у Преднацрту су задржана и многа решења важећег Закона о облигационим односима, која су могла да се уклопе у нови регулаторни оквир. Детаљна анализа разгранатих и сложених правила Преднацрта је показала да се њима релативно успешно остварује основни законодавни циљ имплементације комунитарних правила у српско право. Најзначајнији недостаци, на које би у том смислу требало обратити пажњу, се тичу појединих непрецизности приликом формулација конкретних правила, као и неадекватног правила о извршењу уговора између принципала и трећег као услову за стицање права на провизију.

142 Commercial Agents Directive, Art. 9; Преднацрт СГЗ, чл. 1018 ст. 6; Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 339; М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 182; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 74; К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4.

143 Commercial Agents Directive, Art. 9; Преднацрт СГЗ, чл. 1018 ст. 6; Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 339; више вид.: U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, *нав. чланак*, стр. 526; М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 182, 183; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 74; К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4; J. Sonnenschein, В. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 635.

**Mirjana RADOVIĆ, PhD, Mag. iur., LL.M. (Humboldt)**  
Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

## ENTITLEMENT TO COMMISSION BASED ON THE COMMERCIAL AGENCY CONTRACT

### Summary

*In this article the author analyses the requirements for commercial agents' entitlement to commission. The introductory part briefly presents the regulation of the right to commission in the current Law of Obligations, Commercial Agents Directive 86/653/EEC and the prepared Draft of the Serbian Civil Code. At the beginning of the central part of the paper the conditions for acquiring the right to commission are explained in detail. Thereafter, the author deals with the problem of onus probandi with regard to fulfilment of all the requirements for acquiring commission. The next part of the paper explains the moment when the commercial agent becomes entitled to commission and the moment when the commission becomes due. In addition to that, the author analyses the new solutions of the Draft in connection with the extinction of the right to commission, which are harmonised with the Directive. Finally, the last part of the paper deals with competing claims to commission by two or more commercial agents.*

**Key words:** *commission, remuneration, commercial agent, entitlement, extinction of right, due date.*

Др *Сандра* ФИШЕР ШОБОТ  
доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## ОДГОВОРНОСТ ПРОДАВЦА ЗА ПРАВНЕ НЕДОСТАТКЕ У ПРАВУ МЕЂУНАРОДНЕ И ДОМАЋЕ ПРОДАЈЕ\*

### Резиме

Одговорности продавца за евикцију насталу ако се кумулативно испуне претпоставке предвиђене Конвенцијом УН о уговорима о међународној продаји робе (Бечком конвенцијом), односно Законом о облигационим односима. Прво мора постојати правни недостатак. Друго, продавац одговара за правне недостатке који су постојали у одређеном тренутку. Треће, потребно је да не постоје околности које воде искључењу одговорности продавца за евикцију. И последње, купац је дужан да у одређеном року обавести продавца о постојању права или изражавања треће лица.

Предмет рада је анализа правних норми којима је регулисана одговорност продавца за евикцију у праву међународне и домаће продаје, као и релевантне судске и арбитражне праксе.

**Кључне речи:** уговор о продаји, правни недостатак, одговорност продавца.

---

\* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту Ушлицај европској и прецедентној права на развој грађанској материјалној и процесној права у Србији и Војводини који се финансира из средстава Покрајинској секретаријата за науку и технолошки развој.

## I Уводна разматрања

Продавац одговара за правне недостатке испуњења и дужан је да штити купца од права и захтева трећих лица којима би његово право било искључено или сужено.<sup>1</sup> Према томе, продавац купцу мора да испоручи робу слободну од права или претензија трећих лица. У супротном, одговараће за правне недостатке испоручене робе. Подразумева се, наравно, да ни сам продавац не сме да ограничава права купца на роби.

Одговорност продавца за правне недостатке произлази из начела једнаке вредности давања код двостраних уговора. Продавац је дужан да обезбеди купцу не само корисну него и мирну државину тј. такву државину ствари у којој купац неће бити правно узнемираван на основу неког права трећег.

Одговорност продавца за евикцију у изворима права међународне и домаће продаје регулисана је у значајно мањем броју чланова него одговорност за саобразност, односно материјалне недостатке. Разлог треба тражити у томе што у трговинском промету много већи значај имају стварни него правни недостаци. Случајеви евикције у области робе као предмета међународне и домаће трговине су малобројни. Самим тим постоји и релативно мали број судских и арбитражних одлука које се односе на ово питање.

Правила о одговорности продавца за правне недостатке налазе се у делу III *Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе*<sup>2</sup> (даље у тексту: конвенција, БК) Глави II *Продавчеве обавезе* у Одсеку II *Саобразношћу робе и права или њој израживања трећих лица*. Одговорност продавца када на роби постоји право или потраживање трећег лица регулисана је чл. 41–44 БК. Према чл. 41 БК продавац је дужан да испоручи робу слободну од права или потраживања трећег лица, изузев ако се купац сложи да прими робу под тим условима. Чланом 42 БК предвиђена су посебна правила о одговорности продавца када на роби постоји право или потраживање које се заснива на индустријској или другој интелектуалној својини. Према чл. 43(1) БК купац губи право да се позива на правне недостатке испоручене робе уколико не обавести продавца о природи недостатака у разумном року пошто је сазнао или морао да сазна за њих. Коначно, члановима 43(2) и 44 БК нормирани су случајеви у којима необавештавање продавца купцу не штети.

1 Видети чл. 121(2) Закона о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89, 31/93; даље у фуснотама: ЗОО).

2 Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (*Службени лист СФРЈ*, бр. 10/1/84 од 31.12.1984; даље у фуснотама: БК).

Уколико продавац испоручи робу са правним недостацима купцу на располагању стоје правна средства из чл. 45–52 БК. Конвенција на јединствен начин регулише права купца у случају испоруке несаобразне робе и испоруке робе са правним недостацима. Међутим, анализа одредби показује да одређена права купац има само у случају испоруке несаобразне робе (нпр. право на поправку робе).

У праву међународне продаје прави се разлика између правних недостатака, па сходно томе постоји разлика и у одговорности продавца за њих. Дакле, постоје општи правни недостаци и правни недостаци када постоји право интелектуалне својине. Сходно томе, постоје и два режима одговорности – општа одговорност за правне недостатке и одговорност када на продатој роби постоји право или потраживање које се заснива на индустријској или другој интелектуалној својини. Овакво решење представља новину у праву међународне продаје. Разликовање између општих правних недостатака и недостатака на основу права интелектуалне или индустријске својине није било познато у *Хашком једнообразном закону о међународној прогаји њелесних њокрејних ствари* (даље у тексту: УЛИС). Предвиђањем посебних услова одговорности продавца уколико на роби постоји право или потраживање које се заснива на индустријској или другој интелектуалној својини, одговорност продавца изузета је из опште сфере одговорности продавца за правне недостатке. Ради се о посебном правилу којим је одговорност продавца у значајној мери ублажена.<sup>3</sup> Насупрот томе, национална права редовно не садрже овакво разликовање. Предмет анализе у овом раду биће општи правни недостаци и одговорност продавца у случају испоруке робе на којој постоји право или потраживање трећег лица.

У српском праву одговорност продавца за правне недостатке регулисана је чл. 508– 515 *Закона о облигационим односима* (даље у тексту: ЗОО). Према чл. 508 ЗОО продавац одговара ако на продатој ствари постоји неко право трећег које искључује, умањује или ограничава купчево право, а о чијем постојању купац није обавештен, нити је пристао да узме ствар оптерећену тим правом. Чланом 510 ЗОО предвиђена су права која купац има у случају испоруке робе оптерећене правом трећег

3 Приликом израде Бечке конвенције постојали се опречни ставови о томе да ли је оправдано установљаване посебног режима одговорности када на роби постоји право интелектуалне својине. У Немачкој доктрини и судској пракси заступана је идеја да правила о општој одговорности за правне недостатке треба да се примене и у случајевима када на роби постоји право интелектуалне својине. Други предлог је био да се ово питање потпуно изостави из БК због његове сложености. Видети више Alex Metzger, „Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel gemäss Artt. 41, 42 CISG“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 73, 2009, стр. 845. Такође видети Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin, Heidelberg, 2010, стр. 444.

лица, док се чл. 509 и 511 ЗОО односе на дужност обавештавања. У чл. 513 ЗОО утврђена су правила о уговорном ограничењу или искључењу продавчеве одговорности. Даље, чл. 514 ЗОО регулише одговорност продавца за ограничења јавно-правне природе. У чл. 515 ЗОО одређени су рокови у којима се права купца по основу правних недостатака гасе. Наш закон на јединствен начин регулише одговорност продавца за евикцију без обзира на природу права трећег лица на роби. У *Преднацију Грађанској законика*<sup>4</sup> (даље у тексту: ГЗ) одговорност продавца за евикцију регулисана је у чл. 560-569 којима су у највећем делу преузета решења из ЗОО.

За општу одговорност за правне недостатке (одговорност за евикцију) потребно је да се кумулативно испуне следећи услови. И у међународном и у домаћем праву прва претпоставка одговорности продавца је да на роби постоји право или претензија трећег лица. У сваком случају узнемиравање купца мора бити правно. Насупрот томе, фактичко узнемиравање није довољно за одговорност продавца. Друго, правни недостатак треба да постоји у одређеном тренутку. По правилу, као меродавно узима се време извршења испоруке. Треће, потребно је да не постоје околности које воде искључењу одговорности продавца за правне недостатке. И последње, купац је дужан да у одређеном року обавести продавца о постојању права или потраживања трећег лица. Дужност купца да обавести продавца о правном недостатку постоји у међународној и домаћој продаји уз једну значајну разлику. Према правилу садржаном у Бечкој конвенцији купац губи право да се позива на правни недостатак ако о њему уредно и благовремено не обавести продавца.<sup>5</sup> Насупрот томе, чл. 509 ЗОО не предвиђа да пропуштање обавештења води губитку правних средстава која купцу стоје на располагању у случају испоруке робе на којој постоји право или претензија трећег лица. Чак штавише, закон изричито предвиђа да у одређеним случајевима и купац који није обавестио продавца о праву или претензији трећег лица може да се позива на правни недостатак.<sup>6</sup>

И у међународном и у домаћем праву одговорност продавца за евикцију независна је од кривиче.

4 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, друга књига, Облигациони односи доступно на <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>.

5 Видети чл. 43 БК.

6 Чл. 511 ЗОО (чл. 563 ГЗ): Купац који се, не обавештавајући продавца упустио у спор са трећим и спор изгубио, може се ипак позивати на продавчеву одговорност за правне недостатке, изузев ако продавац докаже да је он располагао средствима да се одбије захтев трећег лица. Чл. 512(1) ЗОО (чл. 564(1) ГЗ): Купац има право позивати се на продавчеву одговорност за правне недостатке и кад је без обавештења продавца и без спора признао очигледно основано право трећег.

У разматрањима која следе биће анализирана прва три услова, док ће дужност обавештавања продавца о правном недостатку бити предмет разматрања у посебном раду.

## II Правни недостатак

### 1. Појам правног недостатка

Према Бечкој конвенцији испоручена роба мора бити слободна од права или потраживања (захтева) трећег лица. Под *правом* трећег лица треба разумети стварно постојеће правне положаје. Насупрот томе, појам *захтев* обухвата случајеве када постоји само тврдња трећег лица о постојању права. Оваквим решењем БК омогућава да купац буде заштићен и од оптерећења која би настала услед спора са наводним имаоцем права. Такво решење, по угледу на чл. 52 УЛИС прихвата и наше право тј. одговорност за евикцију постоји у случају права или претензије трећег лица. Према чл. 508 ЗОО правни недостатак постоји ако на продатој ствари постоји неко *право* трећег лица које искључује, умањује или ограничава купчево право. Видимо да закон приликом одређивања појма правног недостатка не наводи и претензије трећег. Међутим, из наредних чланова (чл. 509 и 510(2) ЗОО) произлази да одговорност продавца постоји и у том случају.

За одговорност продавца није нужно да треће лице покрене спор против купца, него је довољно да оно вансудски истиче да има неко право или да на други начин оптерети купчево слободно располагање робом. Чак штавише, довољно је да купац оправдано страхује да ће бити узнемирен захтевом трећег лица.<sup>7</sup> Овакав закључак произлази из чл. 510(2) ЗОО који предвиђа да купац може раскинути уговор ако продавац у разумном року не ослободи ствар од права или претензије трећег.

#### а) Право *треће* лица

Појмом право трећег лица обухваћена су сва стварна и облигациона права која постоје на роби, а на основу којих треће лице може да утиче на робу или купцу може да ограничи њену употребу, искоришћавање или располагање.<sup>8</sup> То су, пре свега, стварна права. Најпре, у права трећег спада право својине на роби. Продавац ће одговарати ако купцу прода робу чији је власник треће лице. Притом БК не регулише поступак

7 Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, стр. 154.

8 Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, стр. 2831.

стицања својине, као ни могућност савесног стицања својине. То је према чл. 4(б) БК препуштено правилима меродавног националног права.

Поред својине, појмом право обухваћена су и друга стварна права (државина, заложна права). Највећи практични значај у трговинском промету имају средства обезбеђења поверилаца продавца, као и законска заложна права превозилаца, складиштара, шпедитера, комисионара, итд.

Надаље, правни недостатак постоји увек када право трећег лица може да угрози право својине купца. Стога поред стварних права, у права трећег лица спадају и сва облигациона потраживања која прибављају трећем лицу државину на роби (нпр. потраживања која произлазе из уговора о зајму, лизингу, закупу...). Иако уговори имају релативно дејство, правни недостаци постоје ако облигациона права трећих лица утичу на државину или коришћење ствари од стране купца.

У теорији међународне продаје робе спорно је да ли јавноправна ограничења располагања робом представљају правни недостатак или недостатак саобразности. За продавца ово питање има велики значај јер су различите претпоставке његове одговорности. Прво, искључење одговорности наступа под различитим околностима. Одговорност за правне недостатке према чл. 41 БК може бити искључена само ако се купац сложи да прими робу оптерећену правом или потраживањем трећег лица, док је за искључење одговорности за недостатке у квалитету према чл. 35(3) довољно да купац за несаобразност није знао услед грубе непажње. Друго, код правних недостатака не постоји крајњи рок за обавештавање продавца о недостатку тј. не примењује се преклузивни двогодишњи рок. Треће, правна средства која купац може да користи разликују се код правних недостатака и код недостатка саобразности.

Историја настанка чл. 41 БК не даје довољно информација о томе како сврстати јавноправна ограничења.<sup>9</sup> Језичким тумачењем формулације *right of a third party* можемо закључити да се чл. 41 БК односи само на права и потраживања приватног лица, односно да чл. 41 БК нису обухваћена јавноправна ограничења располагања робом.

Због хетерогености јавно-правних ограничења није могуће дати јединствен одговор да ли она представљају правни недостатак, него процену треба вршити *in casu*.

Увозне и извозне забране, по правилу, не могу се сматрати правним недостатком.<sup>10</sup> Наиме, ако извршење испоруке буде спречено због

9 Видети више код Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, 2<sup>nd</sup> (English) ed., New York, 2005, стр. 485.

10 Тако Alex Metzger, *нав. дело*, стр. 846. Видети одлуку у предмету Russia 6 August 2002 Arbitration Court [Appellate Court] for the Western Siberia Circuit (*Harvesting combines case*) доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020806r1.html> (увозне забране).



извозних или увозних забрана, онда постоји повреда обавезе испоруке из чл. 30 БК, односно повреда обавезе преузимања испоруке из чл. 53 БК. Правило је да опште извозне и увозне забране засноване на мерама економске контроле треба да сноси погођена страна. Према томе, извозне забране погађају продавца јер он не може ваљано да изврши обавезу испоруке из чл. 30 БК.<sup>11</sup>

Према општеприхваћеном ставу, правни недостатак не постоји када особине робе воде кршењу јавноправних норми у области радног законодавства, безбедности хране, заштите потрошача или заштите животне средине. У наведеном случају не постоји право одређеног трећег лица и због тога нема места примени чл. 41 БК. Другим речима, само оне јавноправне норме и акти који не само да ограничавају употребу робе, него и утичу на правни положај купца као власника робе представљају правни недостатак из чл. 41 БК.<sup>12</sup> Уколико роба није у складу са јавноправним стандардима у земљи коришћења, то, по правилу, утиче на могућност њене употребе и представља недостатак саобразности у смислу чл. 35 БК. Сходно наведеном, под одређеним условима ове особине робе могу довести до одговорности продавца за саобразност према чл. 35 БК.<sup>13</sup>

И последње, према раширеном ставу порези и царине које је продавац требало да плати и који оптерећују робу могу представљати правне недостатке, као и јавноправне мере (нпр. конфискација робе) које из тога настану.<sup>14</sup> У једном предмету продавац из Пољске увезао је аутобус у Русију ради учешћа на међународној изложби. Царинске власти су

11 Ingeborg Schwenzer (ed.), P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3. ed., Oxford, 2010, стр. 651; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 485. Видети одлуку у предмету Austria, 6 February 1996, Supreme Court (*Propane case*) доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>.

12 Peter Schlechtriem, Petra Buttler, *UN Law on International Sales – The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin, Heidelberg, 2009, стр. 132.

13 О утицају јавноправних ограничења на одговорност продавца видети више код Сандра Фишер-Шобот, „Одговорност продавца за саобразност робе са принудним прописима“, *Правна ријеч – Часопис за правну теорију и праксу*, бр. 29/2011, стр. 153–165 и Сандра Фишер-Шобот, „Одговорност продавца за саобразност робе са принудним прописима – *Frozen Pork case*“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, стр. 309–320.

14 Видети више P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 485; I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 651; Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, 2004, стр. 534; Ulrich Magnus, J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, стр. 432; Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht*, Bern, 2004, стр. 247.

допустиле улазак аутобуса у Русију на основу дозволе о привременом увозу. Продавац је требало да возило одвезе из Русије до окончања изложбе или да добије нову дозволу за држање возила у Русији. У време важења дозволе продавац је аутобус продао и испоручио купцу из Русије. Недуго затим царинске власти одузеле су аутобус од купца и сместиле га у царинско складиште до плаћања неопходних царинских дажбина. Пошто купац није у време закључења уговора знао да се роба налази у Русији на основу привремене дозволе, према ставу арбитражног већа, продавац је извршио повреду обавезе да испоручи робу слободну од права или претензија трећих лица.<sup>15</sup>

Коначно, заплена робе у вези са правом трећег лица представља правни недостатак (нпр. заплена украдене робе<sup>16</sup>).<sup>17</sup>

У српском праву, не поставља се питање да ли јавноправна ограничења представљају правни недостатак. Наиме, према чл. 514 ЗОО продавац одговара по правилима евикције и за посебна ограничења јавноправне природе која купцу нису била позната, ако је он за њих знао или је знао да се могу очекивати, а није их купцу саопштио.<sup>18</sup> Према наведеном продавац је одговоран не само за јавноправна ограничења која постоје у време закључења уговора, него и за она ограничења за која је у конкретном случају знао да се могу очекивати. Све наведено важи само ако је купац био савестан, односно ако није знао за ограничења. Чл. 514 ЗОО представља конкретизацију начела савесности и поштења, јер продавац који поступа несавесно не може из тога извучити корист.

### б) Потраживање (претензија) трећег лица

Продавац одговара за евикцију и ако на роби постоји потраживање, односно претензија трећег лица. У српском преводу чл. 41 БК користи се термин „потраживање“, док се у српској верзији чл. 52 УЛИС користи реч „претензија“. Нејасно је због чега се разликује превод чл. 52 УЛИС и чл. 41 БК када је у енглеској верзији УЛИС и БК употребљен истоветан термин *claim*. Сматрамо да је примеренији термин претензија, јер су овим појмом обухваћена наводно постојећа права трећег лица. Прихватањем оваквог решења конвенција одступа од решења која постоје у многим националним правима. Наш ЗОО у чл. 509 и 510 исправно говори о претензији трећег. Такође, одговарајућим сматрамо и термин захтев (*der Anspruch*) који се користи у немачкој теорији.

15 Russia 21 January 1998 Arbitration proceeding 99/1997 доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980121r1.html>.

16 Видети одлуку у предмету Germany 21 March 2007 Appellate Court Dresden (*Stolen automobile case*) доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070321g1.html>.

17 I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 652.

18 Чл. 514 ЗОО идентичан је чл. 568 ГЗ.

Продавац је дужан да испоручи робу слободну од претензија трећег лица, односно од права за која треће лице тврди да постоје. Продавац је дужан да купцу гарантује мирну државину. Стога ће продавац одговарати без обзира да ли је претензија трећег основана,<sup>19</sup> односно његова одговорност ће постојати без обзира да ли право трећег стварно постоји. Такође, у судској пракси је потврђено да ће продавац одговарати, чак и ако се касније утврди да је захтев трећег лица неоснован.<sup>20</sup> На тај начин је одговорност продавца проширена, а купац заштићен и од евентуалних дуготрајних расправа са наводним имаоцима права око робе. Расправу са трећим лицем треба да води продавац, а не купац.

Правило из БК представља одраз англо-америчког схватања по коме продавац купца треба да заштити од захтева трећих лица, чак и када права трећег не постоје.<sup>21</sup> Оно је веома важно пошто такви спорови могу представљати значајно оптерећење за купца. Наиме, спорови са наводним имаоцима права купцу могу да узрокују значајне трошкове. Поред тога, могу купцу онемогућити да робу користи на планирани начин.

У теорији права међународне продаје робе спорно је да ли појам потраживање обухвата и фриволне претензије трећег лица, односно претензије за које је очигледно да нису основане. Према једном ставу, чл. 41 БК нису обухваћени очигледно неосновани захтеви трећег лица,<sup>22</sup> односно такви захтеви не воде одговорности продавца.<sup>23</sup> Друго је мишљење да продавац одговара и за фриволне захтеве трећих лица.<sup>24</sup> Прихватање првог става створило би, пре свега, проблеме у пракси, јер би било тешко одредити критеријуме кад је неки захтев основан. Такође, да ли је захтев трећег оправдан, по правилу, не може да утврди купац. Сама околност да треће лице тврди да је продајом робе повређено неко

19 Видети више U. Magnus, *нав. дело*, стр. 433; P. Schlechtriem, P. Buttler, *нав. дело*, стр. 132.

20 Germany, 11 January 2006, Supreme Court (*Automobile case*) доступно на: [www.cisgw3.law.pace.edu/cases/060111g1.html](http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/060111g1.html).

21 Gert Reihardt, *UN-Kaufrecht, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Heidelberg, 1991, стр. 99.

22 Видети више U. Magnus, *нав. дело*, стр. 433. Тако UN DOC. A/CONF. 97/5 (Коментар UNCITRAL-a), Official Records стр. 36, тач. 4.

23 Rolf Herber, Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht – Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf*, München, 1991, стр. 193.

24 Tako U. Magnus, *нав. дело*, стр. 433; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 486; Wolfgang Krüger, Harm Peter Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, стр. 2404; H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2832; I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 653.

његово право спада у сферу одговорности и ризика продавца, стога је он дужан да се расправља са трећим лицем. Наравно уколико се ради о фриволном захтеву продавац ће без тешкоћа моћи да докаже да захтев није основан и тако избећи захтев купца за накнаду штете. Исто тако, ако продавац успе да се брзо и ефективно ослободи од захтева трећег лица, купац који није претрпео суштинско лишавање неће моћи да раскине уговор због битне повреде уговора.<sup>25</sup> Међутим, уколико је купац због захтева трећег био изложен трошковима, продавац мора да их накнади.<sup>26</sup> Сматрамо да наведено *mutatis mutandis* може да се примени и код домаће продаје робе.

## 2. Време меродавно за постојање правног недостатка

За одговорност продавца потребно је да правни недостатак постоји у одређеном тренутку. Према, општеприхваћеном ставу код међународне продаје правни недостатак треба да постоји у тренутку испоруке.<sup>27</sup> Наведено произлази из обавезе продавца да *испоруци* робу слободну од права или потраживања трећег лица (*The seller must deliver goods which...*).

Време закључења уговора није и не може бити одлучујуће за одговорност продавца за евикцију из два разлога. Први, јер продавац одговара и за права трећег лица која настану након закључења уговора. Други, јер до испоруке продавац може отклонити правни недостатак који је постојао у време закључења уговора.

Теорија на различит начин посматра захтеве настале након испоруке робе. Према једном ставу, продавац не одговара за права трећих лица настала после извршења испоруке.<sup>28</sup> Други, данас доминантан став је да се у одређеним случајевима морају узети у обзир и права која настану после извршене испоруке.<sup>29</sup>

Наиме, у одређеним ситуацијама постојање правног недостатка не може да се процењује према тренутку испоруке, јер би то довело до незадовољавајућих резултата. Прво, када према уговору о продаји

25 Joseph Lookofsky, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Art. 41 Obligation to Deliver Goods Free of Third Party Claims*, стр. 109, пара. 198 доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/loo41.html>; P. Schlechtriem, P. Buttler, *нав. дело*, стр. 133.

26 Видети више P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 487.

27 Tako Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, стр. 165; W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2406; H. G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2832; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 488; G. Reihardt, *нав. дело*, стр. 100; C. Brunner, *нав. дело*, стр. 247.

28 R. Herber, B. Czerwenka, *нав. дело*, стр. 193.

29 Тако С. Brunner, *нав. дело*, стр. 247.

роба треба да се превезе, испорука је извршена предајом робе првом превозиоцу, а права на роби (нпр. заложна права превозиоца, право ретенције) могу настати и касније. У том случају, продавац ће бити одговоран и за нпр. заложна права превозиоца која су настала након испоруке ако супротно уговору није платио трошкове превоза. Друго, одговорност продавца ће постојати и кад треће лице након испоруке тврди да је повређено његово право које је постојало пре испоруке.<sup>30</sup> Ако би се у обзир узела само потраживања која су настала до тренутка испоруке, то би индиректно значило да ће бити призната само постојећа потраживања трећих лица и да би купац остао незаштићен у погледу претензија трећих лица.<sup>31</sup>

И поред наведеног сматрамо да за процену постојања недостатака као релевантан треба узети тренутак испоруке. Наиме, шире посматрано испорука представља границу између сфера одговорности продавца и купца. Због тога би требало оценити да ли су околности на којима се право или претензија трећег лица заснива постојале пре или након тренутка испоруке.<sup>32</sup> Исто тако, требало би утврдити да ли наведено право или потраживање трећег лица може да води уназад до околности које су се догодиле пре испоруке.

Одредбе у ЗОО које се односе на одговорност продавца за евикцију изричито не предвиђају у ком тренутку мора да постоји правни недостатак. Такође, ово важно питање није регулисано ни у ГЗ. Сматрамо да би било целисходно да се одреди у ком тренутку треба да постоји правни недостатак да би продавац за њега одговарао. У домаћој теорији прихваћен је став да правни недостатак треба да постоји пре него што је купац стекао робу.<sup>33</sup>

### 3. Искључење одговорности за правне недостатке

Одговорност продавца за правне недостатке може бити искључена у два случаја. Први, кад стране уговором у целини или делимично искључе одговорност продавца за правне недостатке. Други, продавац неће одговарати за евикцију и поред тога што су испуњене све претпоставке његове одговорности ако се купац сложи да прими робу са правним недостатком.

30 Видети више W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2406.

31 Видети више P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 489; I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 655.

32 Видети више W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2405.

33 Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига II, Крагујевац, Горњи Милановац, 1980, стр. 133.

У складу са принципом аутономије воље, у праву међународне продаје и српском праву одговорност продавца за правне недостатке може се уговором ограничити или сасвим искључити.<sup>34</sup> Код међународне продаје робе пуноважност искључења се, у складу са чл. 4 БК, процењује према меродавном националном праву. У домаћем праву, уговорна одредба о ограничењу или искључењу одговорности ништава је, ако је у време закључења уговора продавцу био познат или му није могао остати непознат неки недостатак у његовом праву.<sup>35</sup>

Друго, према чл. 41 БК продавац неће одговарати за правне недостатке ако се купац сложи да прими робу са правним недостатком.<sup>36</sup> За разлику од одговорности за саобразност где продавац не одговара уколико је купац у време закључења уговора знао за несаобразност или му она није могла бити непозната, код одговорности за правне недостатке потребна је сагласност купца. Према томе, није довољно да купац зна да на роби постоји заложно право превозиоца или складиштара, јер би у таквим случајевима купац требало да може да очекује да ће продавац пре испоруке ослободити робу од терета.

Купац своју сагласност да прими робу оптерећену правом трећег лица може дати у сваком тренутку, односно пре, за време и након закључења уговора. Он то може учинити изричито и прећутно. Битно је да купац изрази своју вољу да прими робу са недостатком. Стога, немају значај једностране изјаве продавца да купац са пријемом робе прихвата и правне недостатке, јер ту не постоји воља купца. Такође, за искључење одговорности продавца није довољно опште знање купца о фактичким и правним околностима које указују на постојање нпр. средства обезбеђења на роби. Исто тако, знање купца да превозиоци или

34 Видети чл. 6 БК и чл. 513(1) ЗОО.

У једном предмету купац из Белорусије купио је полован аутомобил од продавца из Немачке. Уговором је искључена одговорност продавца за правне недостатке. Аутомобил је плаћен и предат купцу. Међутим, испоставило се да је аутомобил украден и заплењен је од стране полиције Белорусије. Суд је утврдио да је продавац повредио своју обавезу преноса права својине из чл. 30 БК и обавезу из чл. 41 БК да испоручи робу слободну од права или потраживања трећег лица. Надаље, према ставу суда повреде ових обавеза су независне и тако их треба и посматрати. Будући да су стране уговором искључиле одговорност продавца за правне недостатке, утврђено је да је продавац одговоран јер на купца није могао да пренесе право својине на роби. Germany 21 March 2007 Appellate Court Dresden (*Stolen automobile case*), доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070321g1.html>.

35 Чл. 513(2) ЗОО. Исто тако и чл. 566(2) ГЗ.

36 Видети одлуку у предмету Russia 6 August 2002 Arbitration Court [Appellate Court] for the Western Siberia Circuit (*Harvesting combines case*), доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020806r1.html>. Роба је заплењена од купца због повреде увозних забрана. Суд је утврдио да нема повреде чл. 41 БК јер је купац знао да постоји забрана увоза и сложио се да купи тако оптерећену робу.

складиштари имају нпр. законско заложно право или неко друго средство обезбеђења на роби није довољно.

Пристанак представља више од знања купца. Стога је потребно постојање даљих индиција које говоре у прилог сагласности купца тј. да купац разуме да роба има правни недостатак за који продавац неће одговарати.<sup>37</sup> Таква индиција би била нпр. узимање у обзир права или потраживања трећег лица приликом одређивања цене. То ће бити случај ако приликом закључења уговора о продаји купац пристане да сноси све неизмирене трошкове складиштења ускладиштене робе.<sup>38</sup> По правилу, у тој ситуацији ће доћи до смањења цене, па се претпоставља да је купац пристао да купи робу на којој постоји заложно право складиштар.<sup>39</sup> Такође, конклюдентна сагласност купца претпоставља се када сам продавац обавести купца о праву или потраживању трећег лица, а купац не стави приговор.<sup>40</sup> И последње, када продавац обавести купца да на роби постоји средство обезбеђења и наложи му да куповну цену плати директно трећем лицу, купчево безусловно прихватање робе указује на његову сагласност у том погледу.<sup>41</sup>

Чланом 508(1) ЗОО, односно чл. 560 ГЗ предвиђено је да продавац одговара ако купац није обавештен о праву трећег, нити је пристао да узме ствар оптерећену тим правом. Знање купца о правном недостатку само по себи није довољно за искључење одговорности продавца. Само ако купац пристане да прими робу оптерећену правним недостацима продавац неће одговарати за њих.

Купац свој пристанак да прими робу оптерећену правом трећег лица може да дâ пре, у време или након закључења уговора. Ако је купцу пре или у време закључења уговора било познато да постоји правни недостатак, он свој пристанак да узме ствар оптерећену правом трећег лица може дати самим закључењем уговора. Дакле, ако купац приликом закључења уговора зна за правни недостатак и поред тога закључи уговор, он не може позивати продавца на одговорност. Наведено је у складу са чл. 510(4) ЗОО који предвиђа да ако је купац у часу закључења уговора знао за могућност да му ствар буде одузета, или да његово право буде смањено или ограничено, нема право на накнаду штете ако се та

37 Видети више W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2407; U. Magnus, *нав. дело*, стр. 432; K. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 536.

38 I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 656.

39 Тако P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 490.

40 Видети више K. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 536.

41 Тако P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 490; H. G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, 2004, стр. 2833; I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 656.

могућност оствари.<sup>42</sup> Пристанак у време закључења уговора односи се на правне недостатке који су постојали у време закључења уговора.

Друго, купац свој пристанак може да да и након закључења уговора безусловним преузимањем робе. Ово се односи, пре свега, на случајеве који су чести пракси када правни недостатак не постоји у време закључења уговора, него настане касније (нпр. заложно право превозиоца или складиштара). Поред тога, замисливе су ситуације када је купац приликом закључења уговора био обавештен о праву трећег лица, али није пристао да прими робу са недостатком, него се продавац обавезао да ће отклонити права трећег лица. Уколико продавац не отклони недостатак купац може накнадно да пристане да преузме робу оптерећену правом трећег лица.

Конечно, закон није довољно прецизан јер у чл. 508 ЗОО користи термин *узме* робу. Није до краја јасно шта значи узимање робе и много би било боље да се говори о њеном преузимању. Преузимање робе би у овом случају значило преузимање робе уз сагласност купца са правним недостатком. Нејасно је зашто ни у Преднацрту Грађанског законика наведена одредба није измењена.<sup>43</sup>

### III Закључак

Продавац одговара за правне недостатке испоручене робе. У праву међународне продаје, продавац је обавезан не само да пренесе право својине на купца, него је према чл. 41 БК дужан да испоручи робу слободну од права или потраживања трећег лица, изузев ако се купац сложи да прими робу под тим условима.

Према чл. 508(1) ЗОО продавац одговара ако на продатој ствари постоји неко право трећег које искључује, умањује или ограничава купчево право, а о чијем постојању купац није обавештен, нити је пристао да узме ствар оптерећену тим правом.

Испоручена роба мора бити слободна од права или потраживања (захтева) трећег лица. Под правом трећег лица треба разумети стварно постојеће правне положаје. Насупрот томе, појам „захтев“ обухвата случајеве кад постоји само тврдња трећег лица о постојању права. Заштита купца се заснива на принципу да купац треба да има мирну и корисну државину на роби. Због тога је одбрана од претензија трећих лица задатак продавца.

42 Чл. 562(4) ГЗ.

43 Чл. 560(1) ГЗ.



За одговорност продавца је неопходно да правни недостатак постоји у време извршења испоруке. Међутим, продавац ће често одговарати и за терете на роби који настану после испоруке.

Одговорност продавца за правне недостатке може бити искључена у два случаја. Први, кад стране уговором у целини или делимично искључе одговорност продавца за правне недостатке. Други, продавац неће одговарати за евикцију и поред тога што су испуњене све претпоставке његове одговорности ако купац пристане да прими робу са правним недостатком.

**Sandra FIŠER ŠOBOT, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

## LIABILITY OF THE SELLER FOR THE DELIVERY OF THE GOODS ENCUMBERED WITH THIRD PARTY RIGHTS IN INTERNATIONAL AND DOMESTIC SALES LAW

### Summary

*The seller in international sales law is not only bound to transfer the property but, pursuant to Art. 41 of the CISG, he must deliver the goods which are free from any right or claim of a third party, unless the buyer has agreed to take the goods subject to such a right or claim.*

*In Serbian Law, according to Art. 508 of Code of Obligations a seller shall be liable should the object sold be subjected to a third party's right excluding, reducing or restricting a buyer's right, if the existence of such right was not communicated to the buyer, and the buyer did not accept the object subjected it.*

*Defect in title exists whenever a right of a third party encumbers the goods. Moreover, legal norms protect buyer even against third party claims i.e. if a third party asserts the existence of a right. The protection of the buyer is based on a principle that the buyer should enjoy quiet possession and use of the goods. Therefore, defence of such claims is the seller's responsibility.*

*In order for the seller to be liable, the defect in title has to exist at the time of the delivery. However, the seller is often liable for encumbrances which arise after the delivery.*

*Liability of the seller can be excluded in two cases. First, parties are free to agree to derogate from legal norms regulating seller's liability for the defects in title. Second, the seller shall not be liable if the buyer agrees to take the goods subject to such a right or claim.*

**Key words:** *contract of sale, defect in title, liability of the seller.*

Др *Јасмина ВУКОТИЋ*  
доцент Факултета за примењени менаџмент, економију и финансије,  
Београд  
Универзитет Привредна академија Нови Сад

## ПРАВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ УГОВОРА О ФОРФЕТИНГУ

### Резиме

*Уговор о форфетингу је настао у пословној пракси и није регулисан у законодавствима. То је уговор код којег једна уговорна страна (форфетер) купује недоспело новчано изражавање од друге уговорне стране (форфетист) за унапред одређену паричну цену, с тим што ни купац изражавања, ни прегла лица немају право регреса према продавцу изражавања у случају неуспеха у најбољем изражавању. Уговор о форфетингу је независан од основне правне посла (најчешће уговор о купопродаји инвестиционе опреме или извођењу инвестиционих радова) који представља привредну дологу за његово закључење. У Преднацију Грађанског законика Републике Србије извршено је регулисање уговора о форфетингу, те се у раду анализирају и решења Преднације.*

**Кључне речи:** *уговор о форфетингу, Преднациј Грађанског законика РС, форфетер, банка, пренос изражавања.*

### I Појам и битни елементи уговора о форфетингу

Уговор о форфетингу је настао као резултат пословне праксе и није посебно регулисан у законодавствима, а ни на међународном нивоу. Конвенција УН о уступању потраживања у међународној тргови-

ни усвојена 2001. године регулише питања уступања потраживања, те се може применити и на посао форфетинга, али ова конвенција није посвећена посебно уговору о форфетингу.

Уговор о форфетингу су различити аутори дефинисали на различите начине. Тако Франц Хрибовшек наводи да је то „самосталан, двостран и теретан уговор којим се форфетист обавезује да ће на форфетера пренети потраживање са елементом иностраности које доспева у будућности, а форфетер се обавезује да ће платити цену и да неће правно узнемиравати форфетиста регресним захтевом, ни он, ни његови наследници“.<sup>1</sup> Иначе, исти уговор сматра да је уговор о форфетингу ужи појам у односу на посао форфетинга као шири појам којим се обележава посебан банкарски посао финансирања купопродајом потраживања без права регреса према ранијем власнику потраживања, у коме је садржана целокупност банкарских, комерцијално-техничких и правних радњи, те је за реализацију посла форфетинга потребно предузети низ правних послова.<sup>2</sup> Посао форфетирања и уговор о форфетирању разликују и други аутори. То чини Радован Вукадиновић тако што наводи да се посао форфетирања реализује уговором о форфетирању којим се једна страна форфетер обавезује да ће од друге стране клијента, без права регреса откупити уз паушалну накнаду недоспела потраживања која су садржана у меници.<sup>3</sup>

Мирко Васиљевић дефинише уговор о форфетирању или форфетингу као такав правни посао код којег форфетер купује од свог комитента недоспело новчано потраживање, уз одређени дисконт који терети комитента и уз одрицање права на регрес према продавцу такве тражбине (комитенту) ако ово потраживање остане неплаћено од стране трећих лица.<sup>4</sup> На сличан начин овај уговор дефинише и Славко Царић, уз одређена прецизирања, наводећи да се уговор о форфетингу или форфетирању састоји у купородаји дугорочних спољнотрговинских потраживања, код кога извозник продаје банци или неком другом специјализованом финансијском институту своје спољнотрговинско потраживање, које није оптерећено могућношћу регресних захтева трећих лица према купцу потраживања, а које је обезбеђено неким од уговорних средстава обезбеђења.<sup>5</sup>

1 Франц Хрибовшек, *Посао форфетинга – докторска дисертација*, Нови Сад, 1986, стр. 25.

2 Ближе о овоме вид. Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 15–25.

3 Радован Вукадиновић, „Посао форфетирања у међународном промету“, у: Станко Бејатовић (ур.), *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савеша Европе*, књига IV, Крагујевац, 2009, стр. 339.

4 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 10. издање, Београд, 2008, стр. 362.

5 Славко Царић, „Појам и правна природа уговора о форфетингу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр.1–3/1985, стр. 201.

У Преднацрту Грађанског законика Републике Србије је дефинисан уговор о форфетингу као уговор којим клијент банке преноси на банку форфетера своја потраживања по основу извоза од трећих лица из иностранства за извршене инвестиционе радове и испоручену инвестициону опрему ради наплате, а банка форфетер се обавезује да му за пренето потраживање плати договорену дисконтну цену у новцу, умањену за износ провизије, камата и других трошкова наплате.<sup>7</sup>

Сам израз „à forfait“ потиче из француског језика и њиме се означава куповина до фиксној цени, унапред одређеној цени, „ђутуре“. Код овог уговора једна уговорна страна (форфетер) купује недоспело новчано потраживање од друге уговорне стране (форфетист – клијент, комитент) за унапред одређену паушалну цену (у питању је по правилу дисконтна цена која терети комитента), с тим што ни купац потраживања, ни трећа лица (на која он даље буде евентуално пренео предметно потраживање) немају право регреса према продавцу потраживања у случају неуспеха у наплати потраживања. Како се код уговора о форфетингу увек ради о продаји и куповини одређеног потраживања, то је одређено потраживање један од битних елемената уговора. Потраживање које је предмет овог уговора мора бити новчано потраживање. О томе постоји сагласност у теорији.<sup>8</sup> Углавном се ради о потраживањима у чврстој валути. Међутим, нема сметњи да се као предмет уговора појаве и потраживања у неким другим валутама, као и у клириншким валутама.<sup>9</sup>

Даље, увек је у питању тачно одређено потраживање, што представља разлику између овог уговора и уговора о факторингу код кога се најчешће ради о продаји групе потраживања или свих потраживања једног лица. Потраживање мора бити недоспело, тј. његов рок доспелости мора бити у будућности, у неком моменту после закључења уговора о форфетингу. Следећа особина потраживања је да је оно апстрактно, тј. да је искључена могућност стављања приговора из основног посла из кога је настало потраживање. Обично је потраживање које се продаје дугорочно потраживање, са роком доспелости по правилу од 2–5 година,<sup>10</sup> односно између 6 месеци 6 година<sup>11</sup> и сл.<sup>12</sup>

6 Сличну дефиницију уговора о форфетингу за швајцарско право вид. Lombardini Carlo, *Droit bancaire suisse*, Zürich, 2002, стр. 542.

7 Видети: чл. 1432 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, доступно на адреси: <http://www.advokatska-komora.rs/beograd/110214/zbirka.pdf>, 17.3.2015, стр. 438.

8 Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 31.

9 Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 32.

10 Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робној њромеја*, Нови Сад, 2007, стр. 542.

Поставља се питање да ли потраживање које се преноси мора да буде обезбеђено и како. У теорији се сматра да је обезбеђеност потраживања које се продаје битан елемент уговора о форфетингу, мада није искључено да предмет уговора буду и необезбеђена потраживања.<sup>13</sup> Следеће питање које се поставља да ли недоспело потраживање које се продаје мора бити спољнотрговинско потраживање односно потраживање са елементом иностраности или се може радити и о домаћем потраживању. У теорији се углавном заступа схватање да се ради о потраживању са елементом иностраности, мада нема сметњи да се посао форфетинга појави и у унутрашњем промету.<sup>14</sup>

Пренос потраживања са форфетисте на форфетера је коначан, тако да у овом уговору нема места одредбама о одложеном услову и року, као и било којим другим одредбама које би указивале на то да се пренос потраживања врши привремено. Са овим је повезана и једна од битних карактеристика уговора о форфетингу, а то је немогућност истицања регресног захтева према претходном повериоцу односно продавцу потраживања. У овоме је и разлика између овог уговора и уговора о факторингу (код неправог факторинга фактор може задржати право регреса према продавцу потраживања). И Преднацрт Грађанског законика РС предвиђа да банка форфетер нема право регреса према клијенту ако не изврши наплату пренетог потраживања.<sup>15</sup>

Битан елемент уговора о форфетингу је накнада коју форфетер плаћа форфетисти за продато потраживање. У питању је паушална накнада, односно фиксна накнада. По правилу ова накнада се обрачунава применом есконтне стопе у процентима на номиналну вредност потраживања са припадајућим каматама, за период од извршеног преноса потраживања на форфетера па до његовог доспећа.<sup>16</sup> У накнаду форфетера поред горњег износа могу да буду укључени и његови трошкови, као и провизија. Без обзира како се врши обрачун паушалне накнаде коју форфетер исплаћује форфетисти, битно је истаћи, с обзиром на чињеницу да форфетер купује недоспело потраживање, те да нема право регреса према продавцу, да накнада мора одговарати ризику

11 Иванка Спасић, „Уговори о факторингу и форфетингу – савремени облици финансирања у привреди“, *Правни животи*, бр. 11/2010, стр. 365.

12 Вид. Предраг Трифуновић, „Форфетинг као инструмент подстицаја извоза инвестиционе опреме и производа“, *Финансије*, бр. 1-2/83, стр. 50. Аутор наводи да се рокови трајања форфетинга крећу од минимум 180 дана до максимум 5 година, а само у појединим рејим случајевима и до 7 година.

13 Вид. Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, стр. 349; Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 19 и 31.

14 Вид. В. Капор, А. Царић, *нав. дело*, стр. 544; П. Трифуновић, *нав. чланак*, стр. 44.

15 Вид. Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, чл. 1435.

16 Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 33.

који форфетер преузима на себе,<sup>17</sup> а треба да садржи и одговарајућу зараду форфетера да би он био заинтересован за склапање овог уговора. Укупан износ одбитка зависи од карактера потраживања, доспелости, бонитета дужника, постојање средстава обезбеђења и других околности и најчешће се креће у распону од 7% до 12% од вредности потраживања.<sup>18</sup>

Посматрајући дефиницију уговора о форфетингу која је садржана у Преднацрту Грађанског законика можемо рећи да се наш законодавац определио за став да потраживање које је предмет уговора о форфетингу мора бити потраживање са елементом иностраности, али је извршио и даљу спецификацију тог потраживања наводећи да се ради о извозним потраживањима од трећих лица из иностранства за извршене инвестиционе радове и испоручену инвестициону опрему. Из овога произилази да Преднацрт у појам уговора о форфетингу уноси правне особине основног посла из кога је настало потраживање које је предмет продаје. У досадашњој пракси, најчешће је потраживање које се продаје потицало из уговора о куповини и продаји инвестиционе опреме, али ограничавањем само на ова потраживања може се смањити поље примене уговора о форфетингу. У теорији иако схватања да у појам овог уговора не треба уносити правна својства посла из кога је настало потраживање.<sup>19</sup>

Што се тиче накнаде коју је обавезан да исплати форфетер продацу потраживања сматрамо да је у Преднацрту Грађанског законика иста прецизно одређена, да укључује уговорену дисконтну цену у новцу, те да садржи у себи и провизију и трошкове наплате потраживања.

## II Уговорне стране код уговора о форфетингу

Уговор о форфетингу је самостални уговор, независан од правних односа из основног посла из кога потиче потраживање које је предмет купопродаје. Уговору о форфетингу претходи уговор о купородаји робе или услуга, из кога настаје потраживање које се продаје уговором о форфетингу. Иако без основног посла уговор о форфетингу не би ни настао, он од тренутка закључења постаје правно самосталан у одно-

17 У цену форфетинга је укључен не само ризик наплате потраживања, већ и други ризици: политички ризик, ризик трансфера, комерцијални ризик. О овоме ближе вид. Драгослав Вуковић, „Факторинг и форфетинг – аспект ризика у финансирању спољне трговине“, *Банкарсјиво*, бр. 1–4/2005, стр. 15.

18 Вид. Љиљана Дејановић, „Форфетинг и факторинг“, *Правни живоић*, бр. 11/2002, стр. 876.

19 В. Капор, С. Царић, *нав. дело*, стр. 542–543.

су на основни посао. Како се често у пракси уз потраживање које се продаје уговарају и одређена средства обезбеђења (банкарска гаранција, меница и сл.), то је уговор о форфетингу самосталан и у односу на уговорена средства обезбеђења.<sup>20</sup>

Имајући у виду самосталност уговора о форфетингу, може се рећи да су уговорне стране код овог уговора форфетер (купац недоспелог потраживања без права на регрес) и форфетист (продавац недоспелог потраживања). Форфетер је најчешће банка, а што истиче и Преднацрт Грађанског законика РС који у дефиницији овог уговора наводи као уговорну страну банку форфетера. Такође, уговор о форфетингу је смештен у главу LXIII Преднацрта Грађанског законика која носи назив „Куповина и наплата потраживања“, у делу VII „Банкарски послови“.

Форфетист може бити свако лице које има одређено потраживање, мада Преднацрт Грађанског законика говорећи о томе из ког основног посла могу да проистичу потраживања која се преносе, имплицитно упућује на закључак да друга уговорна страна може бити само онај клијент банке који има потраживање од извоза од трећих лица у иностранству, а које проистиче из уговора о извршених инвестиционим радовима и испорученој инвестиционој опреми.

Основна обавеза форфетера из уговора о форфетингу је исплата цене потраживања форфетисти у одређеној висини и на одређени начин (наравно уз зарачунавање припадајуће накнаде на коју форфетер има право сходно уговору, односно сходно својим општим условима пословања). Форфетер нема право регреса према продавцу потраживања, тако да он у цену потраживања коју исплаћује форфетисти урачунава ризик његове ненаплативости. Његова обавеза је да и заштити форфетисту од регресних захтева трећих лица (којима је он даље продао потраживање), а наравно обавеза му је да сам не истиче према њему регресни захтев.

Форфетист је продавац из основног посла – уговора о продаји инвестиционе опреме или уговора о извођењу инвестиционих радова и он као такав има одређена права и обавезе из основног посла (између осталог обавезу да испоручи уговорену опрему односно да изврши уговорене радове). Он такође, кредитира купца из основног посла који опрему односно радове купује на почек. Међутим, какви год били правни односи продавца и купца из основног посла они не утичу на правне односе који настају из уговора о форфетингу. Продавац недоспелог потраживања из уговора о форфетингу је истовремено субјекат права и обавезе из оба уговора (основног посла и уговора о форфетингу), али самосталних права и обавеза.

20 Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 26.



Права и обавезе форфетисте из уговора о форфетингу настају моментом закључења тог уговора, а његова најзначајнија обавеза је да пренесе предметно потраживање на форфетера. Он има обавезу и да плати уговорену накнаду форфетеру односно форфетер ту накнаду одбија од износа који му исплаћује за пренето потраживање. Наравно, уколико је предметно потраживање обезбеђено неким средством обезбеђења обавеза форфетисте је да да форфетера пренесе то средство сходно правним правилима којима је регулисан његов пренос. У односу на пренето потраживање продавац само гарантује да оно постоји, не гарантује његову наплативост.

Што се тиче начина преноса потраживања он може бити извршен на више начина. За те сврхе се може користити цесија, пренос менице и пренос преносивог документарног акредитива.

Путем уговора о цесији првобитни поверилац (продавац потраживања) преноси своје потраживање на новог повериоца (форфетера), заједно са средствима обезбеђења и споредним правима. Наравно, пошто је битна карактеристика уговора о форфетингу немогућност постављања регресног захтева према продавцу потраживања, одрицање од регресног захтева се мора посебно уговорити, било у самом уговору, било у посебној исправи.

Најчешћи начин преноса потраживања у пракси је пренос менице, који се остварује индосирањем сопствене или трасиране менице. Када је у питању сопствена меница не постоји проблем, јер иста може у себи да садржи клаузулу „без регреса“. У англосаксонском праву се за пренос користи промисорна нота (енгл. *promissory note*) у коју, такође, може да се унесе горе наведена клаузула. Проблеми настају када се врши пренос трасиране менице, јер она у европско-континенталном систему сходно одредбама Женевских конвенција о меници, не може да садржи клаузулу „без регреса“ када је у питању трансант. Једино се индосант може ослободити одговорности уношењем у меницу ове клаузуле. Због те чињенице одрицање од права на регрес се врши у посебној исправи, која делује само између форфетера и форфетисте, а не и између трећих лица (савесних стицалаца потраживања) и форфетисте. У случају да трећа савесна лица истакну регресне захтеве продавац потраживања се може обратити једино форфетеру и тражити од њега да га ослободи ових захтева односно да му надокнади плаћени износ.

Међутим, сам пренос менице не решава комплетну ситуацију. С обзиром да су уговор о форфетингу и основни правни посао правно самостални и да постоје истовремено, издавањем менице и њеним акцептирањем од стране купца из основног посла и предајом продавца из основног посла (који се појављује у улози продавца потраживања

код уговора о форфетингу) дуг из основног посла није угашен, што значи да продавац из основног посла може вршити и након преноса потраживања своја права из основног посла (нпр. тражити исплату дуга). Овај проблем се различито решава у пракси, применом општих начела облигационог права најчешће се врши додатни пренос права и обавеза из основног посла на форфетера, што опет доводи до нових проблема и могућности злоупотреба.<sup>21</sup>

Потраживање се може пренети и преносом преносивог документарног акредитива, са одложеним роком плаћања. На овај начин форфетист преноси на форфетера акредитив који је уговорен у његову корист (изричито уговорен у основном правном послу са купцем из тог основног посла) и то пре рока доспелости акредитива. О року доспелости акредитива форфетер подноси акредитивној банци документа којима доказује испуњеност услова за исплату износа из акредитива. Овај начин преноса потраживања се не користи у коликој мери као меница, а може довести до проблема и могуће конфузије захтева и обавезе.<sup>22</sup>

Преднацрт Грађанског законика РС предвиђа да се пренос потраживања на банку форфетера врши уговором о цесији и предајом одговарајућих хартија од вредности којима је обезбеђена наплата пренетог потраживања са потребном документацијом о извршеном извозу.<sup>23</sup> Из изнете формулације не може са сигурношћу да се закључи да ли се пренос потраживања може извршити и путем преноса преносивог документарног акредитива, а остаје нејасна обавеза предаје документације о извршеном извозу како приликом преноса цесијом тако и приликом преноса хартија од вредности. Обавеза предаје документације се може разумети у светлу обавезе форфетисте да гарантује постојање потраживања кога продаје јер је то једина његова обавеза у односу на потраживање (он не гарантује његову наплату).

### III Правни односи који настају приликом реализације уговора о форфетингу

Као што је напред споменуто уговор о форфетингу је самосталан и независан уговор од основног правног посла у коме је настало

21 О овоме ближе вид. Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, стр. 343-344.

22 Видети ближе о могућности конфузије захтева и обавезе када је форфетер истовремено и банка која потврђује документарни акредитив. Вид. Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, стр. 344. Слични проблеми се могу јавити у пракси и када јер као средство обезбеђења дата банкарска гаранција у посебном документу. О томе ближе вид. Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, стр. 344-345.

23 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, чл. 1434.

потраживање које се уговором о форфетингу преноси на форфетисте на форфетера.

Приликом реализације пренетог потраживања успоставља се правни однос између форфетера (купца потраживања) и дужника из пренетог потраживања. Дужник из пренетог потраживања није уговорна страна из уговора о форфетингу, он је уговорна страна из основног правног посла из кога је настало потраживање које се преноси. Променом повериоца он постаје обавезан да дуг врати новом повериоцу (форфетеру). За промену повериоца није потребан пристанак дужника, али је потребно да он буде обавештен о извршеном преносу потраживања да би знао коме треба да исплати дуг. Преднацрт Грађанског законика изричито предвиђа обавезу клијента банке (продавца потраживања) да промптно обавести свог дужника о преносу потраживања.<sup>24</sup>

Дужник из пренетог потраживања је лице које има обавезу исплате потраживања новом повериоцу – форфетеру. Међутим, он је уговорна страна у основном правном послу (уговор о продаји опреме, односно извођењу радова) и као такав има не само обавезе, већ и права из тог посла. Он је у уговорном односу са продавцем из основног правног посла (који је истовремено форфетист из уговора о форфетингу), те он према продавцу има право приговора у случају неиспуњења уговора. Са друге стране он не може истицати те приговоре форфетеру, јер је уговор о форфетингу самосталан и независан од основног правног посла.

Имајући у виду да је потраживање које форфетист преноси на форфетера најчешће обезбеђено одговарајућим средствима обезбеђења, у реализацији уговора о форфетингу могу се појавити и друга лица (даваоци обезбеђења). У зависности од врсте средства обезбеђења то могу бити авалиста, гарант, акредитивна банка, потврђујућа банка и сл.

Када је потраживање утеловљено у меници, чијим преносом се врши преношење потраживања, у зависности од врсте менице, авалиста може да јемчи за акцептанта или за издаваоца сопствене менице (у оба случаја то је дужник из пренетог потраживања, односно купац из основног правног посла). У случају да је потраживање обезбеђено банкарском гаранцијом у послу се појављује гарант који јемчи исплату меничног износа о доспећу, исплату дуга као јемац дужника односно исплату дуга на први позив о доспећу (у зависности од врсте банкарске гаранције).<sup>25</sup>

Када је потраживање гарантовано неопозивим документарним акредитивом као учесник у правним односима насталим тим пово-

24 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, чл. 1436.

25 Вид. Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 176. О могућности конкуренције и конфузије права и обавеза код банкарске гаранције када је форфетер истовремено и корисник апстрактне банкарске гаранције вид. Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, стр. 344–345.

дом појављује се и акредитивна банка, која је преузела самосталну обавезу исплате акредитивног износа о доспећу. Када још једна банка – потврђујућа банка преузме самосталну акредитивну обавезу према кориснику акредитива, онда и она постаје један од учесника у правном односу поводом реализације пренетог потраживања.<sup>26</sup>

#### IV Правна природа уговора о форфетингу

Уговор о форфетингу је уговор *sui generis*, посебан уговор који до сада није био регулисан посебним прописима, како код нас, тако ни у упоредном праву. Тако он није изричито регулисан ни у немачком, ни у швајцарском праву, али се у пракси закључује сходно прихваћеном принципу аутономије воље у овим правима. У Швајцарској су изграђени први обичаји у вези са послом форфетинга, а касније су настали и општи услови пословања банака у овој области.<sup>27</sup> Сматра се да први послови форфетирања потичу из праксе циришких банака у току Другог светског рата.<sup>28</sup> Посао форфетинга је присутан и у пракси Велике Британије и изграђен је као посебан банкарски посао у чијој основи се налази уговор о безрегресној куповини потраживања, који има одлике самосталног уговора.<sup>29</sup> У САД-у уговор о форфетингу се слабо примењује у пракси јер је добро развијено системско финансирање извоза посебно у земље у развоју.<sup>30</sup>

На уговор о форфетингу се примењују правила аутономног права, посебно општи услови пословања банака, а сходно се примењују и правила којима су регулисани неки други именовани уговори. С обиром на ову чињеницу, потребно је овај уговор разграничити од других сличних уговора.

Уговор о форфетингу је најсличнији уговору о факторингу, јер се и код једног и код другог уговора ради о преносу потраживања са једне на

26 Ближе о другим учесницима у послу форфетинга вид. Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 174–179.

27 О форфетингу у немачком и швајцарском праву, те различитим схватањима његове правне природе вид. Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 142–150.

28 Guild and Harris, *Forfeiting an Alternative Approach to Export Trade Finance*, Woodhead-Faulkner, 1985, стр. 1, нав. према: Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, стр. 339.

29 Ближе о форфетингу у Великој Британији, о његовој правној природи, начину преноса потраживања вид. Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 151–155. О средствима обезбеђења потраживања које се преноси, посебно о банкарској гаранцији у енглеском праву вид. Eliahu Peter Ellinger, Eva Lomnicka, Christopher Hare, *Ellinger's Modern Banking Law*, 5<sup>th</sup> edition, Oxford, 2011, стр. 903–919.

30 О овоме вид. Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 155. Упор. В. Капор, С. Царић, *Уговори робној промету*, стр. 543.

другу уговорну страну. Међутим, док су предмет уговора о факторингу краткорочна потраживања, предмет уговора о форфетингу су углавном дугорочна недоспела потраживања. Даље, код уговора о факторингу се најчешће врши пренос већег броја или групе потраживања док се код форфетинга ради о преносу тачно одређеног будућег потраживања. Фактор код уговора о факторингу често има обавезу да се стара о наплати пренетих потраживања и да пружа и друге услуге другој уговорној страни док то није случај код уговора о форфетингу. Такође, битна карактеристика уговора о форфетингу је немогућност постављања регресног захтева према продавцу потраживања, што код факторинга не мора да буде случај (код неправог факторинга право регреса може да буде задржано). Код форфетинга се обично откупљују већа потраживања, по правилу не испод 100.000 евра, док фактор откупљује много мање износе у просеку између 1.000 и 2.000 евра.<sup>31</sup> Код форфетинга се пренос права и обавеза може вршити преносом менице, а код факторинга се преносе потраживања која нису садржана у преносивим хартијама од вредности, већ су у питању књиговодствена потраживања настала по основу извршеног уговора о продаји робе или услуга.<sup>32</sup> Разлика је и у постојању пословног ризика неуспеха, као и елемената осигурања везаних за бонитет потраживања. Купац потраживања код уговора о форфетингу преузима знатно веће ризике пословног неуспеха у погледу купљеног потраживања, а постојање елемената осигурања је редовна и битна појава код уговора о форфетингу.<sup>33</sup>

Уговор о форфетингу има сличности и са уговором о купопродаји, јер и код једног и код другог уговора се ради о куповини и продаји, са том разликом што је предмет уговора о купопродаји роба као телесна ствар која се налази у промету док је предмет уговора о форфетингу потраживање форфетисте према његовом дужнику из основног правног посла. Такође, форфетер купује потраживање без права регреса, што значи да нема право на приговоре које би могао да истиче да је у питању уговор о купопродаји.<sup>34</sup> Посао форфетинга садржи у себи елементе осигурања, јер форфетист уговором једино преузима одговорност за веритет (постојање) потраживања, а не и за уредно испуњење и друга својства потраживања које продаје, нарочито не за бонитет. Код уговора о купопродаји продавац робе одговара знатно строжије за сва уговорена својства робе коју продаје, као и за она својства робе која она треба да поседује по природи ствари.<sup>35</sup>

31 Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, стр. 345.

32 Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, стр. 345.

33 С. Царић, *нав. чланак*, стр. 207.

34 О сличностима и разликама између уговора о купопродаји и уговора о форфетингу вид. Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 93–108.

35 Видети: С. Царић, *нав. чланак*, стр. 206.

Уговор о форфетингу се разликује и од уговора о новчаном кредиту, јер код уговора о кредиту банка кредитира свог клијента тако што му ставља на располагање одређени новчани износ на одређено или на неодређено време, а клијент је у обавези да тај износ врати после одређеног времена и да плати камату за коришћење одобрених новчаних средстава, док се код уговора о форфетингу ради о дефинитивној продаји недоспелог потраживања.<sup>36</sup> Даље, код уговора о кредиту значајна је кредитна способност тражиоца кредита, а код уговора о форфетингу кредитна способност трећег лица (дужника из основног правног посла).<sup>37</sup>

Уговор о форфетингу се разликује од уговора о зајму по предмету обавезе. Код форфетинга предмет обавезе не могу да буду друге заменљиве ствари, док предмет уговора о зајму не може да буде потраживање. Елементи зајма у уговору о зајму и елементи куповине и продаје у уговору о форфетингу су поуздан критеријум за разликовање ова два правна посла.<sup>38</sup>

Уговор о форфетингу има сличности са уговором о есконтном кредиту, али се од њега разликује по томе што су предмет есконта краткорочна потраживања, што код есконта није искључен регрес, те што се висина ризика код есконта ограничава само на бонитет хартија од вредности. Код форфетинга висина ризика се везује за бонитет дужника из основног правног посла или за бонитет хартија од вредности (када се пренос потраживања врши њиховим преносом), а од висине ризика зависи висина уговорене накнаде.<sup>39</sup>

Посматрајући горе наведено може се закључити да уговор о форфетингу има сличности са другим уговорима, али да је он и поред тих сличности посебан самосталан уговор, настао у пословној пракси. На њега се не могу без ограничења примењивати правна правила којима су регулисани неки други уговори са којима он има сличности, већ је потребна опрезност и ограничена могућност примене и то углавном на аналоган и сходан начин, чиме се чувају његове специфичности и јединственост уговора у пословној пракси.<sup>40</sup>

36 О односу уговора о форфетингу и уговора о новчаном кредиту вид. Братислав Милановић, *Банкарско право и право хартија од вредности*, Косовска Митровица, 2009, стр. 54, као и Светолик Костадиновић, *Међународно привредно привредно право*, Суботица, 1998, стр. 411.

37 Вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 364.

38 Ф. Хрибовшек, *нав. дело*, стр. 51.

39 Вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 364.

40 Вид. В. Капор, С. Царић, *нав. дело*, стр. 545.

Што се тиче форме овог уговора он се у пракси закључује у писаној форми, јер банке форфетери у пракси примењују своје опште услове пословања и на основу њих закључују овај уговор. Стога је он не само формалан, већ често и уговор по приступу. У Преднацрту Грађанског законика РС је предвиђена писана форма за закључивање уговора о форфетингу.<sup>41</sup>

## V Закључак

Из свега претходно наведеног произилази да је уговор о форфетингу посебан и самосталан уговор привредног права, уговор *sui generis*, да је настао у пословној пракси и да није регулисан у позитивним законодавствима, како код нас тако ни у упоредном законодавству.

Преднацрт Грађанског законика РС предлаже да се у нашем позитивном праву регулише овај уговор предлажући одговарајућа решења која су се већ формирала и која су прихваћена у пословној пракси. Преднацрт у појам уговора о форфетингу уноси правне особине основног посла из кога је настало потраживање које је предмет продаје, ограничавајући тако поље примене овог уговора само на купопродају потраживања насталих из продаје инвестиционе опреме у иностранство или из извођења инвестиционих радова у иностранству.

*Jasmina VUKOTIĆ*, PhD

Assistant Professor at the Faculty for Applied Management, Economy and Finance Belgrade

University Business Academy Novi Sad

## LEGAL CHARACTERISTICS OF CONTRACT ON FORFEITING

### Summary

*The contract on forfeiting is created in the business practice and is not regulated in the legislations. In this contract one party (forfeiter) buys of undue pecuniary claim from the other party for a predetermined, fixed price, provided that neither the buyer, nor third parties have a right of recourse against the seller in the case of failure of the collection of the claim. The contract on forfeiting*

41 Вид. Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, чл. 1433.

---

*is independent of the basic contract (usually a contract of purchase of capital equipment or capital works) which construe economical basis for its conclusion. In the Draft Civil Code of Republic of Serbia the contract on forfeiting is regulated and this paper also analyzes its solutions.*

**Key words:** *contract on forfeiting, Draft Civil Code of Republic of Serbia, forfeiter, bank, transfer of claims.*



**Борко МИХАЈЛОВИЋ, LL.M.**  
асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## **ИМА ЛИ МЕСТА ПОТРОШАЧКИМ УГОВОРИМА У НОВОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ СРБИЈЕ?**

### **Резиме**

*Анализом садржине Преднацрта Грађанског законика Србије уочено је да потрошачки уговори нису саставни део овог акта. С обзиром на чињеницу да они постоје део свакодневне живота појединца, да су све масовнији и све присутнији, поставља се питање има ли им места у новом Грађанском законнику Србије. Аутор у раду полази од теоријског питања регулативе потрошачких уговора у српском праву и суштинског значаја питања уношења потрошачких уговора у Грађански законик. У том циљу указује се на два могућа система регулације потрошачких уговора: систем јединствене регулације са уговорима грађанског права и систем одвојене регулације поменutih уговора. Аутор анализира предности и мане наведених система, као и решења усвојена у појединим земљама ЕУ. На крају рада, приказан је развој регулативе потрошачких уговора у праву ЕУ.*

**Кључне речи:** *потрошачки уговори, грађански законик, системи регулације потрошачких уговора, европско уговорно право.*

## I Увод

Скуп свих грађанских права на једном месту, регулисаних уз поштовање начела правде, као врхунског цивилизацијског начела, тежња је и циљ сваке кодификације грађанског права. А према речима Џеремија Бентама кодификација се „веома разликује од „обичног“ закона, пошто њоме један значајан део права бива потпуно покривен одједном и на једном месту“.<sup>1</sup> Тежња сваке кодификације је и проналажење рационалне мере између материје регулисане њоме и оне коју препушта посебним законима. Грађански законик, као кодификациони акт, обухвата све правне целине које чине конзистентан корпус грађанских права која су од виталног значаја за квалитет живота, рада и пословања свих грађанско правних субјеката.<sup>2</sup>

У нашем правном систему у току је израда новог Грађанског законика. Комисија за израду Грађанског законика, образована 2006. године, објавила је до сад четири од планираних пет делова будућег Грађанског законика (објављени су Општи део, Породични односи, Наслеђивање и Облигациони односи, а очекује се објављивање књиге о својини и стварно правним односима). Анализом садржине Преднацрта Грађанског законика Србије (у даљем тексту: ПГЗ) долазимо да закључка да су њиме обухваћена готова сва субјективна грађанска права значајна за живот и пословање грађанско правних субјеката. Али, када су у питању потрошачки уговори, уочено је да исти нису саставни део овог акта. А с обзиром на чињеницу да потрошачки уговори постају део свакодневног живота појединца, да су све масовнији и све присутнији, поставља се питање има ли им места у новом Грађанском законнику Србије.

## II Осврт на тренутно стање регулативе потрошачких уговора у српском праву

Потрошачки уговори првенствено су регулисани Законом о заштити потрошача.<sup>3</sup> Потрошачки уговори о кредиту регулисани су За-

1 Jeremy Bentham, „Papers relative to Codification and Public Instruction“, у: John Bowring (ур.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 4, Edinburgh, 1843, стр. 518.

2 Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, Грађански законик Републике Србије (Преднацрт) – Пета књига, Општи део, Београд, 2013, доступно на адреси: [http://www.paragraf.rs/kk/images-kk/gradjanski\\_zakonik\\_republike\\_srbije.pdf](http://www.paragraf.rs/kk/images-kk/gradjanski_zakonik_republike_srbije.pdf), 10.4.2015, стр. 4.

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

коном о заштити корисника финансијских услуга.<sup>4</sup> У Закону о облигационим односима<sup>5</sup> не постоји појам потрошача, нити потрошачког уговора, иако исти закон садржи нека правила, која за циљ имају заштиту слабије уговорне стране.<sup>6</sup> ПГЗ у другој књизи, којом су регулисани облигациони односи, само помиње појам потрошача на неколико места,<sup>7</sup> и дефинише само нека правила о заштити потрошача. Код уговора о продаји предвиђена је примена посебних прописа о заштити потрошача на потрошачку продају.<sup>8</sup> Код уговора о осигурању ПГЗ дефинише појам потрошача на врло посредан начин, као физичко лице које не закључује уговор за своје професионалне или комерцијалне делатности, у оквиру одредаба о закључењу уговора о осигурању.<sup>9</sup> У оквиру истих одредаба ПГЗ се бави и једном од најзначајнијих карактеристика потрошачких уговора, дајући потрошачу право на одустанак од уговора без образлагања разлога у законом предвиђеном року, ако је уговор закључен између одсутних страна, односно средствима удаљене комуникације.<sup>10</sup> Такође, прописано је и посебно, повољније правило за потрошаче у вези са одређивањем момента настанка обавезе осигурача код осигурања од одговорности (као алтернативно решење).<sup>11</sup>

### III Значај питања

Питање регулисања потрошачких уговора у грађанском законикуну је, свакако, само питање законодавне технике, већ питање од великог суштинског значаја. Више је разлога за то.

Приликом кодификације грађанског права, сваки законодавац мора да успостави одређену равнотежу између приватне аутономије, изражене кроз принцип слободе уговарања, и принципа заснованих

4 Закон о заштити корисника финансијских услуга (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014).

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

6 Драган Вујисић, „Заштита потрошача у праву Европске уније и праву Србије“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011, стр. 202–203.

7 На пример, у чл. 7. друге књиге ПГЗ предвиђено је да је забрањена злоупотреба доминантног положаја на тржишту којом се формално или фактички повређују правила о заштити потрошача. У чл. 1366 ст. 3 друге књиге ПГЗ помиње се клијент као „потрошач банкарских услуга“.

8 ПГЗ, друга књига, чл. 505 ст. 2.

9 ПГЗ, друга књига, чл. 1168 ст. 2. (алтернативно решење).

10 ПГЗ, друга књига, чл. 1177 ст. 1.

11 ПГЗ, друга књига, чл. 1218а ст. 1.

на правди, друштвеној солидарности и одговорности, економском благостању и општој добробити, а који нарочито теже онемогућавању злоупотребе положаја од стране економски јаче, супериорније стране у односу на слабијег појединца.<sup>12</sup> Успостављање ове равнотеже важно је због чињенице да грађанско право има и заштитничку и социјалну улогу,<sup>13</sup> као и због појаве нових схватања, према којима се, поред принципа слободе уговорања, као основног принципа, појављује и нови принцип – принцип заштите слабије стране.<sup>14</sup> Регулисањем потрошачких уговора грађанским закоником помера се поменута равнотежа у правцу остваривања већег степена социјалне правде у уговорним односима.

Одговор на питање да ли би потрошачки уговори требало да буду регулисани у Грађанском законик у даје и одговор на питање да ли су потрошачки уговори посебна врста уговора у нашем праву. Та дилема постоји од раније у нашој правној теорији.<sup>15</sup> Потрошачки уговор се најчешће дефинише као уговор између трговца<sup>16</sup> и потрошача.<sup>17</sup> То може бити готово сваки уговор (продаја, превоз, пружање туристичких услуга итд.), ако су испуњени услови у погледу правног статуса уговорних страна, као и сврхе ступања у уговорне односе. У правној литератури се као особеност потрошачких уговора истиче и то да се они закључују коришћењем посебне технике закључивања – на основу општих услова трговца о којима потрошач не може да преговара.<sup>18</sup> Садржина појма потрошачких уговора намеће потребу поређења са појмом привредних уговора. Појам привредних уговора одређен је, такође, на основу правног статуса уговорних страна (привредни субјекти) и сврхе ступања у уговорне односе (пословне сврхе). Наведено поређење поставља питање истоветности или сличности статуса ове две врсте уговора у правној регулативи.

Питање јединственог или одвојеног регулисања уговора грађанског и привредног права са уговорима потрошачког права даје и одговор на

12 Study Group on Social Justice in European Private Law, „Social Justice in European Contract Law: a Manifesto“, *European Law Journal*, бр. 6/2004, стр. 656.

13 Reinhard Zimmermann, „Consumer Contract Law and General Contract Law: The German Experience“, *Current Legal Problems*, бр. 1/2005, стр. 419.

14 Ewoud Hondius, „The Protection of the Weak Party in a Harmonized European Contract Law: A Synthesis“, *Journal of Consumer Policy*, бр. 3/2004, стр. 246.

15 Марко Ђурђевић, „Уговори у потрошњи“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2007, стр. 671.

16 Трговац се углавном дефинише као правно или физичко лице које наступа на тржишту у оквиру своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе.

17 Потрошач се најчешће дефинише као физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.

18 М. Ђурђевић, *нав. чланак*, стр. 678.

питање у којој мери је један грађански законик заснован на принципу јединственог регулисања облигационих односа. Овај принцип подразумева да иста правила, у начелу, подједнако важе како за односе између правних лица, тако и за односе између физичких лица, као и за међусобне односе свих ових лица.<sup>19</sup> У прошлости се често постављало питање да ли овај принцип треба да важи и за привредне уговоре, односно да ли уговоре грађанског и привредног права треба регулисати јединствено или одвојено, тако што би уговори привредног права били предмет посебног закона и подвргнути посебном правном режиму. Савремена тенденција је таква да се уговори грађанског и привредног права регулишу јединствено, уз уважавање специфичности привредних уговора, које се изражавају у прописивању изузетака од општих правила или у прописивању посебних правила. Ако законик полази од јединственог регулисања уговора грађанског и привредног права, а при том не регулише уговоре потрошачког права и оставља за њих посебан правни режим, онда такав законик не регулише облигационе односе заиста на јединствен начин и одступа у извесној мери од принципа јединственог регулисања облигационих односа. И не само то. Одвојено регулисање води ка оштријем разликовању између уговора грађанског и привредног права, са једне стране, и уговора потрошачког права, са друге стране. То разликовање често није пожељно, посебно када се у неким ситуацијама различити правни режими примењују на уговоре привредног и потрошачког права.<sup>20</sup> То би важило за привредне уговоре између, на пример, великог предузећа са малим предузећем или предузетником. У таквим случајевима фактичка неједнакост између уговорних страна није ништа мања него она између трговца и потрошача, па је последица одвојених правних режима различито третирање истих или сличних случајева.

И на крају, заиста је суштински важно јесте ли неко питање саставни део кодификационог акта, с обзиром на значај, карактеристике и посебност овог акта.

#### **IV Систем јединственог регулисања уговора грађанског и потрошачког права**

Систем јединственог регулисања уговора грађанског и потрошачког права заснива се на схватању да потрошачко уговорно право произ-

19 Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Рап на изради Грађанског законика Републике Србије – Извештај Комисије са одговореним питањима*, Београд, 2007, стр. 148–149.

20 Martijn Hesselink, „Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive“, *European Review of Private Law*, бр. 1/2010, стр. 101.

илази из грађанског права, са њим чини нераздвојну целину и има исти циљ. Тај циљ је остваривање принципа слободе уговарања, иако се често сматра да правила о заштити потрошача представљају одступање од тог принципа. До закључка да су правила којима се регулишу уговори грађанског и потрошачког права усмерена ка истом циљу долазимо ако слободу уговарања схватимо као део општег принципа самоодређења човека,<sup>21</sup> који подразумева и његово право да самостално уобличава, одређује уговорне односе у које ступа. У том смислу правила о заштити потрошача се могу видети као легитимни покушаји одржавања слободе уговарања обезбеђивањем механизма који имају за циљ спречавање закључивања и извршавања уговора који се не могу сматрати изразом принципа самоодређења обе уговорне стране.<sup>22</sup> Она тако представљају суштински допринос функционисању тржишне економије засноване на слободи уговарања,<sup>23</sup> па стреме истом циљу као и правила грађанских и привредних уговора. Зато ова правила не смеју бити сасвим одвојена од уговора грађанског и привредног права.

Постоје два начина на која се може реализовати систем јединственог регулисања уговора грађанског и потрошачког права. Први начин могао би се означити као тзв. интегрисани приступ. Овај приступ подразумева да су уговори грађанског, привредног и потрошачког права регулисани у потпуности јединствено. Наиме, општа правила уговора грађанског права примењивала би се на све врсте уговора, а када постоји потреба, за уговоре привредног и потрошачког права би се прописивали изузеци од општих правила или посебна правила. Интегрисани приступ подразумева потпуно исти однос између уговора грађанског и потрошачког права као што је однос између уговора грађанског и привредног права. Сматра се да овај приступ највише доприноси јединствености читавог грађанског права, чинећи га „чистијим и логичнијим“.<sup>24</sup> Други начин је издвајање правила потрошачког уговорног права у посебно поглавље грађанског законика или облигационог закона.

Бројни су аргументи који иду у прилог јединственом регулисању уговора грађанског и потрошачког права. Кључни аргументи произилазе из самог појма кодификације, као акта који тежи да постане једини извор права у оквиру свог поља примене.<sup>25</sup> Особине сваке кодификације су

21 R. Zimmermann, „Consumer Contract Law and General Contract Law: The German Experience“, стр. 465.

22 *Ibid.*, стр. 471.

23 *Ibid.*, стр. 472.

24 M. Hesselink, „Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive“, стр. 90.

25 Thomas Ackermann, *Public Supply of Optional Standardized Consumer Contracts: A Rationale for the Common European Sales*, доступно на адреси: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/Ackermann%20paper.pdf>, 15.3.2015, стр. 1.

свеобухватност и систематичност. Свеобухватност има три карактеристике: кодификација не сме да садржи правне празнине; треба да замени право које је преовлађивало пре кодификације и тако конституише нови „епицентар“ система извора права; треба да сакупи сва релевантна правна правила на једном месту.<sup>26</sup> Међутим, никада ниједна кодификација није успела да регулише читаву грађанску материју на једном месту.<sup>27</sup> Зато и након кодификације и даље постоје бројни посебни прописи који ближе регулишу питања оквирно регулисана кодификацијом или нека посебна питања која нису уопште регулисана кодификацијом. То су најчешће прописи који имају посебне, често не чисто правне циљеве, који се разликују од циљева кодификације и принципа на којима она почива.<sup>28</sup> Уговори потрошачког права, с обзиром на своју масовност и учесталост у пословном промету, представљају незаобилазан део свакодневнoг живота грађана. Препуштање такве материје у потпуности посебним законима није у складу са тежњом сваке кодификације грађанског права да сакупи сва релевантна правна правила грађанског права на једном месту. Сматра се да би правила уговорног права била прилично „сиромашна“, ако не би садржала потрошачке уговоре и да би тешко могло да се каже да је таква кодификација свеобухватна.<sup>29</sup> Систем јединственог регулисања у складу је и са другом карактеристиком кодификације. Систематичност се јединственим регулисањем уговора грађанског, привредног и потрошачког права постиже на два начина. Прво, сви уговори су, без обзира на правни статус уговорних страна, регулисани на једном месту, и то на конзистентан начин. Друго, постиже се већа унутрашња кохерентност самог потрошачког уговорног права, које се тако у већој мери ослања на опште принципе уговорног права.

Примери земаља ЕУ које су се определиле за принцип јединственог регулисања су Немачка и Холандија. Обе земље примењују тзв. интегрисани приступ, тј. правила потрошачког уговорног права нису издвојена у посебно поглавље, већ се налазе у различитим деловима законика. Примера ради, у Немачком грађанском законнику се већ у уводним одредбама које регулишу субјекте грађанског права налазе дефиниције

26 Reinhard Zimmermann, „Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law“, *European Review of Contract Law*, бр. 4/2012, стр. 372.

27 R. Zimmermann, „Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law“, стр. 382.

28 Ralf Michaels, „Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law“, у: Roger Brownsword, Hans-W Micklitz, Leone Niglia, Steve Weatherill (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Portland, Oregon, 2011, стр. 144–148.

29 R. Zimmermann, „Consumer Contract Law and General Contract Law: The German Experience“, стр. 487.

трговца и потрошача.<sup>30</sup> У оквиру правила о раскиду уговора посебан наслов посвећен је праву потрошача на одустанак од уговора и специфичностима тог права.<sup>31</sup> Интегрисан приступ присутан је и приликом регулисања посебних уговора. Тако је, примера ради, код уговора о продаји посебан наслов посвећен потрошачкој продаји.<sup>32</sup>

## V Систем одвојеног регулисања уговора грађанског и потрошачког права

У систему одвојеног регулисања уговора грађанског и потрошачког права уговори потрошачког права регулисани су посебним законом, а не грађанским закоником или облигационим законом. Овај систем може се реализовати на два начина. Први начин је постојање посебног закона о заштити потрошача, који регулише сва питања од значаја за правни положај потрошача. Овај начин полази од идеје целовитог регулисања јавноправних и приватноправних аспеката заштите потрошача. Тако он води ка стварању посебног „законика“ потрошачког права и удаљавању уговора потрошачког права од уговора грађанског и привредног права. Други начин би био регулисање појединачних питања из области заштите потрошача посебним законима. Овакав парцијални, секторски приступ има за последицу не само одвојено развијање уговора потрошачког права од уговора грађанског и привредног права, већ и непостојање повезаности између правила која регулишу потрошачке уговоре, која нису систематски регулисана. Једина предност оваквог приступа је та што он омогућава олакшану имплементацију упутстава ЕУ у национално законодавство.

Постоји неколико убедљивих аргумената који иду у прилог овом систему регулисања потрошачких уговора. Пре свега, уговори потрошачког права релативно су нова појава (проблем заштите потрошача постаје актуелан тек у другој половини прошлог века; у неким земљама први прописи у овој области доносе се тек почетком овог века). Како се грађанским закоником кодификују стабилни, изграђени правни односи,<sup>33</sup> сматра се да потрошачко уговорно право није сазрело да постане део једне кодификације. Многи његови кључни институти, као што је

30 Немачки грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*, даље у фуснотама: BGB), пар. 13. и 14.

31 BGB, пар. 355–361.

32 BGB, пар. 474–479.

33 R. Zimmermann, „Consumer Contract Law and General Contract Law: The German Experience“, стр. 424.



право потрошача на одустанак од уговора, још увек су недовољно про-верени и примењивани у пракси. Концепт информисаног потрошача на коме се заснива модерно потрошачко право, такође, се доводи у питање последњих година. Истиче се да постоји проблем „преоптерећености потрошача информацијама“, те да стриктно поштовање права потрошача на информисање не доноси увек практичне користи потрошачима.<sup>34</sup> Према томе, суштина аргумента недовољне стабилности правила потрошачког уговорног права састоји се у томе да ова правила нису довољно дуго примењивана у судској и пословној пракси, као и да постоје бројне дилеме у вези са будућношћу тих правила.

Услед поменуте нестабилности и чињенице да се правила потрошачког уговорног права у великој мери доносе на нивоу ЕУ, она су подложна учесталим променама. Како су честе промене политике и циљева ЕУ, тако су честе и промене њених прописа. Због свега тога потрошачко уговорно право је веома динамична област права. Уношење потрошачких уговора у грађански законик довело би до његових честих измена. Таква нестабилна, динамична материја подобнија је за регулисање посебним законима, чија промена је бржа и лакша.

Правила о заштити потрошача одликује врло детаљно, конкретно регулисање, мноштво набрајања (нпр. код предуговорног обавештавања потрошача, одређивања обавезних елемената уговора итд.) и упућивања на друге одредбе истог прописа, што је карактеристично за англосаксонски систем права. Насупрот томе, грађански законици, по правилу, треба да садрже разумљива, систематизована, лаконска правила. Зато се сматра да би правила о заштити потрошача, ако би се имплементирала у грађански законик, „кварила“ његову структуру, систематичност и јасноћу.

Као примери земаља у којима је прихваћен систем одвојеног регулисања уговора грађанског и потрошачког права могу се навести Француска и Италија. Ове земље имају посебне законе о заштити потрошача, којима је материја заштите потрошача целовито регулисана на једном месту, потпуно одвојено од њихових грађанских законика. Овај систем прихваћен је и у Србији, мада у српском праву има и елемената парцијалног приступа, с обзиром на већ поменуто постојање посебног закона који регулише материју потрошачких уговора о кредиту. Парцијални приступ постојао је у Немачкој пре измена Грађанског законика из 2002. године, а данас постоји у Великој Британији.

---

34 Byung-Kwan Lee, Wei-Na Lee, „The Effect of Information Overload on Consumer Choice Quality in an On-Line Environment“, *Psychology & Marketing*, бр. 3/2004, стр. 159.

## VI Потрошачки уговори и Европска унија

Како ЕУ нема Грађански законик, нити ће га имати у скороје време, не постоји прецизан начин одређивања опредељења ЕУ ка принципу јединственог или одвојеног регулисања потрошачких уговора са уговорима грађанског и привредног права. Ипак, развој уговорног права ЕУ доста нам говори о томе које место европски законодавац додељује потрошачком уговорном праву у општем систему грађанског права. Овај развој је значајан зато што од коначне одлуке европског законодавца о овом питању зависи и који од два система правног регулисања потрошачких уговора представља целисходније решење за државе чланице ЕУ и оне које су на путу да то постану. Развој потрошачког уговорног права ЕУ прошао је кроз четири фазе.

Прва фаза је фаза тзв. секторске хармонизације. У тој фази усвојено је мноштво потрошачких упутстава, којима су регулисана нека од кључних питања од значаја за потрошачке уговоре и правни положај потрошача. Та упутства су настајала као резултат појединачних потреба за решавањем неког питања чије би регулисање могло да допринесе јачању унутрашњег тржишта ЕУ. Тако је свако од тих упутстава имало своје принципе и вредности на којима почива, без постојања много везе са осталим потрошачким упутствима.<sup>35</sup> Фазу секторске хармонизације карактерише врло жива законодавна активност ЕУ. У овој фази област заштите потрошача постала је регулисана готово искључиво на нивоу ЕУ чиме је државама чланицама, као и оним земљама које претендују да то постану, сужен простор за самостално правно регулисање права заштите потрошача. Тако је потрошачко уговорно право постало област уговорног права којој је европски законодавац посветио највише пажње, па се тако већ у том периоду јављају схватања према којима би управо потрошачко уговорно право могло да послужи као „нуклеус“ за евентуалну будућу кодификацију европског уговорног права.<sup>36</sup> И поред таквих схватања, јасно је да ову фазу карактерише парцијално, несистематско регулисање појединих питања потрошачког уговорног права, које је удаљавало потрошачке уговоре од уговора грађанског и привредног права.

Друга фаза се може означити као фаза покушаја стварања јединственог европског грађанског права. Иако је Европски парламент још 1989. године резолуцијом захтевао од Европске комисије и Савета да

35 Златан Мешкић, „Хармонизација Европског потрошачког права – Зелена књига 2007. године и Нацрт Заједничког референтног оквира“, *Зборник радова Правног факултета у Силију*, бр. 3/2009, стр. 549.

36 Norbert Reich, „A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers“, *Journal of Consumer Policy*, бр. 4/2005, стр. 385.

започну припреме за стварање тзв. Европског грађанског законика, а исто је учинио и резолуцијом из 1994. године, те резолуције су све до почетка XXI века остале без одјека. Тада Комисија реагује на помену-те иницијативе Европског парламента издавањем Саопштења о Европском уговорном праву из 2001. године (у даљем тексту: Саопштење).<sup>37</sup> Саопштењем су предвиђене различите опције будућег развоја европског уговорног права, о којима је уследила јавна расправа.<sup>38</sup> Након јавне расправе у ЕУ, усвојен је Акциони план за кохерентније европско уговорно право,<sup>39</sup> који комбинује неколико опција предложених Саопштењем. У погледу садржаја и суштине будуће активности ЕУ, Акциони план усваја опције које предвиђају проналажење заједничких принципа уговорног права земаља ЕУ и преглед дотадашње регулативе ЕУ у овој области (а то су, пре свега, потрошачка упутства). У погледу форме у којој ће то бити учињено Акционим планом предвиђена је, у том тренутку, кључна мера будућег развоја европског уговорног права – израда тзв. заједничког референтног оквира и његова каснија примена. Заједнички референтни оквир представљао је нов појам у праву ЕУ, а под њим се подразумева документ који садржи заједничке принципе, дефиниције и правна правила европског уговорног права. Тада предвиђена примена тог докумен-та требало је да се састоји у постојању помоћног средства за Комисију, како приликом критичког прегледа и оцењивања постојеће регулативе ЕУ, тако и приликом подношења предлога нове регулативе.<sup>40</sup>

Завршна верзија Нацрта Заједничког референтног оквира,<sup>41</sup> у чијој изради су учествовали еминентни европски професори уговорног права, објављена је 2009. године. С обзиром да својом структуром НЗРО подсећа на грађанске законике у модерном смислу (како се наво-

37 Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European contract law (COM (2001) 398 final, *Official Journal* C 255 of 13.9.2001).

38 Саопштењем о европском уговорном праву предвиђене су следеће опције: непостојање било какве законодавне интервенције и препуштање решавања проблема европског уговорног права тржишту; проналажење заједничких принципа европског уговорног права (опција израде тзв. ристејтмента); преглед и побољшање постојеће регулативе ЕУ у области уговорног права; израда новог законодавног инструмента.

39 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A more Coherent European contract law – An Action Plan (COM (2003) 68 final).

40 О циљевима НЗРО види Christian von Bar, „A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities“, *Electronic Journal of Comparative Law*, бр. 1/2008.

41 Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Law (Acquis Group), Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (даље у фусногама и тексту: НЗРО), Outline Edition, 2009, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf), 10.4.2015.

ди, ради се о скупу правила која би лако могла бити усвојена од стране овлашћеног законодавца као кодификација, ако би постојала политичка воља<sup>42</sup>), може се поставити и питање места потрошачких уговора у овом академском документу. У НЗРО пошло се од схватања да потрошачко уговорно право није самостална област облигационог права, већ да се ради о области која садржи нека одступања од општих принципа грађанског права, али да је та област истовремено заснована на тим принципима и да се не може развијати изван њих.<sup>43</sup> Зато је у НЗРО у потпуности усвојен систем јединственог регулисања, и то варијанта која се означава као тзв. интегрисани приступ. У НЗРО, правила о заштити потрошача постављена су као посебна правила за посебне случајеве, која су заснована, и нормативно и концепцијски, на општим правилима грађанског права, у мери у којој не одступају од њих. Иако НЗРО нема било какву формалну правну снагу, правила садржана у њему резултат су рада водећих европских стручњака из области грађанског права, па зато неминовно та правила имају „тежину“. На тај начин би требало посматрати и опредељење за систем јединственог регулисања уговора грађанског и потрошачког права у овом документу.

У трећој фази долази до поновног одвајања потрошачког уговорног права од грађанског права. Почетак ове фазе последица је драстичне промене политичке климе у ЕУ проузроковане неуспехом Устава ЕУ на референдумима у Француској и Холандији 2005. године. Тако пројекат стварања европског уговорног права, добрим делом услед политичких превирања, није више био у првом плану, већ се Европска комисија окренула мање амбициозном пројекту, који је у центар пажње вратио потрошачко уговорно право, а који се односио на преглед и побољшање регулативе ЕУ у материји заштите потрошача. До кључног раздвајања НЗРО, као документа који је на јединствен начин регулисао све уговоре, без обзира на правни статус уговорних страна, и пројекта унапређивања потрошачког права ЕУ дошло је 2007. године, када је објављена Зелена књига о провери потрошачког права<sup>44</sup> (у даљем тексту: Зелена књига).<sup>45</sup> Раздвајање се огледа у томе што је Зеленом књигом извршено опредељење за тзв. комбиновани приступ. Овај приступ подразумева из-

42 Horst Eidenmüller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner, Reinhard Zimmermann, „The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems“, *Oxford Journal of Legal Studies*, бр. 4/2008, стр. 668.

43 Преамбула НЗРО, тач. 40.

44 European Commission, Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, Brussels, 2007, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/green-paper\\_cons\\_acquis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/green-paper_cons_acquis_en.pdf), 12.4.2015.

45 Martijn Hesselink, „The Consumer Rights Directive and the CFR: Two Worlds Apart?“, *European Review of Contract Law*, бр. 3/2009, стр. 294.

раду тзв. хоризонталног упутства, које би садржало питања заједничка за сва до тада усвојена потрошачка упутства, односно представљало би својеврсни општи део потрошачког права. Хоризонтално упутство би било комбиновано са вертикалним упутствима која би регулисала појединачна питања, када је то потребно.<sup>46</sup> Поред тога, Зелена књига ни на једном месту не помиње НЗРО.

До усвајања хоризонталног упутства дошло је 2011. године. Тада је усвојено Упутство о правима потрошача<sup>47</sup> (у даљем тексту: Упутство). Упутство углавном није испунило очекивања. Основне дефиниције и предуговорне информације су једине две области у којима је у потпуности остварена „хоризонтална хармонизација“, док су остале области посвећене уговорима закљученим изван пословних просторија и уговорима на даљину, односно „вертикалној хармонизацији“ (тако је извршено консолидовање само два претходно постојећа упутства, уместо планираних четири).<sup>48</sup> Ипак, структура Упутства је таква да се у њега могу лако уносити правила из других упутстава, у ком случају би се постигла потпунија „хоризонтална хармонизација“.<sup>49</sup> Последица такве хармонизације би било стварање посебног потрошачког уговорног права, а „хоризонтално упутство“ би представљало његов својеврсни „законик“. Упутство карактерише и принцип максималне хармонизације, што значи да државама чланицама није остављена могућност да усвајају мере различите од мера предвиђених Упутством, већ морају да их имплементирају у своја законодавства у потпуности. Принцип максималне хармонизације значајно отежава имплементацију Упутства у грађанске законике и облигационе законе, чинећи транспоноване Упутства у посебан закон о заштити потрошача једноставнијим, а тиме се потрошачки уговори додатно удаљавају од општих правила облигационог права.<sup>50</sup> Према томе, за разлику од приступа усвојеног у НЗРО, правила новог Упутства су потпуно и свесно одвојена од било којих правила општег уговорног права.<sup>51</sup>

46 З. Мешкић, „Хармонизација Европског потрошачког права – Зелена књига 2007. године и Нацрт Заједничког референтног оквира“, стр. 551.

47 Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

48 Златан Мешкић, „Директива 2011/83/EУ о правима потрошача од 25. октобра 2011. године“, *Нова правна ревија*, бр. 1/2012, стр. 46.

49 M. Hesselink, „The Consumer Rights Directive and the CFR: Two Worlds Apart?“, стр. 295–296.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*, стр. 299.

Готово у истом тренутку када је усвојено Упутство, објављен је нови законодавни пројекат у области потрошачког уговорног права – Уредба о заједничком европском праву продаје (у даљем тексту: Уредба). Октобра 2011. године Европска комисија је презентovala Предлог Уредбе,<sup>52</sup> чиме је, на неки начин, отпочела четврта фаза развоја потрошачког уговорног права ЕУ. Предложена Уредба представља тзв. опциони инструмент. С обзиром да ће европска правила о продаји бити усвојена у форми уредбе, она ће бити део националних законодавстава држава чланица ЕУ. Ипак, пошто су ова правила опционог карактера, она ће се у конкретном случају применити само ако уговорне стране изричито уговоре њихову примену (*opt-in*). Подељена су мишљења о значају Уредбе за будући развој европског уговорног права. Са једне стране, Уредба је опционог карактера, што свакако умањује њен значај. Са друге стране, пак, она се сматра значајним коракom у правцу кодификације европског грађанског права. Истиче се да је европски законодавац раније барем био искрен у покушајима стварања европског уговорног права, док сада опционим карактером Уредбе покушава да „замаскира“ жељу за кодификацијом.<sup>53</sup> Чак се наводи и да објављивање Предлога Уредбе означава врхунац у развоју европског уговорног права, који се кретао од Начела европског уговорног права, преко НЗРО, до Предлога Уредбе.<sup>54</sup> Њене основне карактеристике, поред опционог карактера, су стварање уговорно-правног режима за све државе чланице, стављање уговора о продаји у центар пажње, примењивање на прекограничне трансакције, висок степен заштите потрошача и свеобухватност предложених правила.<sup>55</sup>

За потребе овог рада најзначајније је персонално поље примене Уредбе. Уредба ће се примењивати на потрошачке уговоре, али и на уговоре привредног права, под условом да је барем једна од уговорних страна мало или средње предузеће<sup>56</sup> и да уговорне стране имају пребивалиште, односно седиште у различитим државама (при чему је

52 Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on a Common European Sales Law, Brussels, 11.10.2011 COM(2011) 635 final 2011/0284 (COD).

53 T. Ackermann, Public Supply of Optional Standardized Consumer Contracts: A Rationale for the Common European Sales, стр. 2.

54 Christoph Busch, Ronny Domrose, „From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law“, *Journal of European Consumer and Market Law*, бр. 1/2012, стр. 50.

55 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A Common European Sales Law to Facilitate Cross-Border Transactions in the Single Market, Brussels, 2011, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common\\_sales\\_law/communication\\_sales\\_law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/communication_sales_law_en.pdf), 7.3.2015, стр. 7–8.

56 Предлог Уредбе, чл. 7 ст. 1.

довољно да само једна од земаља буде чланица ЕУ).<sup>57</sup> Према томе, у потпуности су искључени уговори између физичких лица – потрошача, док уговори привредног права само делимично спадају у поље примене Уредбе. Тако је Уредбом дошло само до *делимичној* приближавања уговора потрошачког и привредног права. Разлог за овако одређено поље примене је чисто инструменталне природе. Европска комисија сматра да проблеми у прекограничним трансакцијама постоје само у уговорима који су обухваћени пољем примене Уредбе, док таквих проблема још увек нема у уговорима о продаји између потрошача и између великих предузећа. Међутим, наглашава се да ће у наредним годинама Комисија пратити развој ситуације како би увидела да ли је потребно додатно регулисање у вези уговора који су за сад изван поља примене Уредбе.<sup>58</sup> Тако Комисија оставља могућност проширивања поља примене и на остале врсте уговора.

Према томе, место потрошачког уговорног права у грађанском праву ЕУ веома је нестабилно, променљиво. Укратко, развој грађанског права ЕУ кретао се од „потрошачких уговора ка целини уговорног права, да би се на крају опет вратио потрошачким уговорима“.<sup>59</sup> Другим речима, након парцијалног, секторског регулисања појединих аспеката потрошачког уговорног права, у центар пажње је стављено читаво грађанско право, чији је интегрални део чинило потрошачко уговорно право. Међутим, усвајањем Упутства поново долази до издвајања потрошачких уговора из целине грађанског права и тенденције њиховог одвојеног регулисања. Место Уредбе, која још није усвојена, није сасвим јасно.<sup>60</sup> Након Упутства, које је замишљено као основа за општи део будућег „потрошачког законика“, Уредба сада поново приближава уговоре потрошачког и привредног права њиховим делимичним јединственим регулисањем. Иако је територијално поље примене ограничено на уговоре са међународним елементом, државама чланицама ЕУ биће остављена могућност примене Уредбе и на уговоре између домаћих субјеката. Поред тога, Комисија оставља могућност проширивања персоналног поља примене у будућности. Тако је након Уредбе будуће место потрошачких уговора у грађанском праву ЕУ неизвесно. Оно зависи од места и значаја који ће Уредба имати у грађанском праву ЕУ, односно,

57 Предлог Уредбе, чл. 4 ст. 2 и 3.

58 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A Common European Sales Law to Facilitate Cross-Border Transactions in the Single Market, стр. 8.

59 M. Hesselink, „The Consumer Rights Directive and the CFR: Two Worlds Apart?“, стр. 295.

60 За 2015. годину најављене су измене Предлога Уредбе.

пре свега, од тога хоће ли она уопште бити усвојена, да ли ће заиста представљати основу будуће кодификације или не, а потом и од тога да ли ће се њено персонално и територијално поље примене проширити. У овом тренутку, Уредба је замишљена као додатак постојећим правилима потрошачког уговорног права садржаним у упутствима, а Комисија очекује да ће се она развијати паралелно са тим правилима, и да ће ове две групе правила „инспирисати“ једна друге.<sup>61</sup>

## VII Закључак

И систем јединственог регулисања уговора грађанског и потрошачког права, као и ситем њиховог одвојеног регулисања имају и предности и мане. Но, ипак се чини да систем јединственог регулисања има нешто више предности у односу на истакнуте мане, и то из следећих разлога:

- регулисање потрошачких уговора грађанским закоником доприноси већем степену остваривања социјалне правде у уговорним односима;
- систем јединственог регулисања доприноси потпунијем остваривању принципа јединственог регулисања облигационих односа, који је неспорно, као општи принцип, усвојен у нашем праву и
- због чињенице да би применом овог система дошло до приближавања правних режима за грађанске, привредне и потрошачке уговоре.

Уколико потрошачки уговори постану саставни део Грађанског законика Србије, мане система јединственог регулисања уговора грађанског и потрошачког права би могле бити избегнуте дефинисањем само најопштијих појмова и принципа у кодификационом акту и препуштањем свега осталог посебним прописима, који су, свакако, подложни бржим и лакшим изменама и допунама. Другим речима, проналажење праве мере између материје коју регулише кодификација и оне која се оставља за посебне прописе је можда кључ решења овог питања.

61 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A Common European Sales Law to Facilitate Cross-Border Transactions in the Single Market, стр. 10.



**Borko MIHAJLOVIĆ, LL.M.**

**Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Kragujevac**

## **IS THERE A PLACE FOR CONSUMERS' CONTRACTS IN THE NEW SERBIAN CIVIL CODE?**

### **Summary**

*In analysis of contents of the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code, it has been noticed that consumers' contracts are not an integral part of this act. Considering the fact that these contracts are becoming part of everyday life of each individual, that they are omnipresent, the issue if there is place for them in the new Serbian Civil Code has been raised. The author in this paper comes from the current state of consumers' contracts regulation in Serbian law, as well as from the substantial importance of the issue of implementing consumers' contracts in the Civil Code. With that aim, he suggests that there are two possible systems of consumers' contracts regulation: the system of unified regulation with the civil law contracts, and the system of separate regulation of these contracts. The author analyses advantages and weaknesses of the mentioned systems, as well as solutions adopted in some EU member states. At the end of the paper, development of consumers' contracts regulation in EU law has been shown.*

**Key words:** *consumers' contracts, civil code, systems of regulation of consumers' contracts, European contract law.*

Свeйшислав ЈАНКОВИЋ, мастер  
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## ПРЕВОЗИОЧЕВО ЗАКОНСКО ЗАЛОЖНО ПРАВО И НОВИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ\*

### Резиме

На иочетџку рада, излажу се њојам и оџшџи и џосебни џравни режим џревозиочевој заложној џрава џо основу неџлаћене џревознине. Након џџоџа, размаџира се џравна џприрода овој џрава у смислу да ли је оно џо својсџџима ближе класичном законском заложном џраву или, џак, џраву задржавања. Ауџор у раду џредлаже друџачиџи џравни режим џревозиочевој заложној џрава у односу на џосџџојећи. Наиме, џредлаже се да у Грађанском законуку буде реџулисан само уџвор који закључује џриваџни, а не и јавни џревозилац. С обзиром да џриваџни џревозилац није дужан (џоџуџи јавној) да закључује уџвор о џревозу са сваким џрећим лицем, он је у моџћности да џроцени солвенџности и добронамерности наручиоца џревоза. Суџроџно, збој учесџалости, брзине и начина закључења уџвора (џо џрисџуџу), џџо није у сџању јавни џревозилац, џа му се збој џџоџа и даје законско заложно џраво како би џа зашџџџило у случају када му није џлаћена џревознина.

**Кључне речи:** џревоз, заложно џраво, џраво задржавања, Преднаџрџи Грађанској законика.

---

\* Чланак је настао као резултат рада на пројекту „Идентитетски преображај Србије“ на Правном факултету Универзитета у Београду.

## I Уочавање проблема

Превозиочево законско заложно право има корен у праву задржавања ствари што је, иначе, посебно право које припада сваком лицу које је пружио одређену чинидбу поводом те ствари.<sup>1</sup> Зависно од концепције законског заложног права и правног поретка у којој се оно примењује, оно може бити више или мање удаљено од садржине права задржавања. Основни предуслов постојању законског заложног права, који се састоји у државини над ствари, је, у ствари, преузет од института права задржавања. Са друге стране, праву задржавања је, у погледу његове садржине, дата активна компонента из заложног права – право продаје робе, чиме се ова два института све више међусобно у погледу садржине приближавају, ако не и поистовећују. Такав је тренутни, постојећи, правни режим ових права у Републици Србији. Чини се да Преднацрт Грађанског законика на овом плану не доноси ништа ново, те би ваљало да се предложи другачије решење. У том смислу, упоредна решења ових института ће послужити као корисна, али и истраживање самог њиховог смисла и циља постојања је неопходно како би се схватили место и улога ових института у правном поретку. Чини се да би предлог требало да буде на плану доследности институту законског заложног права у смислу да се превозицац не условљава државином на роби да би имао ово право. Тиме би се васпоставила и кључна разлика са правом задржавања која концептуално постоји, а која би као таква требала да постоји и у будућем законодавном решењу у Републици Србији.

Са друге стране, у раду се разматра, постоји ли уопште потреба за регулисањем превозиочевог заложног права у Грађанском законик у (даље у тексту: ГЗ). Наиме, као претходно се поставља питање да ли би превоз уопште требало да буде регулисан у ГЗ-у, посебно имајући у виду су уговори о превозу у свим гранама превоза регулисани у посебним прописима. Тиме се долази до закључка да превоз као такав не би требало да буде регулисан у општем грађанском праву, ако већ постоје посебни прописи, те би се само отварао пут правној противречности општег ГЗ-а са посебним прописима о превозу. Међутим, чини се да би се, ипак, могло да нађе оправдање за регулисање превоза у ГЗ-у. Пре свега, могуће је те норме схватити као опште које би се примениле (супсидијарно, као допунске) ако нека од посебних норми (у посебним законима) не би садржала правило за одређено питање. Са друге стране, посебни прописи о превозу регулишу превоз који врши јавни превозицац, те би требало, онда, да остану норме о превозу у ГЗ-у које

1 Thomas W. Dunfee, Frank F. Gibson, John D. Blackburn, Douglas Whitman, William McCarty, Bartley A. Brennan, David Barrett Cohen, *Modern Business Law and the Regulatory Environment*, third edition, New York, 1996, стр. 592.

би регулисале приватни превоз, тј. онај уговор о превозу који закључи „превозилац“ који се не бави професионално превозом и коме је учешће у конкретном уговору израз, заиста, потпуно слободне воље.<sup>2</sup> Међутим, чини се да таквом (приватном) превозиоцу није потребна заштита кроз законско заложно право каква је дата јавном превозиоцу (у посебним прописима). Разлог за то је што је јавни превозилац дужан да закључује уговоре о превозу (с обзиром да му је то професионална делатност), те, најчешће, због брзине и начина (уговори по пристипу) закључења није у стању да правилно оцени платежну моћ сауговарача, као и његову добровољност у погледу плаћања превознине (те да, у случају сумње, уговори средство обезбеђења). Због тога му се даје законско заложно право. Супротно, приватни превозилац је у стању, а и у правној могућности да процени платежну моћ наручиоца превоза (као и добровољност у испуњењу уговорне обавезе), те да сходно томе, предузме одређене мере (ако су потребне) како би себе заштитио у случају неплаћања превознине. У том смислу, предлаже се решење да ако је већ оправдано регулисати (приватни) превоз у ГЗ-у, онда би, свакако, требало уклонити из њега одредбе о законском заложном праву које би требало да буде резервисано само за јавног превозиоца. У сваком случају, приватни превозилац би на располагању имао право задржавања, које би било примерено средство заштите превозиочевих интереса и поред тога што би задржавање ствари могло да наруши однос поверења са наручиоцем превоза као оставодавцем.

## II Појам и правни режим превозиочевог заложног права

### 1. Појам

Ако превозиоцу не би била плаћена накнада за превоз,<sup>3</sup> онда би превозилац, било које гране превоза, имао заложно право на предмету превоза, односно на стварима које су се превозиле.<sup>4</sup> Ово правило је по-

2 Насупрот њему стоји јавни превозилац који је дужан да закључи уговор о превозу са наручиоцем превоза, под условом да је, спрам околности случаја (у погледу капацитета, времена) у могућности да изврши конкретни превоз.

3 Заложно право превозиоца постоји да би се обезбедила накнада за превоз, као и нужни трошкови поводом њега. Ради јаснијег и краћег излагања у раду ће се сматрати да израз *превознина* обухвата и накнаду за превоз и нужне трошкове. О појму превознине, тренутку када се стиче право на њу, те залози као средству обезбеђења њеног намирења вид. Ewan McKendrick, *Goode on Commercial Law*, London, 2010, стр. 1168 и даље.

4 У англосаксонском правном подручју разликују се опште и посебно заложно право зависно од тога шта може да буде предмет заложног права. Општем заложном

требно додатно објаснити. Пре свега, оно је примењиво само на уговор о превозу робе (ствари), али не и на уговор о превозу путника (евентуално би се могло применити на пртљаг). Са друге стране, ово заложно право постоји само на оним стварима поводом чијег превоза није плаћена превознина.<sup>5</sup> Дакле, оно не може да постоји поводом неких других ствари наручиоца превоза, које су доспеле у његову државину. У питању је тзв. конекситет предмета залогe и облигационог права чије намирење заложно право обезбеђује, а чиме се оно разликује од права задржавања где се наведени конекситет не тражи.<sup>6</sup>

## 2. Правни режим

### а) Уводно разматрање

Превозиочево заложно право је, донекле, различито у односу на класично заложно право када је у питању његово остваривање. Оно се може намиривати и преко суда (ако је у питању превозилац који се не бави превозом као професионалном делатношћу, а није ни привредни субјект) или, пак, самостално (кроз поступак јавне продаје који сам организује),<sup>7</sup> ако је у питању превозилац који је привредни субјект.<sup>8</sup>

праву (енгл. *general lien*) може да буде предмет било која дужникова ствар, док посебном (енгл. *specific lien*) само она ствар која је везана за тачно одређени посао поводом кога није намирена противчинидба. Вид. Fidelma White, *Commercial Law*, second edition, Dublin, 2012, стр. 498 и даље.

- 5 При том, за стицање овог права није битно да ли су ствари (роба) које су предате на превоз биле у својини пошиљаоца (или их је он држао неовлашћено), већ само да постоји повезаност (конекситет) услуге превоза са њима. Вид. Beate Czerwenka, *Das Gesetz zur Reform des Seehandelsrecht*, Berlin, 2013, стр. 59; Edward W. Spencer, *Cyclopedia of Business Law*, Indianapolis, 1925, стр. 1153.
- 6 Упор. Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр.31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље у тексту – ЗОО), чл. 286 и чл. 679 ст. 1. Превозиочево право залогe се сврстава у ширу групу општег (законског) заложног права у привредном праву које припада и заступнику, посреднику, складиштару, комисионару, вршиоцу контроле, те банци по основу уговора о сефу. Основна црта заложног права наведених лица (са изузетком комисионара, ЗОО, чл. 786 ст. 2) је да је оно конексне природе, односно да је везано за ствар поводом које постоји обавеза из основног посла, а чије испуњење обезбеђује заложно право. Управо, тзв. конекситет заложног права и ствари поводом које постоји обезбеђено потраживање представља критеријум поделе на општа и посебна заложна права у англосаксонском правном подручју. Према томе, сва напред наведена лица имају посебно заложно право, док комисионар има опште заложно право. Вид. Len S. Sealy, Richard J. A. Hooley, *Commercial Law – text, cases and materials*, fourth edition, Oxford, 2008, стр. 1108.
- 7 У сваком случају, потребно је нагласити да је превозиочево заложно право у остваривању ограничено својом сврхом, те превозилац може само да прода ствар,

Напред наведени правни режим намирења превозиочевог права је својствен заложним правима свих лица (трговаца) који су као такви наведени у закону. Међутим, посебност превозиочевог заложног права се садржи у предности у намирењу у односу на сва друга општа заложна права поменутих лица. Наиме, ако поводом једне ствари постоји више заложних права различитих лица, а вредност саме ствари није довољна за потпуно намирење свих права, неопходно је утврдити редослед по коме ће одређена права имати предност у односу на друга. Критеријуми за одређивање редоследа у намирењу могу да буду различити, почев од временског критеријума (било *хројресивни* – ранији у времену, јачи у праву, или *рејресивни* – каснији у времену, јачи у праву), па до критеријума врсте потраживања (када се одређеном потраживању, тј. врсти којој припада даје предност у намирењу у односу на друга потраживања).

Постоје општи и посебни правни режим превозиочевог заложног права. Општи режим се састоји из правила која се налазе у Закону о облигационим односима (а постојаће и према будућем ГЗ-у), док се посебни правни режим састоји од правила која се налазе у посебним законима који постоје за сваку грану превоза посебно.

### б) Општи правни режим

Општи правни режим превозиочевог заложног права је садржан у општем облигационом (грађанском, привредном) праву. Садржи правила путем којих је превозиоцу (као и шпедитеру, због уске везаности за посао превоза) дат привилегован положај у односу на друга лица. Наиме, превозилац има заложно право на предмету превоза (ствар, роба) ако поводом његовог превоза није плаћена превознина. Предуслов настанку и опстанку овог превозиочевог права је државина на предмету превоза која се може састојати било у непосредној (фактичкој, физичкој) државини, било у држању исправе путем које се може са робом (предметом превоза) располагати.

Привилегованост положаја превозиоца у погледу овог права је садржана у његовој предности намирења у односу на друга лица која према општем (облигационом) привредном праву имају заложно право на истој ствари.<sup>9</sup> Ова предност у намирењу је највидљивија када је

а не и да је користи. У том смислу, правилна је одлука Врховног суда Србије. Вид. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 585/95 од 9. јануара 1996. године у: *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 2/1996, стр. 104.

8 Упор. ЗОО, чл. 980 и 981. О општем појму трговца, додуше теоријском, јер законодавни још увек не постоји вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2012, стр. 48–50.

9 То су посредник, заступник, контролор, складиштар, комисионар и банка (по основу уговора о сефу). Вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 49.

вредност предмета залогe (ствари) недовољна да се у потпуности намире потраживања свих наведених лица која имају заложно право. Превозиоцу се пружа предност у намирењу заложног права, јер он својом чинидбом (превозом) доприноси увећању вредности предмета превоза (робе).<sup>10</sup>

Када је вредност предмета залогe недовољна за потпуно намирење свих заложних поверилаца, неопходно је успоставити редослед међу њима, а у циљу очувања правне извесности, односно предвидљивости. У том смислу, тзв. сукоб заложних права се према српском важећем праву решава на следећи начин. Ако је поводом робе која је била предмет превоза, засновано заложно право и у корист других лица (посредник, заступник, комисионар, складиштар итд.), онда ће (како је, већ, напоменуто) превозиочево (као и њему повезаног отпремника) заложно право имати предност у намирењу у односу на остала заложна права.<sup>11</sup> Дакле, прво ће се намирити потраживања (обезбеђена заложним правом) превозиоца и отпремника у потпуности, па, тек, ако нешто преостане, из предмета залогe ће се намирити и остали заложни повериоци.

Са друге стране, ако је вредност предмета залогe недовољна да се намире сви превозиоци (отпремници) који су учествовали у превозу, онда ће се критеријум предности у намирењу састојати обрнутом (временском) редоследу њиховог настанка. Укратко, принцип је „каснији у времену, јачи у праву“. Оправданост оваквог критеријума, код сукоба превозиочевих заложних права, се састоји у томе да је потоњи превозилац, чувајући и превозећи ствар (предмет залогe), у ствари, учинио услугу не само кориснику превоза, него и ранијим превозиоцима (имаоцима заложног права), јер им је сачувао предмет залогe. Супротно, да потоњи превозилац није успешно извршио превоз (на пример, дошло је до пропасти ствари), онда ранији превозиоци (који нису наплатили

10 Најбољи пример који доказује оправданост привилегованог полагаја превозиоца може се уочити код превоза банана. Њихова цена у земљама порекла (извозника) је знатно нижа у односу на цену у земљи крајњих потрошача (увозника). Иако је реч о истом производу, па и истих својстава које је имао у земљи извоза и земљи увоза, ипак је цена у последњој знатно виша. О увозу банана и „ланцу“ правних односа више података доступно на адреси: <http://www.soc.duke.edu/~s142tm09/GVC1.htm>, 21.3.2015. године. Управо, чинидба превоза, тј. његово извршење доприноси повећању цене односне робе што и оправдава повољнији положај превозилаца у наплати превознине у односу на друга лица која су била у правним односима везано за ту исту робу. О оправданости овог права вид. Leonard A. Jones, *A treatise on the law of liens: common law, statutory, equitable and maritime*, Vol. 1 of 2, Cambridge, 1891, стр. 175.

11 ЗОО, чл. 680 ст. 1. Ово правило је истоветно и у Преднацрту Грађанског Законика Републике Србије, књига друга, Облигациони односи, доступан на адреси: [http://www.koponikschool.org/dokumenta/C\\_Obligacioni\\_odnosi.pdf](http://www.koponikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf), 15.2.2015. године, даље у тексту: Преднацрт ГЗ, чл. 870 ст. 1.

превознину) неће имати из чега да наплате, јер је изгубљен и њихов предмет залог. У том смислу, давањем предности у намирењу у односу на раније правозиоце, потоњи превозилац се мотивише (подстиче) да предмет превоза (уједно и залог) сачува током превоза, чиме ће допринети не само свом „праву“ (могућности остварења свог потраживања), него и правима претходних превозилаца.<sup>12</sup>

### в) Посебни правни режим

#### 1) Пловидбени превоз

Посебан правни режим у погледу превозиоачевог заложног права је регулисан у посебним законима који регулишу облигационе односе поводом сваке гране превоза. У пловидбеном праву, које је, иначе, знатно развијеније у погледу правних института у односу на друге гране превоза, превозиоачево право у погледу превознине је заштићено на неколико начина.

Пре свега, превозилац (бродар) има својеврсну привилегију на терету који је превозио, ако му превознина не буде о доспелости плаћена.<sup>13</sup> Бродар има привилегију (законско заложно право) на односном терету, али пре њега предност у намирењу имају лица овлашћена да наплате судске и остале заједничке трошкове у корист свих поверилаца као и имаоци потраживања по основу спасавања и заједничке хаварије.<sup>14</sup> У сваком случају, након њиховог намирења (ако се ови повериоци у конкретном случају, уопште, појављују) бродар поводом свог заложног права има апсолутну предност у намирењу у односу на све остале обезбеђене и необезбеђене повериоце.<sup>15</sup>

12 У погледу сукоба заложних права између осталих лица (комисионар, складиштар, заступник итд.) примењује се критеријум „први у времену, јачи у праву“. При том, предност у намирењу је, такође, искључиве природе што значи да се каснији заложни повериоци неће намирити док се ранији у *пошћуности* не намире. Вид. ЗОО, чл. 680 ст. 2; Преднацрт ГЗ, чл. 870 ст. 2.

13 Израз привилегија на терету је преузет од истоименог института привилегије на броду, а оба припадају групи законских заложних права.

14 ЗПУП, чл. 637, чл. 639 ст. 1.

15 Потребно је поменути разлику у погледу принципа рачунања предности у намирењу између више истоврсних превозилаца која постоји између општег и посебног (пловидбеног) режима. Наиме, по општем режиму у случају сукоба више заложних права превозилаца, примењује се принцип обрнутог временског редоследа („каснији у времену, јачи у праву“) и то са дејством искључивости у смислу да док се потоњи превозилац у потпуности не намири, претходни неће ни почети своје намирење. По посебном (овде пловидбеном) режиму, у случају сукоба више заложних (привилегованих) права превозилаца (бродара), доћи ће до сразмерног намирења свих потраживања. Дакле, у пловидбеном праву у погледу законског за-



Са друге стране, бродар у својству превозиоца има право да задржи робу коју је превозио и да је не преда кориснику превоза (примаоцу), ако му није плаћена превознина. Уз право задржавања (и непредаје робе), бродару је дата могућност њене продаје.<sup>16</sup> За разлику од законског заложног права на терету (привилегије) код кога државина на терету (роби) није предуслов ни настанку, ни опстанку овог права, у погледу овог права државина је неопходна за његов опстанак.<sup>17</sup>

На крају, бродар може да оствари своја права поводом превознице и тако што ће робу коју је превозио (а која у месту опредељења није преузета) предати на чување, те ће ако она не буде преузета у одређеном року, стећи право на њену продају. За разлику од претходног права (задржавања и продаје) које представља активно средство у заштити превозиоачевог права на превознину, ово право бродара представља његово пасивно средство заштите, јер га може остварити само када корисник превоза не преузме робу у одредишном месту. При том, потребно је разликовати, овде разматрано, превозиоачево право продаје од *корисне* (када су трошкови чувања и превознина прете да надвисе вредност робе) и *нужне продаје* (када роба услед својстава или недостатка прети да пропадне протеком времена када превозилац штити и интересе корисника превоза), које пловидбени закон, такође, предвиђа.<sup>18</sup>

## 2) Ваздухопловни превоз

Српско ваздухопловно право предвиђа два средства за заштиту превозиоачевог интереса у погледу наплате превознице – активно и пасивно. Активно се састоји у превозиоачевом праву задржавања и продаје ствари која се превозила и поводом које није плаћена превознина.<sup>19</sup> Оно у потпуности одговара активном средству заштите пловидбеног превозиоца.<sup>20</sup> Пасивно средство заштите се састоји у праву да вазду-

ложног права на терету не постоји редослед намирења више бродара (превозилаца), него се намирују сви у сразмери са величином свог потраживања, ако вредност терета није довољна за њихово потпуно намирење, што указује на одсуство принципа искључивости какав постоји по општем режиму. ЗПУП, чл. 639 ст. 2.

16 ЗПУП, чл. 635.

17 ЗПУП, чл. 636 ст. 1. На овај начин се овакво право превозиоца може одредити као право задржавања (лат. *ius retentionis*) и то у правном режиму какво познаје опште грађанско право (са правом продаје). Вид. ЗОО, чл. 289.

18 ЗПУП, чл. 586 ст. 1 и 2. Напомене ради, потребно је истаћи да се привилегије на терету остварују искључиво преко суда, док се остала два права бродара поводом обезбеђења намирења превознице остварују вансудски кроз јавну продају (надметање).

19 ЗВП, чл. 85.

20 Упор. ЗПУП, чл. 635. Овакво, пасивно, правно средство није својствено само посебној регулативи појединих грана у превозу, него постоји и у општем грађанском праву. Вид. ЗОО, чл. 664; Преднацрт ГЗ, чл. 860.

хопловни превозилац задржи и преда ствар на чување, ако је прималац (корисник превоза) није преузео у време када је требало. При том, протеком одређеног времена (30 дана као и у пловидбеном праву), ваздухопловни превозилац стиче право да вансудским путем прода ствар која је била предмет превоза, те да се из продајне вредности намири у погледу неплаћене превознине.<sup>21</sup> Као и у пловидбеном праву, превозиочево право на продају у овом случају потребно је разликовати од његовог права (дужности) на корисну и нужну продају.<sup>22</sup>

### 3) Копнени превоз

Правила копненог превоза се односе на друмски и железнички саобраћај и садржана су у два посебна прописа која регулишу облигационе односе у овим гранама саобраћаја. Разматрају се на истом месту с обзиром на истоветна решења у погледу превозиочевих права. Превозиоци ових грана саобраћаја имају само пасивно средство заштите свог права на намирење превознине.<sup>23</sup> Оно се састоји у томе да превозилац има право да задржи и преда робу на чување (складиштару за чији избор одговара) ако је корисник превоза није преузео у време када је то требало. Штавише, протеком времена и даљим непреузимањем робе од стране корисника превоза, право превозиоца јача и претвара се у могућност (право) продаје.<sup>24</sup> Наравно, ову продају треба разликовати

21 ЗВП, чл. 79 ст. 1.

22 ЗВП, чл. 79 ст. 2.

23 Примера ради, у француском саобраћајном праву, друмски превозилац има право задржавања (без права продаје) ствари коју је превозио ако му није плаћена превознина. Са друге стране, железничком превозиоцу није изричито дато ни заложно, нити право задржавања по правилима саобраћајног права, па ће се, вероватно, примењивати општа правила о законској залози из грађанског права. Железничком превозиоцу је једино дато право продаје робе у случају њеног непреузимања од стране примаоца (корисна и нужна продаја тзв. „чекајуће“ робе, тј. робе која „чека“ примаоца да је преузме). Вид. Cecile Legros, *Transport Law in France*, The Hague, 2012, стр. 152 и 163.

24 ЗПД, чл. 87; ЗПЖ, чл. 66. Постоје мишљења да железнички превозилац има класично законско заложно право које се састоји у праву задржавања предмета превоза и, у крајњем случају, његове продаје ако се у року од 30 дана од задржавања превознина не плати. Чини се да је овакво размишљање правилно, иако норма српског железничког права није изричито одређена у том погледу у смислу заштите превозиочевих права путем законског заложног права. У том смислу, чини се да би норма посебног закона који регулише уговоре у железничком превозу требала да буде изричита на начин да се и језичким тумачењем може доћи до закључка да железнички превозилац има класично законско заложно право (посебно са елементом права на продају ствари) за случај неплаћања превознине, чиме би се, свакако, допринело правној извесности у односима који настају из правног посла превоза у овој грани саобраћаја. Вид. Nebojša Jovanović, *Transport Law of Serbia & Montenegro*, The Hague, 2005, стр. 330.

од нужне продаје, када је он дужан да приступи продаји како би заштитио, пре свега, интересе корисника превоза.

### III Правна природа превозиочевог заложног права

Разматрање општих и посебних правних режима превозиочевог „заложног“ права на роби имало је за сврху да укаже на проблем који постоји приликом одређивања природе овог права као и на могућу противречност посебног у односу на општи режим. Наиме, правно средство које превозиоцу стоји на располагању у погледу остварења права на превозину се по инерцији означава као превозиочево заложно право. Но, да ли је оно заиста заложно право и, ако јесте, да ли је у питању законско заложно право.

Да би превозилац имао заложно право на роби коју превози, а поводом неплаћења превознине, неопходно је да има државину на роби.<sup>25</sup> Та државина може да буде фактичка (физичка) и симболичка (путем превозних исправа). У сваком случају, неопходно је да има својеврсну контролу над робом, односно „моћ“ располагања. При том, да би стекао заложно право, претходно морају да буду испуњена још два услова која се тичу пуноважности уговора о превозу (те да је пошиљац добровољно предао на превоз конкретну робу) и да постоји повезаност (конекситет) између заложног права и робе која се превозила, а поводом које није плаћена превознина.<sup>26</sup>

Државина над робом као неопходан услов стицања овог права има битан утицај на његово правно квалификовање, односно на његову правну природу. Државина на роби је неизоставан елемент права задржавања, али не и законског заложног права.<sup>27</sup> Како се објашњава у правној теорији (како домаћој, тако и иностраној) превозилац има

25 Ово је решење како српског, тако и немачког права. Упор. ЗОО, чл. 679 ст. 1 и HGB, пар. 441 ст. 2.

26 Karsten Schmidt, Beate Czerwenka, Rolf Herber, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, 2009, стр. 290; Ingo Koller, *Transportrecht*, 6. Auflage, München, 2007, стр. 596.

27 У том смислу се разликују поједини правни режими превозиочевог обезбеђујућег права у погледу наплате превознине. Тако, пловидбено право изричито регулише и законско заложно право (за чији настанак није потребна државина, а које се остварује судским путем) и право задржавања (за које је неопходна државина, а које се остварује вансудским путем). Са друге стране, остали посебни режими (ваздухопловни и копнени), као и општи правни режим условљавају превозиочево заложно (обезбеђујуће) право државином на ствари која је била предмет превоза. Упор. ЗПУП, чл. 635, 637 и ЗОО, чл. 680 ст. 1; Преднацрт ГЗ, чл. 870 ст. 1, ЗВП, чл. 85, ЗПД, чл. 87; ЗПЖ, чл. 66. О разлици права задржавања и законског заложног права, вид. Зоран Антонијевић, *Привредно право*, Београд, 1986, стр. 279.

законско заложно право на роби поводом неплаћене превознине.<sup>28</sup> Међутим, признајући неопходност државине превозиоца на роби, одступа се од концепта законског заложног права и приближава се концепту права задржавања.<sup>29</sup> Штавише, по српском праву, право задржавања је изједначено са заложним правом у погледу извршења, тј. у погледу могућности да и ималац права задржавања намири своје потраживање из продајне вредности задржане ствари.<sup>30</sup> Заправо, могло би се тврдити да превозилац (било по општем, било по посебним режимима, изузимајући пловидбени) нема заложно право, него право задржавања. Основ оваквој тврдњи се налази у неопходности превозиоаче државине на ствари, а што је, у ствари, неопходан услов постојања права задржавања.

Са друге стране, чини се да би превозилац, ипак, требало да има истинско (бездржавинско) законско заложно право на предмету превоза.<sup>31</sup> Разлог томе би требало тражити, пре свега, у чињеници да је једна ствар (роба), најчешће у међународној трговини, предмет више различитих врста превоза, а да је ризично и неизвесно везивати опстанак заложног права за физичку или симболичку државину на тој ствари. Наравно, ако се превозиоачево законско заложно право не би везивало (тј. условљавало) државином на ствари, онда би се ушло у другу врсту неизвесности у смислу да се не би са сигурношћу могло да утврди који превозилац и поводом које ствари има заложно право. То је, иначе, усуд свих законских заложних права на средствима превоза (броду, ваздухоплову), с обзиром да она са собом носе својство тајности, односно несазнатљивости.<sup>32</sup> Међутим, својство тајности превозиоачевог закон-

28 М. Васиљевић, *Трговинско право*, стр. 48; З. Антонијевић, *Привредно право*, стр. 278; К. Schmidt, В. Czerwenka, R. Herber, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, стр. 290.

29 О неопходности државине за опстанак „законског“ заложног превозиоца вид. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Крагујевац, 1980, стр. 444.

30 ЗОО, 289. Супротно, у *common law* систему, ималац права задржавања (енг. *possessory lien*) нема могућност намирења свог потраживања из продајне вредности ствари, него му оно служи само да би подстакао/принудио дужника на испуњење своје обавезе. При том, општи, јавни превозилац у *common law* систему (који одговара српском јавном превозиоцу који се превозом бави као професионалном делатношћу) има само право задржавања (без права продаје робе), а не и класично заложно право. Да би имао и право продаје робе, неопходно је да се оно буде предвиђено у сваком конкретном уговору о превозу. Вид. Brian Harris, *Ridley's Law of the Carriage of Goods by, Land, Sea and Air*, eight edition, London, 2010, стр. 48; E. W. Spencer, *нав. дело*, стр. 1154.

31 Andreas Müglich, *Das neue Transportrecht – TRG*, Köln, 1998, стр. 197

32 О несазнатљивости привилегија на броду вид. Michael J. Ende, „Adrift on a Sea of Red Ink: The Status of Maritime Liens in Bankruptcy“, *Fordham International Law*

ског заложног права не треба отклањати путем његовог условљавања државином ствари, јер се тиме заложном праву уклања својство *законској* заложног права. Чини се да би несазнатљивост превозиочевог законског заложног права требало уклањати путем уписа овог права у регистар заложних права. Наиме, од 2003. године у Републици Србији постоји законодавни оквир према коме је могуће уписати у регистар заложно право на покретној ствари.<sup>33</sup> Иако се овај закон односи, пре свега, на уговорна заложна права (некадашње тзв. ручне залогe), он обухвата и законска заложна права.<sup>34</sup> Уписом превозиочевог законског заложног права би се истовремено отклонила два недеостатка која прате ово право. Прво, отклонило би се својство несазнатљивости које је, иначе, својствено законским заложним правима у привредном праву. Друго, превозиочево право би (п)остало законско заложно право, јер се оно не би условљавало државином ствари поводом које није плаћена превозина чиме је ово превозиочево право личило на право задржавања.

#### **IV Предуслов за регулисање превозиочевог заложног права на роби**

Да би постојало превозиочево право на роби неопходно је да је регулисан уговор о превозу у новом Грађанском закону. С обзиром да су сви превози, тј. гране превоза регулисани посебним законима, поставља се питање има ли смисла регулисати превоз на општи начин у ГЗ. Одговор се чини потврдним из два разлога. Први се састоји у томе што би општа правила о превозу попуњавала евентуалне празнине и недостатности које постоје у посебним прописима о превозу, а други разлог се односи на то да посебни закони регулишу превоз у привредном смислу, те би у ГЗ требало да се регулише превоз у непривредном, приватном смислу. У том смислу, регулација посла превоза у ГЗ се чини оправданом. Међутим, тиме се не чини оправданом регулација општег превозиочевог заложног права на роби у ГЗ. Наиме, превозиочево заложно право на роби, а поводом неплаћене превознине предвиђено је у свим посебним прописима (о превозу), тј. за сваку грану превоза

*Review*, Vol. 11, бр. 3/1987, стр. 575.

33 Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, *Службени листник РС*, бр. 57/2003, 57/2004, 61/2005, 64/2006 – испр., 99/2011 и др. закон.

34 Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, чл. 4. Путем овог правила, омогућава се да законско заложно право производи правна дејства не од тренутка уписа у регистар Агнeције за привредне регистре (што је, иначе, правило за сва остала заложна права), него од оног тренутка који је предвиђен у закону који регулише то законско заложно право (конкретно, превозиочево у овом случају).

понаособ.<sup>35</sup> Ако би се у ГЗ нашла правила само о *приватном*, а не и *привредном* превозу, онда у њему не би требала да постоје правила о заложном права приватног превозиоца. Разлог је јасан. Приватни превозилац, за разлику од јавног, не бави се привредном делатношћу и није дужан да прихвата робу на превоз било ког пошиљаоца (наравно, под условом, да су испуњени услови у погледу могућности да изврши односни превоз).<sup>36</sup> Јавни превозилац, који је дужан да изврши превоз, без обзира на својства личности пошиљаоца, могао би да буде стављен у неугодну позицију, ако би пошиљац одбио да му исплати превознину или ако је, пак, у стању презадужености, па не може да му је исплати.<sup>37</sup> Неповољност његовог положаја се састоји у томе што он није могао да бира уговорника и да процени његову способност плаћања, те му се зато у ту сврху, као својеврсно надомешћивање одсуства његове активне воље приликом склапања уговора, пружају погодности института законског заложног права. Супротно је са приватним превозиоцем чији би се правни режим регулисао у ГЗ. Он није дужан да закључује уговор о превозу са сваким пошиљаоцем и у упоредном праву му, као таквом, не следује законско заложно право у случају да му саговорник не плати пружену услугу превоза. Овакво решење је оправдано највише због тога што он има моћ избора свог уговорника, тј. слободу да одлучи да ли ће са неким да закључи (приватан) уговор о превозу или не. Управо због тога њему је оправдано ускратити законско заложно право у случају недавања противчинидбе његовој услузи, јер је он могао у почетном моменту, тј. у првом контакту да процени поштеност и солвентност саговорника. Истоветна ситуација је и у англосаксонском праву.<sup>38</sup>

35 ЗПУП, чл. 637, чл. 639 ст. 1; ЗВП, чл. 85; ЗПД, чл. 87; ЗПЖ, чл. 66.

36 Шире посматрано, уговор који закључује приватни превозилац могао би да се сматра правним послом с обзиром на својства личности саговорача, јер управо та својства и опредељују приватног превозиоца да ли да закључи уговор о превозу или не.

37 Управо обавезност јавног превозиоца да „прихвати“ робу на робу на преоз, упућује на то да треба да има законско заложно право на ствари коју превози. Вид. John Lightwood, *Fisher and Lightwood's Law of Mortgage*, seventh edition, London, 1931, стр. 284.

38 У земљама које припадају овом систему права, разликују се јавни (енгл. *common carrier*) и приватни превозилац (енгл. *contract carrier*). Разлика у погледу појма одговара оној која постоји и у континенталном правном систему (тј. у српском праву), а који се базира на томе да јавни превозилац има дужност да превози робу трећих лица, док приватни превозилац ту дужност нема. Даље, јавни превозилац има обезбеђујуће заложно право на предмету превоза у погледу неплаћене превознине (било да је то законско заложно право или само право задржавања), док приватни превозилац то нема. О појму и разлици ове две врсте превозиоца, те о праву на залог у роби вид. В. Harris, *нав. дело*, стр. 20 и 64; Earl N. Cannon, „What

## V Закључно разматрање

### 1. О непотребности регулисања јавног превоза у Грађанском законнику

Имајући у виду уочену разлику између јавног и приватног превозиоца, те законског заложног права и права задржавања, као и то да је посао превоза (и сходно њему, залога на ствари) регулисан и у општим и у посебним правилима, намеће се следећи закључак. Чини се да би будући Грађански законик требало да регулише само приватни, а не и јавни превоз, с обзиром да је јавни превоз (у смислу обављања професионалне делатности и обавезности закључивања уговора о превозу), већ, регулисан посебним правилима за сваку грану превоза. Закључак је да не постоји потреба да се приватни превозилац штити путем законског заложног права попут јавног превозиоца, јер, пре свега, није у обавези да закључује уговор са сваким, а са друге стране, има могућност сопствене *ипредговорне* заштите чиме се не би дирало у домен аутономије воља као својеврсног извора права у приватним односима. Приватни превозилац је у могућности да пре закључења уговора „размисли“ и да „свесно“ донесе одлуку о закључењу уговора, а након што је предстојећи наручилац превоза показао намеру да жели да користи услугу превоза. Такву могућност нема јавни превозилац, јер је он ограничен у „размишљању“ брзином и учесталашћу уговора због чега и закључује уговор о превозу као уговор по приступу (тј. као формуларни уговор). Због тога, јавном превозиоцу је потребно пружити *ипредговорну* (законску) заштиту његових права, јер због напред наведене брзине и учесталости у закључењу уговора није био у могућности да правилно процени солвентност и добронамерност његовог сауговарача (наручиоца превоза).

### 2. У прилог законском заложном праву превозиоца

Са друге стране, превозиочево обезбеђујуће право у погледу наплате превознине не би требало да буде право задржавања на шта се своди постојећи правни режим (изузимајући привилегије на терету у пловидбеном превозу), него би то требало да буде истинско законско заложно право. Под истинским законским заложним правом се сматра бездржавинско заложно право које неће, дакле, бити условљено и ограничено државином ствари која је предмет превоза.<sup>39</sup> На тај начин се

Constitutes a Common Carrier?“, *Marquette Law Review*, Vol. XV, бр. 2/1931, стр. 67 и даље.

39 Иако је законско заложно право независно од државине, чини се, ипак, да је државина, макар, у једном тренутку неопходна за настанак превозиочевог права,

постиже већа извесност у заштити интереса јавног превозиоца (а којом се успоставља равнотежа у интересима уговарача која је у основи била нарушена брзином и начином закључивања уговора о превозу кроз уговор о приступу), а која је иницијално била угрожена ризиком губитка државине на ствари (било физичке, непосредне, било посредне, преко транспортних документа). Наравно, законско заложно право на предмету превоза не би требало да буде тајно, несазнатљиво од других лица (будућих стичалаца права на тој роби, купаца), а што је, иначе, недостатак законског заложног права на превозним средствима (привилегије на броду и ваздухоплову). У том смислу се предлаже да се превозиочево законско заложно право након стицања упише у регистар Агенције за привредне регистре, али да тај упис нема конститутиван карактер, него декларативан. Декларативан карактер уписа би значео да он не утиче на *квалитет* превозиочевог заложног права (јер је оно стечено онда када су у закону предвиђене чињенице у реалном животу настале), него да утиче само на јачање правне извесности у смислу тачне одређености лица (превозилаца) која имају законско заложно право.<sup>40</sup>

На крају, потребно је због доследности концепту превозиочевог законског заложног права изменити и посебне прописе којима се регулишу понаособ уговори у различитим врстама превоза. Измена би се састојала у томе да се (јавним) превозиоцима изричито да *законско* заложно право на предмету превоза (у случају неплаћања превознине) које би, при том, недвосмислено било неусловљено државином на ствари.

---

у смислу његовог контакта са робом коју превози (полазило се од идеје „како се може имати заложно право на ствари, ако се она никада није држала, тј. била у државини). Према је ово правило некада било опште применљиво, данас оно своју примену налази у почетном контакту превозиоца са предметом превоза и има утицај на настанак, али не и на опстанак његовог заложног права. L. A. Jones, *нав. дело*, стр. 13.

40 Супротно је дејство уписа у регистар пореског заложног права, тј. законског заложног права државе по основу неплаћеног пореза. Иако ово право припада групи законских заложних права, њему се, ипак, почетак правног дејства везује за чин уписа у регистар, а не и његовог (чини се теорисјког) настанка. Вид. 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. 87 ст. 6; Александар Митровић, *Најлакша пореза*, Програм подршке општинама ИПА 2007, Београд, 2012, стр. 151.



**Svetislav JANKOVIĆ, M.A.**

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

## **CARRIER'S STATUTORY LIEN AND NEW CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*In this article, the author makes difference between common and contract carrier. Common carrier is the subject in law which has obligation to conclude the contract (of carriage) with, practically, everybody, provided that he has material capacity, ability to do carriage in particularly moment of conclusion of contract. Having this difference in mind, the author proposed new legal regime regarding carrier's lien in New Civil Code of Serbia. It is suggested that common carrier has a lien, but contrary to him, that contract carrier shouldn't have. Justification for this proposition is based on (legal) fact that common carrier doesn't have a freedom to choose his (opposite contractor) and because of that, he has to be protected with statutory lien.*

*In the second part of article, the author analyzes the legal nature of carrier's lien. On the one hand, it is the right of retention, but on the other, it is a classical statutory lien. In accord with non-possessory nature of statutory lien, the author concludes that carrier's lien in current Serbian legal regime is, in fact, right of retention, especially because in Serbian legal system this right is supplied with right to sale (reserved thing). The author is of opinion that carrier's statutory lien should (stay) be non possessory, despite of uncertainty which carrier (or other merchant) has statutory lien regarding in particularly thing. This uncertainty would be removed with optional registration at commercial registry.*

**Key words:** carriage, lien, right of retention, Draft of Serbian Civil Code.

**Марко РАДОВИЋ**  
докторанд Правног факултета Универзитета у Београду

## **ПОТРАЖИВАЊА НА ОСНОВУ ИСПОРУЧЕНЕ ЕЛЕКТРИЧНЕ И ТОПЛОТНЕ ЕНЕРГИЈЕ**

### **Резиме**

*Обрачун и најлаша пошраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије узрокују бројне дилеме у судској пракси и правној теорији. Питања везана за задовољење са извршењем обавезе, обрачун зајезне камаше, засшарелосш, само су нека од сшорних, за која не постоји јасан и несумњив одговор. Вешина изнешних дилема повезане су са специфичним тумачењем правне природе наведених пошраживања.*

*Ошуда је циљ овој рада да укаже на постојање правних дилема поводом природе пошраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије и последица које специфичносш природе ових пошраживања намеће. Тежиће се и предлашању одговора на изложена сшорна правна питања или макар указаши на смернице ка мошћим начинима њиховој реулисања.*

*Можда је најприкладнији моменаш за указивање на постојеће дилеме поводом пошраживања по основу испоручене електричне енергије у време јавне расправе о Преднацршу Грађанској законика Републике Србије. Тако и изношење одређених предлоа за њихово превазилажење додашно добија на значају.*

**Кључне речи:** *пошраживања, електрична енергија, топлотна енергија, камаша.*

## I Увод

Производња, пренос и дистрибуција електричне енергије представљају делатност од општег интереса,<sup>1</sup> док производња и дистрибуција топлотне енергије спадају у ред комуналних делатности.<sup>2</sup> У већини случајева делатности од општег интереса обављају јавна предузећа која оснива Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе.<sup>3</sup> Уређивање комуналних делатности у надлежности је јединица локалне самоуправе, само изузетно Владе Републике Србије.<sup>4</sup> Јединице локалне самоуправе могу обављање комуналних делатности поверити јавним предузећима, привредним друштвима, предузетницима или другим привредним субјектима.<sup>5</sup> Без обзира на то, практична искуства потврђују да је вршење делатности од општег интереса и комуналних делатности под контролом извршне власти. Утицај извршне власти нарочито је видљив код персоналних решења у органима управљања јавним предузећима, вршења надзора, политике формирања цена, па и питања принудне наплате потраживања.<sup>6</sup>

С друге стране, корисници испоручене електричне и топлотне енергије су потрошачи и правна лица, којима су ови облици енергије насушна потреба. Без електричне и топлотне енергије живот савремене-

1 Прописано чл. 2 Закона о јавним предузећима (*Сл. гласник РС*, бр. 119/2012, 116/2013 – аутентично тумачење и 44/2014 – др. закон, даље у фуснотама: Закон о јавним предузећима), у вези са чл. 1, ст. 1 Закона о енергетици (*Сл. гласник РС*, бр. 145/2014).

2 Закон о комуналним делатностима (*Сл. гласник РС*, бр. 88/2011, даље у фуснотама: Закон о комуналним делатностима), чл. 2, ст. 3, тач. 3.

3 Сходно чл. 3, ст. 2 Закона о јавним предузећима, поред јавних предузећа, делатност од општег интереса може обављати и друштво капитала чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе и њихова зависна друштва, као и друштво капитала и предузетник, у складу са законом којим се уређује њихов правни положај, када им надлежни орган повери обављање те делатности.

4 Закон о комуналним делатностима, чл. 4 и 5.

5 Закон о комуналним делатностима, чл. 5, ст. 3.

6 Примера ради, током августа месеца 2014. године отпочета је активност принудног искључења електричне енергије због неизмирених дуговања за око 100.000 домаћинства, по искључивом налогу Владе Републике Србије спроведеном од стране привредног друштва „ЕПС Снабдевање“ ДОО Београд. Извор: [http://www.politika.rs/rubrike/Ekonomija/Od-sutra-prinudna-naplata-za-100\\_000-duznika-za-struju.lt.html](http://www.politika.rs/rubrike/Ekonomija/Od-sutra-prinudna-naplata-za-100_000-duznika-za-struju.lt.html).

Исто тако, ЈКП „Инфостан“ Београд отпочео је акцију принудне наплате потраживања насталих за услуге инфостана, у које спада и испорука топлотне енергије, на основу закључка Градског већа Града Београда. Извор: <http://www.beograd.rs/cms/view.php?id=1340633>.

ном човеку готово је незамислив. У највећем броју случајева корисници ступају у облигационе односе са испоручиоцима без нарочитог познавања правних норми и могућности да своја права адекватно заштите. Практично своје обавезе испуњавају по аутоматизму, често не пуштајући се у анализу садржине обавезе коју испуњавају. Због таквог понашања изложени су ризику да према њима норме облигационог права буду погрешно примењене а да то прође готово непримењено. Понекад постоји неизвесност, а понекад и несагласност о томе како би испоручиоци електричне и топлотне енергије требало да се понашају у датој ситуацији да би њихово понашање било правно ваљано и да права корисника не буду угрожена. Неизвесност у примени материјалног права од стране испоручилаца у облигацијама поводом испоруке електричне и топлотне енергије није прихватљива, јер понашање испоручилаца електричне и топлотне енергије које евентуално није у складу позитивним прописима често не бива оспоравано и потом осујећено правном санкцијом, па тако може доћи до нарушавања не само интереса корисника већ и самог објективног правног поретка. Зато ваља посебну пажњу посветити питањима везаним за примену права у облигацијама поводом испоруке електричне и топлотне енергије.

Бројне дилеме поводом обрачуна и наплате потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије узроковане су специфичним тумачењем правне природе ових потраживања. Када корисник испоручене електричне и топлотне енергије пада у доцњу са извршењем своје обавезе? У ком моменту се сматра да је корисник ових облика енергије уредно позван од испоручиоца да изврши своју обавезу плаћања дуга за извршену испоруку? Ко ће и на који начин извршити обрачун затезне камате? Који је период неопходан ради наступања застарелости тражења затезне камате обрачунате на главницу потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије? То су нека од основних питања са којима се правна теорија и судска пракса сусрећу у вези са облигацијама поводом испоруке електричне и топлотне енергије, а поводом којих не постоји јасан и несумњив одговор.

Отуда је циљ овог рада да укаже на постојање правних дилема поводом природе потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергију и последица које специфичност природе ових потраживања намеће. Тежиће се и предлагању одговора на изложена спорна правна питања или макар указати на смернице ка могућим начинима њиховог регулисања. Правна неукост једне стране у облигационом односу не сме бити искоришћена науштрб правилне примене права, већ у облигацијама увек морамо тежити принципу да „дајемо што смо на то обавезни, и добијамо стога што на то имамо право.“<sup>7</sup>

7 Ј. Радишић, *Облигационо право*, Номос д.о.о., Београд, 2004, стр. 5.

Можда најприкладнији моменат за указивање на дилеме у вези са потраживањима по основу испоручене електричне енергије јесте период трајања јавне расправе о Преднацрту Грађанског законика Републике Србије. Зато ће у раду бити говора и о могућим решењима која би допринела превазилажењу постојећих недоумица у судској пракси и правној теорији.

## II Правна природа потраживања на основу испоручене електричне и топлотне енергије

### 1. Становиште наше судске праксе

Питање правне природе потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије заокупља пажњу правне умности већ готово три деценије, а практично још од отпочињања примене позитивног облигационог закона.<sup>8</sup> Нарочито су приметне опречности међу појединим становиштима у правној теорији са једне стране и установљеној судској пракси са друге.

У судској пракси готово четврт века доминира став манифестован у закључку судија судова највише инстанце, да потраживања настала по основу испоручене електричне и топлотне енергије не спадају у повремена потраживања.<sup>9</sup> Образложење оваквог закључка засновано је на наводима да Закон о облигационим односима у делу у којем говори о признаници прописује: „Ако дужник повремених давања као што су закупнине и друга потраживања која се повремено обрачунавају, као што су она која настају утрошком електричне енергије или воде, или употребом телефона има признаницу...“.<sup>10</sup> Изложена законска одредба у судској пракси основ је становишта да законодавац прави разлику између повремених потраживања (каква је закупнина) и оних која се само повремено обрачунавају за која су као примери наведена потраживања која настају утрошком електричне енергије или воде, употребе телефона и сл.<sup>11</sup> Наводи се и да Закон о облигационим односима прописује да:

8 Закон о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, и 59/89 и Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, даље у фуснотама: Закон о облигационим односима).

9 Овакав став првобитно је заузет у Закључку бр. 14/89 донетом на Саветовању грађанских и грађанско – привредних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда СФРЈ од 25. и 26.5.1989. године. Објављен у: *Билтен судске праксе Врховног суда*, Београд, бр. 3/2008 (Тридесет година примене Закона о облигационим односима у судској пракси), стр. 83–84.

10 Закон о облигационим односима, чл. 321, ст. 4.

11 Истоветан приступ заступљен у каснијој судској пракси: Пресуда Вишег трговинског суда у Београду, Пж. бр. 9502/92 од 13.12.1992. године; Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. бр. 354172012 од 20.2.2013. године; Пресуда Привредног

„потраживања повремених давања која доспевају годишње или у краћим временским размацама (повремена потраживања) ... застаревају за три године од доспелости сваког појединог давања“, а „исто важи за ануитете ... али не важи за отплате у оброцима и друга делимична испуњења“.<sup>12</sup> Анализом оваквог законског одређења у судској пракси уочава се различито регулисање рока застарелости потраживања повремених давања и оних која се само делимично испуњавају – плаћају. Даље се указује да се употребом појма „повремена давања и потраживања која се повремено обрачунавају, односно делимична испуњења“, прави разлика између потраживања која представљају повремена давања (какав карактер има станарина) од оних која се само делимично испуњавају – плаћају, каква су потраживања за комуналне услуге.<sup>13</sup> Из тога је закључено да у свим случајевима када повремене исплате чине делимично испуњење обавезе нису у питању повремена новчана давања, већ само делимично плаћање дуга сагласно одредбама општих услова, односно уговора који чине основ плаћања. Уз указану аргументацију, заузимању описаног става судске праксе допринело је и тадашње образложење да „захуктала инфлација и висока каматна стопа значи погодност неуредних дужника на штету средстава даваоца услуга ако би се заузео супротан став од изнетог“.<sup>14</sup>

## 2. Теоријскоправни приступ

Како правна теорија увек тежи научној истини, дозвољена су и другачија мишљења од устаљених схватања судијских ауторитета. Насупрот судској пракси, ту нема опасности од укидања одлуке од више инстанце, већ је теоријско мишљење подложно правној критици.<sup>15</sup> Отуда је у теорији права заступљен и другачији приступ тумачењу правне природе потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије. Она се од стране појединих аутора третирају као повремена потраживања.<sup>16</sup> Иако чини реткост, овакав приступ видљив је и у

---

апелационог суда, Пж. бр. 2502/14 од 13.8.2014. године; потом одговор на питање бр. 13 привредних судова потврђен на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 12. и 14.11.2013. године, *Билтен судске праксе Привредног апелационог суда*, бр. 3/2013, Београд, стр. 73.

12 Закон о облигационим односима, чл. 372, ст. 1 и 2.

13 *Билтен судске праксе Врховног суда*, бр. 3/2008, Београд, стр. 83. Исто: *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 1/96, стр. 5.

14 *Билтен судске праксе Врховног суда*, бр. 3/2008, Београд, стр. 83.

15 М. Васиљевић, *Трговинско право*, 10. издање, 2008, стр. 37–38.

16 В. Круљ, *Коментар закона о облигационим односима* (редактори: Благојевић и Круљ), I свеска, Београд, 1980, стр. 845–846. И у: С. Перовић (уредник), *Коментар закона о облигационим односима*, Београд, 1995, стр. 723, наведено је да су у ставу

појединим судским одлукама, готово као изузетак од устаљеног становишта судске праксе.<sup>17</sup>

Постојана мимоилажења становишта судске праксе и појединих правних теоретичара довољан су разлог за подробну анализу позитивних облигационоправних норми. Увођењем од стране судске праксе тзв. „потраживања која се повремено обрачунавају“ као посебне категорије потраживања, нарушила би се законска подела потраживања на она која доспевају у једном укупном износу и потраживања која доспевају повремено. Другим речима, уводи се у правни систем категорија потраживања коју облигациони закон не регулише на посебан начин. Отуда се у духу позитивног законског одређења потраживања настала по основу електричне и топлотне енергије могу посматрати или као повремена потраживања или се сваки периодични обрачун износа дуга за испоручену електричну енергију може третирати као самостално потраживање.

Примећује се да Закон о облигационим односима не дефинише појам повремених потраживања (давања), већ само прописује њихове законске одлике.<sup>18</sup> Повремена потраживања одликује да доспевају годишње или у краћим размацама времена. Она могу бити споредна потраживања, као што је потраживање камата, а може се радити и о таквим повременим потраживањима у којима се исцрпљује само право, попут потраживања издржавања. Регулисан је рок застарелости повремених потраживања. Закон прописује и да ако дужник повремених давања, попут закупнине, и других потраживања која се повремено обрачунавају, као што су она која настају утрошком електричне енергије или воде, или употребом телефона, има признаницу да је исплатио доцније доспело потраживање претпоставља се да је исплатио и она која су раније доспела.<sup>19</sup>

Из напред изнетог законског одређења може се извести као општи принцип да су повремена потраживања она која доспевају годишње или у краћим одређеним временским размацама, било да се ради о споредним потраживањима или и оним у којима се исцрпљује само право.

Наспрам повремених потраживања разликују се ануитети, који би се могли посматрати као једнаки унапред утврђени повремени из-

---

4., члана 321. Закона о облигационим односима „наведена, примера ради, повремена давања по основу закупа (закупнина), утрошка електричне енергије, воде или употребе телефона.“ Из овакве формулације може се закључити да се и у овом случају потраживање по основу утрошене електричне енергије тумачи као повремено потраживање (давање).

17 Примера ради видети: Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. бр. 3965/98 од 23.9.1998. године.

18 Закон о облигационим односима, чл. 372, ст. 1.

19 Закон о облигационим односима, чл. 321, ст. 4.

носи којима се отплаћују главница и камате. Ради се дакле о мешовитој категорији: повремено потраживање и повремено испуњење.<sup>20</sup> Различити третман од повремених потраживања имају и отплате у обrocима, као и друга делимична испуњења.

У складу са напред изнетим општим карактеристикама повремених потраживања може се рећи да и потраживања настала по основу испоручене електричне и топлотне енергије спадају у ред повремених потраживања, јер она у највећем броју случајева доспевају месечно, дакле у тачно одређеним временским размацима.

Ни са гледишта одредбе која регулише признаницу у Закону о облигационим односима (чл. 321, ст. 4), не може се извући закључак о различитом третману повремених потраживања и тзв. „потраживања која се повремено обрачунавају“ у која су само примера ради (*exempli causa*) побројана потраживања која настају утрошком електричне енергије или воде, или употребом телефона.<sup>21</sup> Посматрано са становишта општег принципа да су повремена потраживања она која доспевају годишње и у краћим временским размацима, у том смислу тзв. „потраживања која се повремено обрачунавају“ могу чинити само подврсту повремених потраживања, никако потраживања која имају другачију правну природу. Вероватно је да је једини разлог законодавца за прављење дистинкције између ова два појма у томе што се тзв. „потраживања која се повремено обрачунавају“ обрачунавају само повремено, најчешће у месечним размацима, док је нпр. обрачун закупнине, која је у датој законској одредби исто само примера ради наведена као повремено потраживање, могућ повремено али и у једном укупном износу.<sup>22</sup>

Ни различитост у прописивању рокова застарелости повремених потраживања где се предиђа застарни рок од три године и прописани петогодишњи рок застаре самог права из којег проистичу повремена потраживања,<sup>23</sup> у односу на једногодишњи рок застарелости потраживања насталих за испоручену електричну и топлотну енергију и др.,<sup>24</sup> не значи да потраживања за испоручену електричну и топлотну енергију не спадају у повремена потраживања. Једногодишњи рок застарелости предвиђен је као *lex specialis* у односу на застарни рок других повремених потраживања, јер се односи на тачно одређена и врло спец-

20 В. Круљ, *нав. дело*, стр. 845.

21 В. Круљ, *нав. дело*, стр. 783. Он наводи да су у датој законској одредби наведена, примера ради, повремена давања по основу закупа (закупнина), утрошка електричне енергије, воде или употребе телефона. Може се узети и радио-телевизијска претплата и слично.

22 Закон о облигационим односима, чл. 375.

23 Закон о облигационим односима, чл. 373, ст. 1.

24 Закон о облигационим односима, чл. 378.



ифична повремена потраживања, у којима се најчешће ради о пружању комуналних и других сличних услуга од стране јавних предузећа приватним домаћинствима и другим корисницима.<sup>25</sup> Све те услуге теку континуирано, па је неопходно што пре ова потраживања реализовати, превасходно због правне сигурности у промету. А и у дужниковом је интересу да се не мора у дугим роковима обавезивати чувањем доказних исправа и рачуна.<sup>26</sup> Ово из разлога што би доказивање после дужег периода дужнику било отежано и у случају када обавезе уредно измирује. Додатну потврду исправности оваквог тумачења доприноси и чињеница да потраживања настала по основу електричне и топлотне енергије за правна лица застаревају у року прописаном за застару међусобних потраживања из уговора о промету роба и услуга, односно у року од три године од доспелости обавезе.<sup>27</sup> Према предузетницима се примењује општи, десетогодишњи рок застарелости.<sup>28</sup> Дакле, то што је рок застаре за потраживања по основу електричне и топлотне енергије различито одређен у односу на физичка лица, правна лица и предузетнике, не значи да због тога ова потраживања треба другачије третирати од повремених потраживања.

Оправданом сумњом може бити обавијена и тврдња да потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије не представљају повремена потраживања из разлога што њихова висина није унапред позната, већ се она уобичајено обрачунавају на месечном нивоу. За разлику од њих станарина, закупнина и друга давања су повремена потраживања јер је њихова висина унапред позната.<sup>29</sup> Озбиљно је питање да ли овакав правни аргумент има утемељење у позитивноправним нормама облигационог права. Није ваљано посматрати да се сваки месечни или други периодични обрачун утрошене електричне или топлотне енергије посматра као самостални уговорни однос. Испоручилац и корисник ових видова енергије стоје у једном уговорном односу трајнијег карактера.

Напослетку, вреди се критички осврнути и на аргументацију која је можда пре двадесетпет година била главни мотив заузимања јединственог

25 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 787.

26 *Ibid.*

27 Закон о облигационим односима, чл. 374. Извор из судске праксе: Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. бр. 4735/2012 од 13.2.2013. године; Пресуда Вишег трговинског суда Пж. 6583/2008 (1) од 25.12.2008. године.

28 Закон о облигационим односима, чл. 371. Извор из судске праксе: Пресуда Вишег суда у Ваљевоу, Гж. бр. 21/2011 од 19.01.2011. године; Пресуда Вишег трговинског суда Пж. бр. 11814/2005 од 1.2.2006. године; Решење Врховног суда Србије, Прев. бр. 168/2003 од 15.1.2004. године.

29 *Радни материјал са Двадесетипрвог савештовања судија привредних судова Републике Србије*, Златибор, 2013. године, стр. 62–63.

става судске праксе да се потраживања по основу електричне и топлотне енергије третирају изван природе повремених потраживања, а манифестована је у речима да „захуктала инфлација и висока каматна стопа значе погодност неуредним дужницима на штету пружаоца ових услуга“.<sup>30</sup> У данашње време не само тежње ка остваривању принципа еквивалентности, тог темеља облигационог права, већ можда и давању преваге у заштити широке масе корисника услуга кроз развој права о заштити потрошача, овакав аргумент судске праксе никако не може опстати. Штавише, посматрано кроз лупу правне умности, овакво образложење би се једино могло сматрати реликтом историје које води привилеговању испоручилаца у односу на кориснике, све до нивоа фаворизовања њиховог монополског положаја науштрб правне једнакости.

### III Доцња дужника са испуњењем обавезе по основу испоручене електричне и топлотне енергије

#### 1. Општи осврт на доцњу дужника

Дужник у облигационом односу своју обавезу ваља испунити у року одређеном за испуњење. Уколико то не учини или испуњење своје обавезе макар благовремено не понуди он запада у дужничку доцњу.<sup>31</sup> О доцњи се не може говорити ако је обавеза испуњена макар и мањкаво. Уколико рок за испуњење обавезе дужника није одређен, наступање доцње претпоставља два услова: да је потраживање од њега доспело и да га је поверилац опоменуо, тј. позвао да своју обавезу испуни.<sup>32</sup> Позив за испуњење обавезе може бити учињен усмено или писано, судским или вансудским путем.<sup>33</sup>

Да би корисник испоручене електричне или топлотне енергије запао у доцњу са извршењем своје обавезе плаћања дуга за извршену испоруку, неопходно је да му испоручилац уредно достави рачун о утрошеној електричној енергији и позив да у одређеном року своју обавезу изврши.

Често се у пракси поводом достављања рачуна за електричну и топлотну енергију дешава да корисницима не буде уредно извршена достава на договорену адресу. Разлог тога може бити пропуст испоручиоца, односно достављача. Могућно је и да корисник избегава да прими рачун. У сваком случају, последице неуредног достављања углавном сно-

30 *Билићен судске праксе Врховног суда*, бр. 3/2008, Београд, стр. 83.

31 Закон о облигационим односима, чл. 324, ст. 1.

32 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 726.

33 Закон о облигационим односима, чл. 324, ст. 2.

си испоручилац електричне и топлотне енергије.<sup>34</sup> Ово из разлога што због обимности корисника у већини случајева достављање рачуна није ни могуће извршити у складу са правилима општег управног поступка на чије поштовање су испоручиоци ових облика енергије обавезни,<sup>35</sup> а која једино нуде сигурност испоручиоцу да је кориснику достављање извршено уредно.<sup>36</sup>

Уколико корисник електричне или топлотне енергије не спори да је примио рачун којим је обрачуната потрошња за одређени период коришћења, пада у доцњу са извршењем обавезе по истеку рока за испуњење обавезе назначеном у рачуну.<sup>37</sup> Међутим, када дужник оспорава да му је испоручилац електричне или топлотне енергије уредно доставио рачун за испуњење, пашће у доцњу са извршењем своје обавезе плаћања дуга тек када га поверилац позове да испуни обавезу. На испоручиоцу електричне или топлотне енергије је терет доказивања да је кориснику уредно достављен рачун, односно да је уредно позван да своју обавезу изврши. Али, како се достављање у пракси не врши применом правила о општем управном поступку то је тешко доказати да је корисник уредно позван да своју обавезу изврши пре момента иницирања судског поступка, односно поступка принудног намирења од стране надлежног извршитеља.

## 2. Осврт на питање доцње са извршењем обавезе плаћања утрошене топлотне и заједнички утрошене електричне енергије на територији града Београда

За територију града Београда на снази је посебна Одлука о начину плаћања комуналних услуга.<sup>38</sup> Овом одлуком прописује се начин на-

34 Закон о општем управном поступку (*Сл. лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Сл. лист РС*, бр. 30/2010), у чл. 85, прописује поступање и у случају одбијања пријема.

35 Закон о општем управном поступку, чл. 2.

36 Достављање у општем управном поступку регулисано је одредбама чл. 71–88 Закона о општем управном поступку.

37 Пресуда Привредног апелационог суда Пж. бр. 2502/14 од 13.8.2014. године. Цитат: „Основано се у жалби тужиоца истиче да ни у приговору против решења о извршењу, ни у каснијем току парничног поступка, тужени није оспорио чињеницу да је примио утужене рачуне (за испоручену топлотну енергију) и да су обавезе по рачунима доспеле у свему како је назначено у фактурама, па да је првостепени суд у тој ситуацији погрешно применио правила о терету доказивања из чл. 228 и 231 Закона о парничном поступку, налазећи да тужилац није доказао да је спорне рачуне доставио пре иницирања поступка, те погрешно одлучио о захтеву тужиоца за исплату затезне камате на досуђени износ главног дуга применом одредбе става 2, уместо става 1 чл. 324 Закона о облигационим односима, у вези члана 277 ст. 1 истог закона.“

38 Одлука о начину плаћања комуналних услуга на територији града Београда (*Сл. лист града Београда*, бр. 24/2003, 11/2005, 2/2011 и 34/2014).

плате побројаних комуналних производа и услуга, између осталог и за топлотну енергију за загревање просторија и за припрему потрошне топле воде, као и заједнички утрошену електричну енергију.<sup>39</sup> Њоме се не регулише начин наплате утрошене електричне енергије за домаћинства и привредне субјекте, већ у односу на њих примењују опште норме облигационог права.

Одлуком се дефинише да се јединствене уплатнице за текући месец од стране предузећа за обједињену наплату комуналних услуга достављају корисницима месечно и то најкасније до краја месеца. Корисници комуналних услуга који не добију уплатницу до петнаестог у текућем месецу за претходни месец, дужни су да на шалтерима пословних јединица предузећа за обједињену наплату прибаве – обезбеде одговарајућу уплатницу.<sup>40</sup>

Напред поменуто задужење корисника комуналних услуга, који не добију уплатницу до петнаестог у месецу да исту прибаве на шалтеру надлежног предузећа за обједињену наплату, изнедрило је став у делу судске праксе да је овде реч о тзв. „законској доспелости, а у вези са тиме и о законској доцњи“.<sup>41</sup> Закључује се надаље да корисник услуге, у евентуалном поступку принудне наплате дуга за извршену услугу, не може истицати да му рачуни нису уручени пре иницирања поступка, те у вези са тим оспоравати доспелост истих. Из тог разлога, рачуни у којима је извршен обрачун накнаде за извршену услугу доспевају са датумом који је назначен на истима.<sup>42</sup>

Посматрано са становишта општих норми облигационог права, напред изнет став судске праксе може макар у теорији изнедрити бројне полемике. Главну дилему свакако представља приступ којим се сматра да се дужност преузимања рачуна на шалтеру надлежног предузећа, дефинисана подзаконским актом, изједначава са уредним позивањем дужника да своју обавезу изврши о доспелости.

Напред изнетим тумачењем долази до дерогирања законске норме подзаконским правним актом, јер обавеза уредног позивања корисника од стране испоручиоца комуналних услуга да о доспелости изврши плаћање дуга, у случају када корисник није примио рачун, законом је прописана.<sup>43</sup> Тако се она не може нарушавати актом мање правне снаге.

39 Одлука о начину плаћања комуналних услуга на територији града Београда, чл. 1.

40 Одлука о начину плаћања комуналних услуга на територији града Београда, чл. 15.

41 Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 12525/2010 од 27.1.2011. године. Слично: Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 3541/2012 од 20.2.2013. године.

42 Сентенца преузета из базе судске праксе: <http://www.paragraf.rs/>, поводом питања: *Законска доспелост рачуна за комуналне услуге.*

43 Закон о облигационим односима, чл. 324, ст. 2.

Кршење дужности корисника услуга да прибави рачун на шалтеру надлежног предузећа никако не може сматрати уредним позивом од стране испоручиоца за испуњење обавезе. За тај пропуст корисника може бити прописана каква друга санкција, али се не може кршењем дужности прописане датим подзаконским актом дерогирати законска обавеза достављања уредног позива кориснику од стране испоручиоца да своје дуговање измири.

Отуда је, макар са теоријскоправне тачке гледишта, можда ваљаније тумачити да је испоручилац услуга, и поред пропуста корисника да преузме рачун на шалтеру надлежног предузећа, у обавези да позове корисника да своју обавезу испуни о доспелости. Тек би се по уредном позивању за извршење обавезе могло сматрати да је корисник дошао у доцњу са испуњењем своје обавезе.

## IV Обрачун затезне камате на потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије

### 1. О затезној камати уопште

Камата је надокнада на коју поверилац има право због тога што је лишен извесне своте новца коју му неко дугује, под условом да се та надокнада одређује према висини дуга и према времену његовог трајања.<sup>44</sup> Обзиром да, правно гледајући, камата представља цивилни плод (*fructus civilis*) и да се везује претежно за новчану обавезу, онај ко камату дугује не мора новац користити, већ је довољно да је био у могућности да га користи и да је неизвршењем своје обавезе ускратио право повериоцу на његово коришћење. Ипак, напред изнето не искључује и постојање камата код неновчаних обавеза.<sup>45</sup>

Обзиром на широко поље примене и различите циљеве које остварује, постоје различите врсте камата. Но, најзначајнија подела јесте по начину њеног постанка, где се камата дели на уговорну и законску. Код новчаних обавеза важи опште правило да дужник у доцњи дугује поред главнице, одређену затезну камату или мораторни интерес, без обзира да ли је поверилац због тога претрпео штету.<sup>46</sup> Задоцњење у исплати новчаног дуга *ipso facto* ствара обавезу дужника да исплати законом предвиђену камату и кад она није посебно уговорена.

44 Према: Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 65, дефиниција Von Thur-Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich, 1974, стр. 68.

45 М. Радовић, *Правни шрејман камаџе у сџечајном постојуку*, преддокторски рад, Архива Правног факултета Универзитета у Београду, стр. 4.

46 Закон о облигационим односима чл. 278.

Потраживање затезне камате не настаје у одређеном тренутку, већ постепено, све док постоји потраживање главнице. Затезна камата се може потраживати одмах по њеном настанку, те се и њена исплата може одмах захтевати. Она не може настати уколико не постоји главно потраживање, што говори да је затезна камата у односу на главницу споредна, зависна, акцесорна обавеза. С друге стране затезна камата је једно право поверилаца кога се они могу одрећи, али искључиво и изричито, јер изостављање затезне камате не значи и истовремено одрицање од исте. Висина стопе затезне камате регулише се посебним законом.<sup>47</sup>

Од затезне камате, коју плаћа дужник новчане облигације који је у доцњи, ваља разликовати уговорну, за чије је установљење неопходна сагласност воља, а њена висина не може бити већа од законом прописане. У случају када ове две врсте камата коинцидирају, а уговорна камата је виша од затезне, дужник и за време доцње плаћа уговорну камату, а уколико је иста нижа од затезне, дужник је у обавези да у доцњи плаћа затезну камату.

У случају доспелости затезне камате, уколико је неисплаћена, по правилу се не може претворити у капитал који опет доноси камату, односно не може се од дужника захтевати да плати камату на камату (анатоцизам).<sup>48</sup> Ипак, забрана камате на камату у нашем праву трпи извесна ограничења. Код кредитног пословања банака и других банкарских организација одредбе о забрани анатоцизма нису у примени. Такође, на износе неисплаћене камате може се захтевати затезна камата, али само од дана кад је суду поднесен захтев за њену исплату (процесна камата).<sup>49</sup> Тиме се не може позивати на забрану анатоцизма дужник који је не само неуредан, већ је дозволио да се против њега поведе судски поступак. У стабилним привредним системима постојано је и ограничење да кад свота доспеле а неисплаћене затезне камате достигне главницу, камата престаје тећи.<sup>50</sup> Због економске нестабилности у нас и високе стопе инфлације брисан је овај, раније постојећи, законски пропис.

На повремена доспела новчана давања прописано је да затезна камата тече од дана кад је суду поднесен захтев за њихову исплату.<sup>51</sup>

47 У нашем праву то питање је регулисано Законом о висини стопе затезне камате (*Сл. лист СРЈ*, бр. 9/01 и *Сл. гласник РС*, бр. 31/11) за период обрачуна затезне камате до 25.12.2012. године, а надаље се обрачун врши у складу са Законом о затезној камати (*Сл. гласник РС*, бр. 119/2012).

48 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 801.

49 Д. Вељковић, *Облигационо право кроз коментар Закона о облигационим односима*, Пословни биро д.о.о., Београд, 2005, стр. 310.

50 М. Радовић, *нав. дело*, стр. 5.

51 Закон о облигационим односима чл. 279, ст. 3.

## 2. Обрачун затезне камате на потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије у нашој пракси

Предузећа за испоруку електричне и топлотне енергије у нас, било она организована као јавна или у другој правној форми, готово увек врше обрачун затезне камате по истеку рока за испуњење обавезе назначеног у самом рачуну. Обрачун врше самостално, без икаквог приказа путем којих прописа и којом методом је вршен обрачун затезне камате. Потом се најчешће обрачунати износ затезне камате придодaje главници за дуговање у наредном периоду обрачуна, па се и на тај свеукупни износ поново обрачунава затезна камата.<sup>52</sup>

Свему томе треба придодати и чињеницу да у евентуалном поступку отпочињања принудне наплате потраживања за неисплаћену електричну или топлотну енергију, као веродостојна исправа доставља се „извод из пословних књига за извршене комуналне и сличне услуге.“<sup>53</sup> При том, поред износа потраживања наведеног у изводу из пословних књига који већ у себи садржи износе једнострано обрачунате затезне камате од стране испоручиоца, при иницирању поступка извршења на основу веродостојне исправе, испоручиоци електричне и топлотне енергије и на тај износ потраживања поново опредељују захтев за исплату затезне камате почев од дана утужење до исплате, и то за сваки обрачунски период засебно.<sup>54</sup>

Напред изнетим поступањем вишеструко се крше опште норме облигационог права о затезној камати,<sup>55</sup> као и прописи којим се штите

52 Примера ради, за неплаћени рачун од 1.000,00 динара за утрошену електричну или топлотну енергију за месец јануар, обрачунава се затезна камата због неплаћања јануарског рачуна, нпр. у износу од 100,00 динара, приликом испостављања рачуна за фебруар месец. Уколико би се десило и да се фебруарски рачун чија главница нпр. износи 1.000,00 динара за месец фебруар + 1.000,00 дуг главнице за месец јануар + 100,00 обрачуната затезна камата за месец јануар, затезна камата за у наредном месечном рачуну обрачунавала би се на износ од 2.100,00 динара. Тако се на већ обрачунату камату од поменутих 100,00 динара поново обрачунавала затезна камата у наредном обрачунском периоду.

53 Закон о извршењу и обезбеђењу (*Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон, 109/2013 – одлука УС, 55/2014 и 139/2014), чл. 18, ст. 2, тач. 4.

54 Видети примера ради: Закључак о извршењу Извршитеља Исидоре Ранковић 8.И.ИВК.1652/2014 од 11.2.2014. године, по којем је дозвољено извршење за сваки појединачни рачун који већ у себи садржи обрачунату затезну камату, па је и на те износе за сваки обрачунски период дозвољено извршење за затезну камату почев од дана подношења предлога за извршење до исплате.

55 Видети: Закон о облигационим односима, чл. 279, ст. 3 и чл. 277, ст. 1; Одредбе Закона о висини стопе затезне камате (2001), за период обрачуна до 25.12.2012. године (када је овај законски пропис престао да важи), као и одредбе важећег Закона о затезној камати (2012).

потрошачи од пружаоца услуга од општег економског интереса.<sup>56</sup> Може се оправдано поставити питање да ли се оваквим поступањем крше и норме о забрани злоупотребе доминантног положаја на тржишту.<sup>57</sup>

Обрачуном затезне камате на већ обрачунату камату крше одредбе Закона о облигационим односима посвећене забрани камате на камату.<sup>58</sup> Самовољним и противправним обрачуном затезне камате од стране испоручиоца електричне и топлотне енергије оставља се ван очију корисника метод обрачуна камате<sup>59</sup> и рачунска ваљаност обрачуна.

У прилог напред изнетог аргументацији треба поменути и да с друге стране предметног облигационог односа стоје корисници, у већини потрошачи, који немају довољног правног знања за уочавање ових неправилности у обрачуна затезне камате, па махом остају оштећени а да тога нису ни били свесни. Чак и у ситуацијама када су осведочени примери ваљаних приговора на исправност рачуна, од стране испоручиоца услуга у већини случајева нису уследили никакви одговори на уложене приговоре.<sup>60</sup>

При том, кориснике ових видова енергије, који имају статус потрошача,<sup>61</sup> штити и закон о заштити потрошачких права који прописује да када потрошач касни са плаћањем, обрачунате накнаде за закаснела плаћања морају бити у складу са трошковима и трговац не сме обрачунавати камату на заостали дуг супротно принудним прописима, а нарочито закону који уређује камату.<sup>62</sup> Међутим, фактичко поступање испоручиоца електричне и топлотне енергије одступа од матаријалноправних прописа о камати, те готово сваког потрошача чини угроженим, у смислу закона о заштити права потрошача.<sup>63</sup>

56 Закон о заштити потрошача (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2014, даље у фуснотама: Закон о заштити потрошача), чл. 5, ст. 1, тач. 24.

57 Закон о заштити конкуренције (*Сл. гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013).

58 Закон о облигационим односима, чл. 279, ст. 1.

59 Потпуно је нејасно да ли се затезна камата обрачунава применом конформне методе обрачуна или методом простог интересног рачуна (пропорционалним методом). Одлуком Уставног суда Иуз бр. 82/2009 од 12.7.2012. године (*Сл. гласник РС*, бр. 73/2012), проглашен је неуставним обрачун затезне камате применом конформне методе, прописан у чл. 3, ст. 1 Закона о висини стопе затезне камате.

60 Поред осведочавања оваквог поступања од стране бројних испитаника и сам аутор је у више наврата улагао приговор на исправност рачуна издатих за утрошену електричну и топлотну енергију у погледу затезне камате, за период почев од 2012. године па надаље, али ни поводом једног приговора није уследио одговор.

61 Закон о заштити потрошача, чл. 5, ст. 1, тач. 1.

62 Закон о заштити потрошача, чл. 91, ст. 4.

63 Закон о заштити потрошача, чл. 84, ст. 1.



### 3. Компаративни приказ обрачуна затезне камате на потраживања за испоручену електричну и топлотну енергију

Готово све земље у окружењу имају сличну судску праксу по питању обрачуна затезне камате на потраживања за испоручену електричну и топлотну енергију. Главни разлог тога јесте што су у суштини преузеле облигациони закон који је важио у време бивше СФРЈ. И судска пракса из које произлази третман потраживања за испоручену електричну и топлотну енергију изван повремених потраживања датира из тог времена. Црногорски облигациони закон на идентичан начин регулише питања повремених потраживања.<sup>64</sup> И у пракси се затезна камата обрачунава почев од доспелости сваког рачуна појединачно.<sup>65</sup>

У Републици Српској, основица за обрачун затезне камате у пракси је дуг по основу испоручене електричне енергије, назначен на испостављеном рачуну. Затезна камата на кашење у плаћању рачуна обрачунава се почев од првог наредног дана након дана назначеног на рачуну као крајњи рок за плаћање па све до дана исплате, али се не може обрачунати за период у коме тече рок за плаћање рачуна, ни од дана читавања, нити израде рачуна.<sup>66</sup> Надаље се истиче да политика обрачуна камате крајњим купцима мора бити правична и недискриминирајућа, заснована на фер принципима тржишног пословања, а обрачун камате мора бити у складу са облигационим законом,<sup>67</sup> законом који уређује заштиту потрошача<sup>68</sup> и законом који уређује висину каматне стопе. Међутим, како су одредбе облигационог закона Републике Српске идентичне нормама нашег облигационог права у погледу повремених потраживања, остаје отворено питање да ли се третирање потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије изван природе повремених

64 Закон о облигационим односима Црне Горе (Сл. лист Црне Горе, бр. 47/08 и 04/11), чл. 286, чл. 329, ст. 4, и чл. 381.

65 Према Водичу кроз изглед рачуна издатом од стране Електропривреде Црне Горе предвиђено је да се затезна камата обрачунава на претходни дуг за рачун старији од тридесет дана. Централна банка Црне Горе полугодишње одређује камату и објављује у Службеном листу Црне Горе. Извор: [http://www.epcg.com/sites/epcg.com/files/multimedia/gallery/files/2013/08/pojasnjenje\\_racuna.pdf](http://www.epcg.com/sites/epcg.com/files/multimedia/gallery/files/2013/08/pojasnjenje_racuna.pdf).

66 У Републици Српској је Регулаторна комисија за електричну енергију Републике Српске донела посебан Закључак у вези са обрачуном камата на потраживања по основу испоручене електричне енергије од 11.5.2006. године, а у складу са Законом о електричној енергији (Сл. гласник РС, бр. 66/02, 29/03, 86/03, 111/04), чл. 24, алинеја 5.

67 Закон о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ), бр. 29/78, 39/85, 45/86 и 57/89 и Сл. гласник Републике Српске, бр. 17/93, 2/96, 39/03 и 74/04).

68 Закон о заштити потрошача у Босни и Херцеговини (Сл. гласник БиХ, бр. 25/06).

потраживања може сматрати усаглашеним са нормама облигационог закона. Или такво поступање чини више тежњу да се утабаним стазама већ раније установљене судској праксе заштите испоручиоци ових видова енергије, који послују углавном под контролом државе.<sup>69</sup>

Република Хрватска на идентичан начин регулише обрачун затезне камате на потраживања по основу електричне и топлотне енергије.<sup>70</sup> Но, специфичност хрватског облигационог закона огледа се у томе што су одредбе којим се прописује да се на повремена потраживања камата обрачунава почев од подношења захтева суду брисане.<sup>71</sup> Отуда у Републици Хрватској питање правне природе потраживања насталих за испоручену електричну и топлотну енергију губи на значају. Идентична је ситуација и са важећим Облигационим закоником Републике Словеније.<sup>72</sup>

#### 4. Обрачун затезне камате на потраживања за испоручену електричну и топлотну енергију у нашем позитивном праву

Устаљено чињење испоручилаца електричне и топлотне енергије у Републици Србији указује да самовољно обрачунавање затезне камате од стране испоручилаца озбиљно одступа од позитивноправних норми нашег облигационог права. Уколико се по својој правној природи потраживање настало по основу испоручене електричне и топлотне енергије посматра као повремено потраживање, затезна камата тече тек од дана када је суду поднесен захтев за њихову исплату.<sup>73</sup> У том смислу испоручиоци не би имали никакво право да самовољно обрачунавају

69 Пресуда Врховног суда ФБиХ 15/01 од 20.3.2001. године „На потраживања накнаде за испоручену електричну енергију која се обрачунава месечно, затезна камате тече од доспијећа рачуна за плаћање... Ово стога што се не ради о повременим унапријед утврђеним новчаним давањима, већ о сукцесивним периодичним обрачунима цијене за електричну енергију која се континуирано испоручује.

70 Примера ради: Пресуда Опћинског суда у Вараждину од 13.1.2015. године; Пресуда Високог трговачког суда Републике Хрватске Пж. 4594/05-3 од 9.8.2005. године.

71 Видети: *Zakon o obveznim odnosima* – преčišćени текст (*Narodne novine Hrvatske*, бр. 35/2005, 41/2008 и 125/2011), чл. 31.

72 *Obligacijski zakonik* – урадно преčišćено беседило (*Uradni list RS*, št. 97/2007), чл. 375. Службени пречишћени текст Облигационог законика сачињен је сагласно одредби чл. 153 Пословника државног збора (парламента) од стране Државног збора Републике Словеније 27. септембра 2007. године, а обухватио је: Облигациони законик (2001), Одлуку Уставног суда Републике Словеније (2006), Аутентично тумачење чл. 195 Облигационог законика (2004) и Закона о изменама и допунама Облигационог законика (2007)

73 *Zakon o obligacionim odnosima*, чл. 279, ст. 3.

затезну камату за период пре него што иницирају поступак принудне наплате код суда, односно извршитеља, јер уколико би се потраживање на основу испоручене електричне и топлотне енергије сматрало повременим потраживањем, њихов дужник би задоцнио са испуњењем обавезе тек даном иницирања поступка принудне наплате пред судом или извршитељем.

Овакав приступ би се у времену тежње за достизањем правне једнакости у облигационим односима, чак и нарочите заштите слабије стране попут потрошача, сматрао можда најправичнијим. Не постоји ниједан ваљан и оправдан разлог због којег би се привилеговали испоручиоци електричне и топлотне енергије на штрб корисника. Посматрањем потраживања за испоручену електричну и топлотну енергију као повремених и давањем права на затезну камату тек од момента утужења, поспешује се правна сигурност, јер се испоручиоцима пружа могућност да савременим средствима принудног извршења ажурније утужују ненаплаћена потраживања. То би можда било корисније и са аспекта општег друштвеног интереса, јер би се спречило да неажурним поступањем испоручилаца електричне и топлотне енергије бројна потраживања застаре због једногодишњег рока застарелости применљивог у већини случајева. Такође, обрачунавањем затезне камате почев од дана утужења спречила би се свака сумња у правилност обрачуна затезне камате.

С друге стране, чак и ако би се посматрало потраживање по основу електричне и топлотне енергије из једног обрачунског периода као самостално потраживање, евентуалним оспоравањем пријема позива за испуњење обавезе пре момента утужења, у највећем броју случајева би испоручиоци имали право на затезну камату тек од момента подношења предлога за принудно извршење надлежном извршитељу.<sup>74</sup>

## **V Застарелост затезне камате на потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије**

Услед невршења права повериоца, односно нетражења наплате потраживања у оквиру законом одређеног времена након његове доспелости, права повериоца подложна су застарелости. Застарелост дакле зависи од протека времена прописаног за застарелост, невршења права повериоца у том року, а значајно је и када дужникова обавеза доспева, јер од тог рока почиње тећи рок застарелости.<sup>75</sup> Поред главног подложна су застарелости и споредна потраживања, попут затезне камате.

74 Закон о облигационим односима, чл. 324, ст. 2.

75 Из образложења Пресуде Привредног апелационог суда Пж. 12281/10 од 3.11.2011. године: „Доспелост обавезе и доцња у испуњењу нису идентични појмови и не

Са становишта правне теорије и наше судске праксе искристалисала су се три различита случаја у којима се, иначе, питање застарелости затезне камате може поставити.<sup>76</sup> Ово из разлога што се у нашем облигационом закону одредбе о застарелости затезне камате најпре регулишу код споредних потраживања,<sup>77</sup> а потом и у одредбама о застарелости повремених потраживања.<sup>78</sup> Та три случаја односе се на застарелост затезне камате у случају кад застари главно потраживање, застарелост затезне камате у случају кад главно потраживање престане испуњењем у доцњи и трећи случај се односи на застарелост затезне камате у случају кад главно потраживање није застарело нити је престало испуњењем.<sup>79</sup>

У случају када застари главно потраживање, увек и без изузетка, застарева и потраживање затезне камате, с обзиром на свој акцесорни карактер. Поводом питања застарелости камате у случају кад главно потраживање престане испуњењем у доцњи постојана је у правној теорији и пракси дилема о застарелости затезне камате. Иако је у судској пракси доминантан став да се у овом случају ваља применити рок застарелости затезне камате предвиђен за повремена потраживања, након изношења детаљне аргументације одређених угладних правних теоретичара ваљало би и у овој чињеничној ситуацији приклонити се ставу да и овде затезна камата застарева као споредно потраживање, односно према роковима предвиђеним за застаревање главног.<sup>80</sup> И када главно потраживање није застарело, затезна камата, као споредно тражење, не

подударају се у потпуности. Тачно је да дужник долази у доцњу тек када га поверилац позове на испуњење обавезе за коју рок претходно није уговорен или прописан. Наступање доцње треба разликовати од почетка тока рока застарелости, јер рок застарелости почиње да тече независно од доцње дужника и то све од оног момента од ког се поверилац дужнику може обратити захтевом за плаћање, а тај рок приписан је чл. 314 а не чл. 324 Закона о облигационим односима.“

76 Ђ. Николић, „Затарелост затезне камате“, *Правни живоић*, бр. 10/2012, стр. 516.

77 Закон о облигационим односима, чл. 369. „Кад застари главно потраживање, застарела су и споредна потраживања“.

78 Закон о облигационим односима, чл. 372, ст. 1.

79 Ђ. Николић, *ibid.*

80 Детаљну правну аргументацију у прилог оваквог становишта износи Ђ. Николић у чланку: „Затарелост затезне камате“ (стр. 520-527), који указује на неприхватљивост третирања затезне камате као повременог потраживања у овој ситуацији јер: 1) „ни једном законском одредбом се не предвиђа да потраживање затезне камате доспева годишње или у краћим временским размацима, што је иначе законска одлика повремених потраживања“; 2) став да се до исплате главног потраживања затезна камата третира као споредно потраживање, а након тога као главно „је нелогичан и неприципијелан, јер се промена правне природе затезна камате не може објаснити тиме што је дужник исплатио главну обавезу у доцњи“; 3) „Трећа примедба односи се на ничим оправдану и неприципијелну разлику између застарелости новчаних и неновчаних потраживања, која прилази из примене става да затезна камата има карактер повременог потраживања.

застарева у року прописаном за застару повремених потраживања већ дели судбину главног.<sup>81</sup>

У духу напред изнетог, може се слободно рећи да затезна камата на потраживања настала поводом испоручене електричне и топлотне енергије застарева у року од годину дана од доспелости, када су ова потраживања опредељена према физичким лицима.<sup>82</sup> Затезна камата за потраживања настала по основу електричне и топлотне енергије између правних лица застарева у року прописаном за застару међусобних потраживања из уговора о промету роба и услуга, односно у року од три године од доспелости обавезе.<sup>83</sup> За застарелост затезне камате када су у питању предузетници примењује се општи, десетогодишњи рок застарелости.

## VI Предлози будућих решења

Можда је најприкладније указати на дилеме поводом потраживања по основу електричне и топлотне енергије управо у време јавног расправљања о донетом Преднацрту Грађанског законика Републике Србије.<sup>84</sup> У предлозима изнетим у Преднацрту, који су свакако усмерени ка усавршавању и допуни важећег законодавног акта, нема готово никаквих измена у погледу регулативе посвећене повременим потраживањима.<sup>85</sup> Уколико такво стање остане непромењено и у будућем Грађанском законнику опстале би све дилеме везане за потраживања поводом испоруке електричне и топлотне енергије.

Отуда је корисно изнети неколико предлога, о којима би се могло расправљати и који би можда утабали пут ка отклањању постојећих дилема. У том смислу, првенствено би ваљало указати на потребу дефинисања појма повремених потраживања.

Уколико се стане на становиште да потраживања по основу електричне и топлотне енергије не би требало третирати као повремених потраживања, потребно је јасно указати да се ова потраживања и њима слична, не убрајају у ред повремених.

Треба поменути и могућност да се брише законска норма којом је прописано да се на повремених потраживања камата обрачунава почев од

81 Ђ. Николић, *ibid.*

82 Закон о облигационим односима, чл. 378.

83 Закон о облигационим односима, чл. 374.

84 Одлуком Владе Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 104/06), образована је Комисија за израду Грађанског законика. Наведена Комисија је у току 2009 године обнародовала другу књигу Преднацрта Грађанског законика, која се односи на облигационе односе.

85 Видети: Преднацрт Грађанског законика, чл. 314, ст. 3; чл. 362, ст. 4 и чл. 419.

подношења захтева суду, односно надлежном извршитељу.<sup>86</sup> Међутим, дискутабилно је да ли би овакав приступ допринео правне сигурности. У том случају би се питање доспелости потраживања за испоручену електричну и топлотну енергију по месечним обрачунима нарочито актуелизовало. Изнетом ваља придодати и констатацију да се у савременим условима посебна пажња усмерава ка заштити права потрошача и питањима сузбијања нелојалне конкуренције, а не ка фаворизовању доминантније стране у облигационом односу.

## VII Закључак

Наспрам становишта судске праксе која потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије сврстава у категорију тзв. потраживања која се повремено обрачунавају, изнета је аргументација која иде у прилог третирању ових потраживања као повремених. У том контексту затезну камату на ненаплаћена потраживања по поменутом основу испоручиоци могу остварити од момента подношења предлога за извршење.

Обрачуном затезне камате почев од доспелости сваког рачуна за испоручену електричну и топлотну енергију нарушава се наш облигациони закон. Овакаво чињење ствара и практичне проблеме поводом питања падања дужника у доцњу са извршењем обавезе. Нарочито због тога што је тешко доказиво да је испоручилац уредно доставио кориснику рачун за испоручену електричну и топлотну енергију, па се у већини случајева моменат позивања корисника да изврши своју обавезу поклапа са датумом иницирања поступка принудног извршења код надлежног извршитеља. Исто се може рећи и поводом утврђивања момента позивања за извршење обавезе по основу испоручене топлотне и заједничке утрошене електричне енергије на територији града Београда. Независно од чињенице што је за ту територију подзаконским актом регулисана дужност корисника да када рачун не прими у прописаном року исти прибави на шалтеру надлежног предузећа, корисник и тада пада у доцњу са испуњењем обавезе тек по уредном позивању од испоручиоца, јер се не може угрозити примена Закона о облигационим односима актом мање правне снаге.

Специфичност питања затезне камате на испоручену електричну енергију огледа се и по питању њеног застаревања. Када главно потраживање није измирено, затезна камата делећи судбину главног, застарева у року предвиђеном за застарелост главнице. И када је главница исплаћена, затезна камата не губи карактер споредног потраживања. И

86 Закон о облигационим односима, чл. 279, ст. 3.

у том случају застарева у року предвиђеном за застару главног. Отуда није ваљано примењивати законске норме о застарелости повремених потраживања код оцене застарелости затезне камате.

Изнети закључци представљају један теоријскоправни приступ питању дефинисања правне природе потраживања по основу испоручене електричне и топлотне енергије, укључујући разматрање проблема који услед сложености њихове природе настају. Но, посебно је важно о овим неразјашњеним питањима утврдити несумњива, на закону заснована решења. Неизвесност у примени материјалног права од стране испоручилаца у облигацијама поводом испоруке електричне и топлотне енергије није прихватљива, јер понашање испоручилаца електричне и топлотне енергије често не бива оспоравано и потом осујећено правном санкцијом, па тако може доћи до нарушавања не само интереса корисника већ и самог објективног правног поретка.

Можда најприкладнији моменат за указивање на постојеће дилеме поводом потраживања по основу испоручене електричне енергије јесте ток јавне расправе о Преднацрту Грађанског законика Републике Србије. У том смислу, истицање потребе за јасним дефинисањем појма повремених потраживања нарочито добија на значају.

**Marko RADOVIĆ**

PhD Student at the Faculty of Law University of Belgrade

## CLAIMS FOR DELIVERED ELECTRICITY AND HEAT

### Summary

*Calculation and payment claims for delivered electricity and heat are causing numerous dilemmas in jurisprudence and legal theory. The issues regarding delaying with fulfillment of obligations, interest calculating, obsolescence, are just some of the contentious matters, because there is no clear and indisputable answer. Most of the presented dilemmas are connected with a specific interpretation of the legal nature of those claims.*

*Hence, the main purpose of this article is to indicate the existence of legal dilemmas regarding the nature of the claims for delivered electricity and heat, and the consequences that impose the specific nature of these claims. The tendency will be focused on proposing answers to the exposed contentious legal*

*issues, or to indicate the directions towards possible ways of regulating this topic pro futuro.*

*The most appropriate place to indicate the current dilemmas regarding the claims for electricity and heat is a public discussion for the Draft Civil Code of Serbia. Thus, the presentation of certain proposals becomes more significant.*

**Key words:** *claims, electricity, heat, interest.*



*Драган БОСАНКИЋ, мастер економије и мастер права  
Beta Leasing (бивши Нуро Alpe-Adria-Leasing), Београд*

## МЕЂУНАРОДНЕ ЛИЗИНГ ТРАНСАКЦИЈЕ СТРУКТУРИРАНЕ СА ЦИЉЕМ ГЕНЕРИСАЊА ПОРЕСКИХ УШТЕДА

### Резиме

*Од свој настанка ња све до данас лизинг је еволуирао у финансијски производ од изузетној значаја. Структуриран у међународном сценарију лизинг може да буде коришћен како би се генерисале пореске уштеде. Основ за стварање пореских уштеда представљају разлике у пореско-правним системима, чијом експлоатацијом компаније креирају различите структуре, уважавајући при томе важећа анти-абузивна правила. Најбитније разлике између пореских јурисдикција које се том приликом користе односе се на сам појам лизинга (карактеризација) и на сам претман лизинга (квалификација). У раду се упоредном методом анализира порески претман лизинга у неким од развијених тржишних економија, као и саме технике међународној пореској планирања које се користе приликом структурирања лизинга у међународном сценарију. Додатно се анализира и однос међународних лизинг трансакција према грађанском праву и посебно према злоупотреби права. Имајући у виду специфичности из области лизинга у развијеним тржишним економијама, што укључује и посебна правила за порески претман лизинга, у закључку се као један од начина за остваривање циља реиндустријализације Србије наводи и посебан и повољнији порески претман лизинга.*

**Кључне речи:** *прекогранични лизинг, међународно пореско планирање, финансирање имовине, злоупотреба права.*

## I Појам, врсте и значај лизинга

Историја лизинга датира још од пре 5.000 година када је систем изнајмљивања земљишта био преовлађујући у Сумеру и на Блиском истоку. Систем изнајмљивања земљишта био је присутан и у Вавилону у периоду око 1800. године пре нове ере. У античкој Грчкој лизинг је био присутан у периоду око 370. године пре нове ере. Владари су награђивали хероје са земљиштем, које су они поверавали свештенству из храмова. Свештеници су изнајмљивали земљу онима којима је била потребна за одређену закупнину, коју су делили са власницима земље. У Уједињеном Краљевству (даље у тексту: УК) са лизингом земљишта започето је 1284. Касније, током XIV века започет је и лизинг бродова. Током деветнаестог века отпочео је лизинг железничких вагона, такође у УК. У Француској, лизинг је започет током 1961. године.<sup>1</sup> Иако је лизинг у Јапану започет тек 1963. године ова земља је за релативно кратак период постала једна од водећих земаља по обиму лизинг трансакција. На територији Србије, посао финансијског лизинга правно је регулисан одредбама Закона о финансијском лизингу, који је донет 27. маја 2003. године чиме је створен законски оквир за развој ове активности.<sup>2</sup>

Савремени финансијски сектор карактерише широк спектар производа и услуга, међу којима значајно место припада свакако и лизингу. Сам појам лизинга данас се дефинише на различите начине.<sup>3</sup> Пођимо најпре од дефиниције лизинга према којој је лизинг споразум по коме давалац лизинга преноси на корисника лизинга право коришћења средстава за договорени временски период у замену за плаћање или низ плаћања.<sup>4</sup> Имајући у виду наведену дефиницију можемо да уочимо неке од општих елемената чије присуство је неопходно да би конкретна трансакција могла да буде третирана као лизинг. То су:

- споразум, односно *уговор*. За потребе изнајмљивања конкретнег средствазакључује се уговор, којим се дефинише квалитет, спецификација, место испоруке, транспортни и остали трошкови итд. у вези са конкретним средством;

1 Alex Mathews, *Financial Services and System*, New Delhi, 2008, стр. 106.

2 Институт за право и финансије, Лизинг послови у Србији, доступно на адреси: [http://ipf.rs/wp-content/uploads/2013/01/Lizing-poslovi-u-Srbiji\\_Institut-za-pravo-i-finansije\\_www.ipf\\_rs\\_.pdf](http://ipf.rs/wp-content/uploads/2013/01/Lizing-poslovi-u-Srbiji_Institut-za-pravo-i-finansije_www.ipf_rs_.pdf), 22.2.2015, стр. 1.

3 Разлике у дефиницији појма лизинга између два порескоправна система, видећемо касније, ствара простор за пореско планирање у ситуацијама када се једна иста трансакција не посматра на идентичан начин од стране две различите пореске јурисдикције.

4 Међународни рачуноводствени стандард 17 – Лизинг (даље у фуснотама: MPC 17), пар. 4, ст. 2, доступно на адреси: <http://mfin.gov.rs/UserFiles/File/MRS/Medunarodni%20racunovodstveni%20standard%2017%20-%20Lizing.pdf>, 22.2.2015.

- *давалац лизинга и корисник (џрималац) лизинга*. Давалац лизинга најчешће може да буде: лизинг компанија, произвођач давалац лизинга<sup>5</sup> и банка<sup>6</sup>. Корисник лизинга може да буде, најчешће и, опште говорећи, правно или физичко лице;<sup>7</sup>
- *џренос џрава коришћења* на предмету лизинга. Право власништва над предметом лизинга у сваком тренутку има давалац лизинга, док корисник лизинга има право да држи у поседу и да користи предмет лизинга до краја периода лизинга, који је дефинисан уговором;
- *џлаћање или низ џлаћања*. Корисник лизинга има обавезу да плаћа накнаду за право коришћења средства, што се такође дефинише самим уговором.

У принципу, разликују се две врсте лизинга. То су финансијски лизинг и оперативни лизинг. Финансијски лизинг је лизинг којим се преносе суштински сви ризици и користи који су повезани са власништвом над неким средством. По истеку периода лизинга право својине се може, али не мора пренети.<sup>8</sup> Оперативни лизинг је лизинг који је различит од финансијског лизинга.<sup>9</sup>

Код финансијског лизинга, дакле, давалац лизинга задржава право власништва над предметом лизинга, али преноси на корисника суштински све ризике и користи који су повезани са власништвом над предметом лизинга, чиме корисник постаје економски власник предмета лизинга, што му, по правилу,<sup>10</sup> даје право да обрачуна амортизацију и искористи је као порески одбитак приликом утврђивања пореске основице.

Насупрот финансијском лизингу, код оперативног лизинга давалац лизинга, односно закуподавац, задржава све ризике и користи који

5 Ради се о произвођачима тешке опреме, велике вредности. Ове компаније баве се лизингом како би продале своју опрему. Уместо куповине и давања на лизинг, врши се производња опреме према спецификацији примаоца лизинга.

6 У појединим земљама и банке могу да обављају послове лизинга. Примера ради, у Црној Гори поред обављања банкарских послова, банка може да обавља и послове финансијског лизинга, док у Србији таква опција не постоји.

7 У случају кредитираног лизинга и банка која финансира део трансакције постаје учесник у самој лизинг трансакцији.

8 МРС 17, пар. 4, ст. 3.

9 МРС 17, пар. 4, ст. 4.

10 Касније ћемо видети да поједини порескоправни системи не признају лицу које је економски власник предмета лизинга право да обрачуна амортизацију у пореске сврхе. Ради се, дакле, о томе да различити порескоправни системи имају другачији однос према правној форми и економској суштини, што опет, само по себи, пружа могућности за пореско планирање.

су повезани са правом власништва над предметом закупа, чиме закуподавац представља како правног тако и економског власника предмета закупа, што пак, сада њему даје право да обрачуна амортизацију и тако обрачунату амортизацију искористи у пореске сврхе приликом утврђивања своје пореске основице.<sup>11</sup>

О значају самог лизинга у савременом финансијском сектору најбоље можда говоре подаци о величини самог лизинг тржишта. Тако је, примера ради, тржиште лизинга у Европској унији на крају 2013. године имало вредност од 723,4 милијарди евра, од чега се 48,5 милијарди евра односило на УК, која је по овом параметру представљало највеће лизинг тржиште и које су следили Немачка са тржиштем од 46,9 милијарди евра и Француска чије је лизинг тржиште износило 37,5 милијарди евра.<sup>12</sup> Према подацима за 2013. годину тржиште лизинга у Сједињеним Америчким Државама (даље у тексту: САД) износило је 827 милијарди америчких долара.<sup>13</sup> Јапанско тржиште лизинга је на крају 2013. године износило око 50 милијарди америчких долара.<sup>14</sup> Поређења ради, у Србији је укупна билансна актива свих давалаца лизинга на дан 31. децембра 2013. године износила 67,5 милијарди динара (што је реда величине 0,6 милијарди евра), а што је представљало 2,37% билансне суме банкарског сектора.<sup>15</sup>

## II Разлике у порескоправном третману лизинг трансакција између различитих пореских јурисдикција

Видели смо да једна иста трансакција, у зависности од дефиниције појма лизинга може да буде различито третирана од стране две пореске јурисдикције. С тим у вези могуће је да конкретна трансакција буде третирана у једној земљи као лизинг, а у другој као продаја, имајући у виду чињеницу да код финансијског лизинга корисник лизинга може да има

11 У ситуацијама у којима се између два различита пореска система једна иста трансакција третира на два начина, односно у једном случају као финансијски, а у другом као оперативни лизинг, постоји простор за пореско планирање, што ће у даљем тексту и да буде предмет посебне анализе.

12 Leaseurope, Key Facts and Figures 2013, доступно на адреси: <http://www.leaseurope.org/uploads/documents/FF%20Leaseurope%202013.pdf>, 21.2.2015, стр. 1.

13 Equipment Leasing and Finance Association, Monthly Leasing and Finance Index – December 2013, доступно на адреси: <https://www.elfaonline.org/Data/MLFI/?fa=1213>, 21.2.2015.

14 Japan Leasing Association, Lease Statistics (FY 2013), доступно на адреси: [www.leasing.or.jp/english/press/toukei/14e/04e.PDF](http://www.leasing.or.jp/english/press/toukei/14e/04e.PDF), 21.2.2015, стр. 1.

15 Народна банка Србије, Сектор финансијског лизинга у Србији, Београд, април 2014, доступно на адреси: [http://www.nbs.rs/internet/latinica/57/57\\_3/izvestaji/FL\\_IV\\_2013.pdf](http://www.nbs.rs/internet/latinica/57/57_3/izvestaji/FL_IV_2013.pdf), 22.2.2015, стр. 7.

право стицања својине над предметом лизинга након истека уговора о лизингу. Такође, видели смо и да у зависности од тога да ли се конкретна трансакција третира као оперативни или финансијски лизинг, могуће је да право на обрачун и коришћење амортизације у пореске сврхе буде предмет пореског планирања. Размотримо детаљније ове различитости између појединих пореских јурисдикција.

## 1. Карактеризација трансакције – лизинг или продаја

Будући да након истека периода лизинга корисник лизинга, у одређеним ситуацијама, може да стекне право власништва над предметом лизинга, отвара се питање да ли конкретна трансакција представља лизинг или продају. Због наведеног, полазна тачка од које зависи целокупан порескоправни третман конкретне трансакције јесте одређивање карактера саме трансакције, односно да ли се у конкретном случају ради о лизингу или о продаји. У сценарију који укључује не више од једне пореске јурисдикције ово не представља посебно питање.<sup>16</sup> Међутим, у међународном сценарију, посебно у ситуацијама у којима различите пореске јурисдикције на другачије начине дефинишу сам појам лизинга, ово представља први корак приликом сагледавања пореских ефеката саме трансакције.<sup>17</sup>

Упоредимо само неке од земаља, како би смо се уверили у постојање могућности третирања исте трансакције на различите начине. Да би у САД давалац лизинга могао да осигура пореске користи које произилазе из власништва над предметом лизинга (углавном право на коришћење амортизације у пореске сврхе), трансакција мора да буде квалификована као „прави лизинг“ (енгл. *true lease*). Уколико се на трансакцију гледа као на условну продају или обезбеђен кредит, корисник лизинга сматраће се за власника предмета лизинга и стога ће имати право на пореске користи у вези са правом власништва над предметом лизинга. Да би трансакција била третирана као „прави лизинг“, опште говорећи, давалац лизинга мора да задржи довољно користи и обавеза типично повезаних са власништвом над предметом лизинга и не сме да има мотив стицања пореских користи за улазак у трансакцију.<sup>18</sup>

16 Имајући у виду да у оквиру једне пореске јурисдикције, у одређеном тренутку, могу да важе само једна правила, конкретна трансакција се у датом тренутку може третирати искључиво на само један начин – или као лизинг, или као продаја.

17 У међународном сценарију, односно у оквиру различитих пореских јурисдикција, о одређеном тренутку, могу да важе различита правила у вези са карактеризацијом конкретне трансакције, тако да је апсолутно могуће да се иста трансакција третира на другачији начин – у једној земљи као лизинг, а у другој као продаја.

18 Amar Mehta, *International Taxation of Cross-Border Leasing Income*, Amsterdam, 2005, стр. 7–8.

У УК је за карактеризацију лизинга релевантан рачуноводствени стандард којим се регулише питања лизинга.<sup>19</sup> Наведеним стандардом прави се разлика између лизинга и куповине на најам (енгл. *hire purchase*). Куповина на најам има сличне карактеристике као и лизинг, осим што уговором о куповини на најам најмопримац може да прибави правно власништво коришћењем опције куповине предмета најма након испуњавања одређених услова.<sup>20</sup> Лизинг може да буде класификован као финансијски или оперативни. Разлика између финансијског и оперативног лизинга обично ће бити евидентна из услова уговора између даваоца и корисника лизинга.<sup>21</sup>

У Немачкој карактеризација уговора о лизингу за пореске сврхе зависи од чињенице ко је економски власник предмета лизинга. Уколико је давалац лизинга уједно и економски власник предмета лизинга, онда се трансакција третира као лизинг. У супротном, уколико је корисник лизинга економски власник предмета лизинга, у том случају се трансакција третира као продаја ствари даваоца лизинга кориснику.<sup>22</sup> Економско власништво постоји у ситуацијама када лице које није правни власник врши ефективну контролу над економским добром (нем. *Wirtschaftsgut*), на начин да може, по правилу, да економски искључи утицај власника на економско добро током његовог нормалног периода корисног века.<sup>23</sup>

У Србији се за пореске сврхе карактеризација лизинга врши сагласно прописима којима се уређује рачуноводство и ревизија и Међународни рачуноводствени стандарди, односно Међународни стандарди финансијског извештавања.<sup>24</sup> Имајући у виду да је прописима којима се уређује рачуноводство и ревизија предвиђено да се, опште говорећи, за признавање, вредновање, презентацију и обелодањивање позиција у финансијским извештајима примењују Међународни стан-

19 У конкретном случају, у питању је *Statement of standard accounting practice No. 21 – Accounting for leases and hire purchase contracts* (даље у фуснотама: SSAP 21), доступно на адреси: <http://frc.org.uk/Our-Work/Publications/ASB/SSAP-21-Accounting-for-leases-and-hire-purchase-co-File.pdf>, 22.2.2015.

20 SSAP 21, пар. 2.

21 SSAP 21, пар. 6. Имајући у виду овако дефинисану разлику између финансијског и оперативног лизинга може се извући закључак да је у УК доминантан принцип правне форме над економском суштином приликом класификовања лизинга.

22 А. Mehta, *нав. дело*, стр. 18.

23 Немачки Порески закон из 1976. године (нем. *Abgabenordnung*), пар. 39, ст. 2, тач. 1, доступно на адреси: [http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/ao\\_1977/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/ao_1977/gesamt.pdf), 27.2.2015.

24 Закон о порезу на добит правних лица (*Службени власник РС*, бр. 25/01, 80/02 – др. закон, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14 – др. закон, 142/14; даље у фуснотама: ЗПДПЛ), чл. 10, ст. 2.

дарди финансијског извештавања,<sup>25</sup> може се закључити да је у Србији за пореске потребе карактеризације и класификације лизинга, у принципу, меродаван МРС 17.

## 2. Класификација лизинга и право на обрачун амортизације у пореске сврхе – оперативни или финансијски лизинг

У случају да конкретна трансакција има карактер лизинга, следећи корак, који има значајне пореске ефекте, јесте класификација самог лизинга, као финансијског, односно као оперативног, односно утврђивање права на коришћење обрачунате амортизације у пореске сврхе.<sup>26</sup>

Најбољи начин да се уочи могућност постојања различитих правила у вези са класификацијом лизинга, јесте да се поново упореде важећа правила у оквиру одабраних пореских јурисдикција. Давалац лизинга у САД мора да има следеће индикације економског власништва пре него што пореске власти донесу одлуку да се трансакција, по својој суштини, може означити као „прави лизинг“, чиме давалац лизинга и стиче право да обрачунату амортизацију искористи за пореске сврхе:

- инвестициони ризик (енгл. *at-risk investment*) даваоца лизинга у имовини мора да буде најмање 20% набавне вредности те имовине;
- корисник лизинга не сме да има опцију куповине имовине по цени мањој од фер тржишне вредности одређене у тренутку коришћења опције;
- корисник лизинга нити било које повезано лице са корисником лизинга не може да има инвестицију у предмет лизинга (осим у погледу такозваних одвојивих побољшања);
- период лизинга не може да буде дужи од 80% корисног животног века имовине;
- на крају периода лизинга имовина мора да има процењену резидуалну вредност која је најмање једнака 20% њене оригиналне набавне вредности;
- коришћење имовине након истека периода лизинга од лица које није корисник лизинга мора да буде комерцијално изводљиво;

25 Закон о рачуноводству (Службени гласник РС, бр. 62/2013), чл. 20.

26 Као и приликом карактеризације саме трансакције и утврђивања да ли се у конкретном случају ради о лизингу или продаји, тако и приликом класификације лизинга, чињеница да у оквиру различитих пореских јурисдикција могу да постоје различита правила за класификацију лизинга и права на коришћење обрачунате амортизације у пореске сврхе, ствара додатни простор за пореско планирање и генерисање пореских уштеда.

- осим пореских користи, давалац лизинга мора да очекује позитиван новчани ток као и профит уопште.<sup>27</sup>

У УК право на коришћење амортизације<sup>28</sup> базирано је пре на правном него на економском власништву над предметом лизинга. Следствено томе, давалац лизинга, а не корисник има право на коришћење обрачунате амортизације у пореске сврхе. Пошто је економска суштина ирелевантна у вези са правом на коришћење амортизације у пореске сврхе, давалац лизинга има право да искористи обрачунату амортизацију у пореске сврхе, без обзира на природу лизинга, односно без обзира да ли се ради о финансијском или оперативном лизингу, осим у изузетним случајевима. У ситуацијама када уговор о лизингу даје кориснику лизинга опцију да у будућности стекне власништво над предметом лизинга, таква трансакција ће бити третирана као уговор о куповини на најам. У том случају право да користи обрачунату амортизацију у пореске сврхе имаће корисник лизинга, уз још одређенеостале услове.<sup>29</sup>

У немачком пореском праву, економски власник предмета лизинга сматра се власником за пореске сврхе, односно економски власник има право да користи обрачунату амортизацију приликом утврђивања своје пореске основице. Да би се економско власништво сматрало пренетим потребно је да буду испуњени одређени услови.<sup>30</sup>

Лизинг се у Србији класификује као финансијски лизинг уколико се њим суштински преносе сви ризици и користи повезани са власништвом. Лизинг се класификује као оперативни лизинг, ако се њим не преносе суштински сви ризици и користи повезани са власништвом.<sup>31</sup> Дакле, без обзира у којој форми је закључен уговор о лизингу, сама класификација лизинга зависиће од економске суштине саме трансакције. Уколико је, примера ради, оперативни лизинг рекласификован као финансијски, давалац лизинга (закуподавац) ће изгубити право да обрачуна и у пореске сврхе искористи амортизацију. Саме стопе и методе обрачуна амортизације која се признаје у пореске сврхе дефинисане су посебним законом.<sup>32</sup>

27 Chris Boobyer (ed.), *Leasing and Asset Finance. The Comprehensive Guide for Practitioners*, Fourth Edition, London, 2003, стр. 182.

28 У УК се за калкулативни отпис основних средстава користи појам *capital allowance*. Обрачун амортизације у УК регулисан је посебним законом. Види: британски Закон о амортизацији из 2001. године (*Capital Allowances Act 2001*), доступно на адреси: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/2/pdfs/ukpga\\_20010002\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/2/pdfs/ukpga_20010002_en.pdf), 27.2.2015.

29 А. Mehta, *нав. дело*, стр. 34.

30 Види: С. Boobyer, *нав. дело*, стр. 185–186.

31 МРС 17, пар. 8.

32 Види: ЗПДПЛ, чл. 10.



### III Међународне лизинг структуре

Видели смо у досадашњем излагању да, како сам појам лизинга (карактеризација), тако и право на обрачун амортизације (класификација) апсолутно не морају да буду дефинисани на идентичан начин у оквиру различитих пореских јурисдикција. Наведене разлике стварају простор да се путем различитих техника међународног пореског планирања трансакције структурирају на начин да се коришћењем разлика између више порескоправних система генеришу пореске уштеде.

Приликом структурирања лизинг трансакција у међународном сценарију, поред већ наведеног, посебна пажња требала би да се обрати и на општа и посебна анти-абузивна правила<sup>33</sup> у конкретним земљама, како трансакција не би била третирана као пореска евазија, чиме би ефекти пореских уштеда били анулирани. У делу који следи биће представљене само неке од најчешће коришћених лизинг трансакција у међународном сценарију, на основу којих могу да се генеришу пореске уштеде.

#### 1. Продај и узми назад на лизинг (енгл. *sale and lease back*)

Продај и узми назад на лизинг је врста лизинг трансакција чија је суштина у томе да власник имовине продаје имовину лицу које је истовремено давалац лизинга. Бивши власник имовине постаје корисник лизинга. Долази, дакле, само до промене правног власника, док економски власник остаје исти. Најчешћи мотив за ову трансакцију је употреба средстава добијених продајом имовине за рефинансирање других обавеза. Међутим, трансакција може да буде мотивисана и пореским уштедама.

Анализирајмо, примера ради, ситуацију у којој је оперативни лизинг структуриран на овај начин. За продавца – закупца, ова структура може да пружи пореске уштеде посебно имајући у виду чињеницу да одбици признати за пореске сврхе по основу плаћених закупнина могу да буду већи од обрачунате амортизације. Ово ће најчешће да буде случај уколико је имовина већ потпуно амортизована у пословним књигама продавца – закупца, или уколико се уговори период закупа имовине који је краћи од корисног века имовине. У ситуацији када је уговорен краћи период закупа имовине у односу на њен корисан век, трошкови закупа ће сразмерно бити већи од трошкова амортизације, чиме је постигнут циљ умањења пореске основице. Следећа ситуација у којој про-

33 Види: Драган Босанкић, „Анти-абузивна правила за спречавање пореске евазије коришћењем техника међународног пореског планирања“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2014, стр. 154–167.

давац – закупац може да оствари пореске уштеде јесте када продавац – закупац не може да у пореске сврхе обрачуна амортизацију. Продаја инвеститору који може да обрачуна амортизацију у пореске сврхе може да омогући продавцу – закупцу да имовину узме у закуп по повољнијим условима, чиме се постиже ефекат поделе пореских уштеда са инвеститором. Са једне стране, продавац – закупац има повољне изворе финансирања и користи трошкове закупа у пореске сврхе, док са друге стране давалац лизинга може да користи обрачунату амортизацију приликом утврђивања своје пореске основице. У истој трансакцији купац – давалац лизинга оствариће приходе од закупнина, али насупрот овако оствареним приходима биће оперативни трошкови и амортизација обрачуната у пореске сврхе.<sup>34</sup>

Приликом структурирања ове врсте трансакција потребно је да се посебна пажња обрати на евентуалне трошкове преноса имовине као и на постојање анти-абузивних правила чије би кршење могло да доведе до изостанка пореских уштеда. Ово је посебно важно у оквиру порескопраних система у којима доминира начело фактицитета (економске суштине), над начелом правне форме.

## 2. Двоструки лизинг (енгл. *double-dip leasing*)

Код трансакција двоструког лизинга пореске уштеда може да се оствари имајући у виду чињеницу да између два порескоправна система постоје различита правила за класификацију лизинга. Ово за последицу има то да се лизинг различито класификује између земаља, што ствара могућност да, уколико су и давалац и корисник лизинга лоцирани у две различите земље, оба имају право да имовину амортизују у својим пословним књигама и обрачунату амортизацију искористе у пореске сврхе, што за ефекат има умањену пореску основицу оба учесника у трансакцији. Другим речима, уколико се иста трансакција у земљи даваоца лизинга третира као оперативни лизинг, а у земљи корисника лизинга третира као финансијски лизинг и давалац и корисник лизинга ће моћи да амортизују исту имовину у својим пословним књигама и на тај начин оба остваре пореске уштеде.

Илуструјмо ову врсту трансакције следећим примером. Давалац лизинга из Немачке третира се као правни и економски власник имовине од стране немачких пореских власти, чиме стиче основ да обрачунату амортизацију користи у пореске сврхе. У исто време, пореске власти у земљи корисника лизинга исту трансакцију могу да третирају као продају на рате, чиме корисник лизинга добија статус економског

34 David F. Windish, *Practical Guide to Real Estate Taxation*, fifth edition, Chicago, 2008, стр. 114.

власника и тиме стиче право да и он амортизује исту имовину у исто време за обрачун своје пореске основице.<sup>35</sup>

Поставља се питање да ли се сам по себе двоструки лизинг може сматрати абузивним? Истраживања вршена у стручној литератури говоре у прилог тези да, опште говорећи, ова врста трансакције не сме да се третира као абузивна трансакција, све док поседује атрибуте комерцијалне трансакције између страна које су ушле у ову трансакцију из чисто пословних разлога. Другим речима, у ситуацијама када двоструки лизинг одсликава економску суштину<sup>36</sup> саме трансакције неће бити третиран као абузиван, без обзира на пореске предности које остварују учесници у трансакцији.<sup>37</sup>

### 3. Двослојни двоструки лизинг (енгл. *two tier double-dip leasing*)

Двослојни двоструки лизинг обухвата прекогранични лизинг и прекогранични подлизинг. Трансакција је дизајнирана тако да се закуподавац, подзакуподавац и купац сматрају власницима предмета закупа, тако да сви, у оквиру својих пореских јурисдикција, имају право да обрачунају амортизацију коју ће искористити за умањење својих пореских основица. У принципу, двослојни двоструки лизинг представља проширење двоструког лизинга и дизајниран је на начин на који би биле искоришћене различитости у критеријумима (правно насупрот економском власништву) за доделу права на обрачун амортизације признате у пореске сврхе у оквиру различитих земаља. Потребно је да се напомене да је ова структура могућа једно у ситуацијама у којима најмање две од три земље имају правила којима додељују право на обрачун амортизације на основу економског, а не правног власништва над конкретном имовином која представља предмет трансакције.

Приликом структурирања ове врсте трансакција јавља се, још више него у случају двоструког лизинга, питање да ли је оваква структура сама по себи абузивна? Порески третман на овај начин структуриране трансакције, у ситуацији када сва три учесника у трансакцији желе да остваре пореске уштеде по основу права на обрачун амортизације у пореске сврхе, у највећој мери зависиће од могућности да ентитет који је посредник у трансакцији (подзакуподавац) докаже своју комерцијалну улогу у целој трансакцији. Другим речима, уколико је трансакција структурирана на начин који је сагласан начелу фактицитета, сва три

35 Berend J. H. Crans (ed.), *Aircraft finance: recent development & prospects*, The Hague, 1995, стр. 48.

36 Односно уколико не представља симуловани правни посао чији је примарни циљ остваривање пореских уштеда.

37 А. Mehta, *нав. дело*, стр. 98–99.

учесника у трансакцији моћи ће да искористе обрачунату амортизацију у пореске сврхе.

Примера ради, уколико посредник у трансакцији (подзакупавац) склапа високо софистициран софтвер за симулацију летења са опремом коју је набавио на оперативни лизинг од свог закупаваца и тако склопљен производ даје даље на оперативни лизинг свом закупцу, коме се за сврхе опорезивања признаје да је економски власник имовине, што му такође даје право да обрачунату амортизацију искористи у пореске сврхе, подзакупавац би требао да буде третиран са пореског аспекта као страна која има економски интерес у самој трансакцији.<sup>38</sup> На овакав начин структурирана трансакција требала би да је у складу са начелом фактицитета, односно на овакав начин сви учесници у трансакцији обезбедили су за себе легитимне пореске уштеде.

#### 4. Кредитирани лизинг (енгл. *leveraged leasing*)

Код кредитираног лизинга закупавац обезбеђује само део средстава за куповину предмета закупа, док се остатак средстава обезбеђује из кредита узетог од треће стране (најчешће банке), без права регреса. Кредитору као инструмент обезбеђења служи сам предмет закупа, те у случају да закупавац више не може да враћа кредит, кредитор може да наплати своја потраживања једино продајом инструмента обезбеђења, јер као што је већ наведено, нема право регреса. Закупавац због тога сноси само део ризика за износ средстава која представљају његово учешће у набавци предмета закупа. Међутим, иако сноси само део ризика, закупавац остварује пореске користи на укупну вредност предмета закупа. Као пореске одбитке, који су по правилу виши у почетним годинама, закупавац има трошкове по основу плаћених камата, као и обрачунату амортизацију.<sup>39</sup>

Обично, давалац лизинга учествује са 20% до 40% укупне вредности имовине, док остатак средстава од 60% до 80% финансира кредитор. Због чињенице да нема право регреса, отплата кредита са којим је кредитор финансирао трансакцију практично зависи од кредитне способности корисника лизинга. Кредитор, дакле, у случају немогућности корисника лизинга да сервисира своје обавезе у вези са самом трансакцијом, може да се наплати искључиво коришћењем својих права на предмету лизинга, а не од даваоца лизинга. Позиција у којој кредитор може да се нађе због чињенице да корисник лизинга не може да сервисира своје обавезе и због тога што нема право регреса и није толико лоша као што изгледа из два разлога. Прво, кредитор се неће одрећи права регреса,

38 А. Mehta, *нав. дело*, стр. 101.

39 С. Wooyer, *нав. дело*, стр. 179.

уколико не сматра да је корисник лизинга кредитно способан. У супротном, кредитор ће ући у трансакцију, али са правом регреса према даваоцу лизинга, на основу којег ће моћи да се наплати за своја потраживања од даваоца лизинга, у случају да корисник лизинга не буде у могућности да плаћа своје доспеле обавезе. Други разлог јесте чињеница да кредитор има предност за било какво поступање у вези са продајом или поновним лизингом имовине у односу на даваоца лизинга.<sup>40</sup>

### 5. Узми и дај назад на лизинг (енгл. *lease-in-lease-out, LILLO*)

Узми и дај назад на лизинг представља трансакцију између компаније из САД и (обично) страног ентитета ослобођеног од пореза, која је дизајнирана да генерише пореске користи за компанију из САД, као што су одбици за убрзану амортизацију. *LILLO* трансакција типично обухвата узимање и давање назад на лизинг имовине која је у власништву (ослобођених од пореза) страних општина под условом да постоје пребијања у плаћању, кредити, или друге обавезе које умањују или уклањају ризик од губитка компаније из САД.<sup>41</sup> Пореске уштеде које се генеришу структурирањем лизинга на овај начин односе се пре сега на чињеницу да се право на амортизацију преноси са ентитета ослобођеног пореза на ентитет који је порески обвезник и који има право да обрачунату амортизацију у вези са самим предметом лизинга искористи за своје пореске сврхе.

*LILLO* трансакције коришћене су од преко 150 немачких општина које су своје објекте продале банкама из САД у периоду између 1996. и 2003. године. Једна од тих општина била је и Бохум. Бохум је предао свој канализациони систем инвеститору из САД на 99 година за шта је наплатио 500 милиона евра. Затим је канализациону мрежу узео назад на лизинг у замену за уплату од само 480 милиона евра, чиме је остварио тренутни профит у износу од 20 милиона евра. Оно што је инвеститор из САД добио овом трансакцијом јесте могућност да купљену имовину користи да би умањио своју пореску основицу,<sup>42</sup> имајући у виду да су тадашњи прописи у САД то дозвољавали из разлога што је инвеститор из САД за потребе опорезивања сматран власником имовине. Иста имовина је, имајући у виду намачка правила, уједно била у

40 Richard M. Contino, *The Complete Equipment-Leasing Handbook. A Deal Maker's Guide with Forms, Checklists, and Worksheets*, New York, 2002, стр. 135.

41 Julie Rogers-Glabush, *IBFD International Tax Glossary*, 6th Edition, Amsterdam, 2009, стр. 260.

42 Инвеститор из САД је практично за плаћених 20 милиона евра стекао право да обрачунату амортизацију имовине у вредности од 500 милиона евра користи као одбитну ставку приликом утврђивања своје пореске основице.

(економском) власништву Бохума. Овакве *LILLO* трансакције привукле су обиље негативног публицитета у Немачкој због одређених правних и комерцијалних ризика који су били последица дугачког периода лизинга. Због својих пореских правила, банке из САД тражиле су клаузулу у уговору према којој општине имају обавезу да објекте које су узеле на лизинг држе отвореним и у добром стању. Ово је последично довело до повећаних трошкова за општину. Додатно, неке од општина можда и нису имале потребе за таквим објектима у будућности и радије би их затворили. Овакве трансакције су у САД забрањене почев од 2004. године и сматрају се као абузивне.<sup>43</sup>

#### IV Однос међународних лизинг структура и злоупотребе права

У основи анализираних међународних лизинг структура неспорно је постојање порескоправног односа регулисаног пореским правом, као граном јавног права. Размотримо, међутим, однос између анализираних међународних лизинг структура и грађанског права, као и посебно однос према злоупотреби права.

Као што је већ наведено, пореско право припада јавном, а грађанско право приватном праву. Но, веза ипак постоји и вишеструка је. Прво, порескоправни однос је сличан законској облигацији. Другим речима, његови елементи одређени су законом, али се унутрашња структура тога односа у основи не разликује од других облигација, јер је заснована на појмовној апаратури грађанског права. Отуда су норме грађанског права у начелу примењиве на порескоправни однос, ако нису дерогиране специфичним принципима пореског права. С друге стране, порески објекат, као догађај који доводи до настанка порескоправног односа, ако се може подвести под законски опис пореског чињеничног стања, везан је за грађанско право (поседовање неког права, његов промет и сл.). И на крају, понекад се прописује посебна форма за поједине уговоре, која је услов правне важности посла (форма *ad solemnitatem*), чије је увођење мотивисано превасходно фискалним разлозима (нпр. писмена форма уз оверу потписа странака код уговора о промет у непокретности).<sup>44</sup>

Једно од најчешћих питања које се поставља како приликом самог структурирања међународних лизинг трансакција, тако и приликом њихове анализе јесте да ли конкретна трансакција представља злоупотребу права. Најопштије речено, злоупотреба права постоји када

43 Petri Mäntysaari, *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law Volume III: Funding, Exit, Takeovers*, Heidelberg – New York, 2010, стр. 38.

44 Дејан Поповић, *Пореско право*, 10. издање, Београд, 2013, стр. 28.

једно лице врши своје право у намери да се другоме шкоди.<sup>45</sup> Постоје, дакле, три битна услова који кумулативно морају да буду испуњени да би одређена трансакција могла да буде окарактерисана као злоупотреба права. То су: *вршење* одређеног права, *намера* да се коришћењем тог права другоме шкоди и *настанак* саме *штеће*. Уколико би трансакција била окарактерисана као злоупотреба права, појавио би значајан ризик губитка пореских користи повезаних са самом структуром трансакције.

Пођимо редом у циљу давања одговора на питање да ли међународне лизинг структуре могу да се означе као злоупотреба права. Приликом структурирања међународних лизинг трансакција учесници у трансакцији имају између осталих и права чијим вршењем генеришу пореске користи (право на обрачун амортизације у пореске сврхе, примера ради). За исти износ за који је порески обвезник остварио пореске уштеде биће нижи јавни приходи. Нижи јавни приходи доводе до мање средстава у буџету. Као последица јављају се, дакле, нижи јавни приходи, што свакако шкоди задовољавању потреба које се финансирају из буџета. Штету, дакле, трпи буџет и то не директну штету, у виду одлива средстава, већ индиректну, у виду пропуштених прихода.

Видели смо до сада да су од три битна услова да би одређена трансакција могла да буде означена као злоупотреба права испуњена два: *вршење* одређеног права и *настанак* штете. Преостаје још да се испита и последњи услов, а то је постојање намере. Постојањем намере стичу се сви услови потребни да се одређена трансакција окарактерише као злоупотреба права. С тим у вези у стручној литератури се истиче да у ситуацијама у којима је стварни правни посао прикривен симулованим правним послом са искључивим циљем прибављања пореских користи може да се говори о злоупотреби права.<sup>46</sup> Такође, све док конкретна трансакција одсликава економску суштину не би требала да буде третирана као злоупотреба права, без обзира на пореске предности које из такве трансакције произлазе.<sup>47</sup>

Може се дакле рећи да све док сама трансакција одсликава економску суштину између страна у трансакцији, нема елемената артифицијелности, односно не представља симуловани правни посао структуриран првенствено са циљем генерисања пореских уштеда, таква трансакција не би требала да буде окарактерисана као злоупотреба права. У супротном, уколико је суштина трансакције прикривена си-

45 Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сиварно право*, 9. издање, Београд, 1999, стр. 58.

46 Victor Thuronyi (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, Volume I, Washington D.C., 1996, стр. 49.

47 А. Mehta, *нав. дело*, стр. 99.

мулованим правним послом са првенственим циљем (намером) да се са таквим правним послом остваре пореске уштеде, сама трансакција би требало да буде окарактерисана као злоупотреба права.

## IV Закључак

Лизинг, као један од производа финансијског сектора, данас представља један од начина да се у међународном сценарију генеришу пореске уштеде коришћењем одређених техника међународног пореског планирања. Основ за ово налази се у чињеници да различите пореске јурисдикције имају неједнака правила у вези са самим лизингом. Различита правила која се односе на саму дефиницију лизинга (карактеризација), као и различита правила која се односе на сам третман лизинга (класификација) стварају простор компанијама које се одлуче да трансакцију структурирају у форми лизинга да остваре пореске користи. Приликом структурирања међународног лизинга потребно је да се, поред осталог, посебна пажња обрати и на анти-абузивна правила чијим кршењем би се ризиковао губитак пореских користи. Такође, потребна је додатна опрезност приликом структурирања саме трансакције, како вршење одређених права на основу којих се прибављају пореске користи не би била окарактерисана као злоупотреба права.

У поређењу са анализираним развијеним тржишним економијама, тржиште лизинга у Србији је изузетно мало. Такође, за разлику од анализираних земаља, пореска регулатива у Србији лизинг не третира посебно, чиме лизинг као такав нема конкурентску предност у односу на остале производе финансијског сектора.

Због чега је, између осталог, потребан посебан порески третман лизинга? Индустрија Републике Србије била је у 2012. години на нивоу од свега 38,4% нивоа индустријске производње из 1989. године.<sup>48</sup> Нацртом стратегије реиндустријализације Србије као приоритетни сектори за реиндустријализацију наведени су сектори са компаративним предностима (енергетика, пољопривреда, прехрамбена индустрија, индустрија млека, металургија, инфраструктура, саобраћај и логистика, ИСТ и туризам) и сектори са конкурентским предностима (грађевинарство, металопрерађивачка индустрија, индустрија транспортних средстава, фармација, индустрија пољопривредних машина, војна индустрија и *pro-ageing*).<sup>49</sup> Имајући све ово у виду, лизинг опреме компанијама из на-

48 Часлав Оцић (ур.), *Мојухе сѝпрашѝеије развоја Србије*, Београд, 2014, доступно на адреси: <http://www.sanu.ac.rs/Izdanja/ElIzdanja/2014MogućeStrategijeRazvojaSrbije.pdf>, 1.3.2015, стр. 287.

49 Бојан Димитријевић, Драган Ђуричин, Драгиња Ђурић, Бранислав Грујић, Горан Перчевић, Топлица Спасојевић, Нацрт стратегије реиндустријализације Србије,



ведених приоритетних сектора свакако представља један од начина да се изврши реиндустријализација ових сектора. Наведено посебно долази до изражаја ако се има у виду чињеница да већина од набројаних приоритетних сектора представљају уједно и циљне секторе за даваоце лизинга. Посебним и повољнијим пореским третманом лизинга били би стимулисани како корисници лизинга, тако и даваоци лизинга (како домаћи, тако и страни) да инвестирају у опрему и производне погоне. Корисници лизинга би кроз повољнији порески третман имовине узете на лизинг имали умањене пореске обавезе, док би са друге стране даваоци лизинга имали раст тржишта и следствено раст промета. Ефекти који би могли да буду очекивани су, са једне стране нижи ниво јавних прихода, али са друге стране остваривање циља реиндустријализације, што последично даље води до повећања конкурентности привреде, раста извоза, смањења незапослености, раста животног стандарда, куповне моћи, агрегатне тражње, а самим тиме и до раста бруто домаћег производа.

**Dragan BOSANKIĆ, Master of Economics and Master of Laws  
Heta Leasing (former Hypo Adria-Leasing), Belgrade**

## INTERNATIONAL LEASE TRANSACTIONS STRUCTURED WITH PURPOSE OF GENERATING TAX SAVINGS

### Summary

*From its inception until today, leasing has evolved into a financial product of great importance. Structured in the international scenario, leasing can be used to generate tax savings. The basis for the creation of tax savings represents the differences between tax systems that companies exploit that create different structures, respecting the valid anti-avoidance rules at the same time. The most important distinctions between tax jurisdictions refer to the concept of leasing (characterization) and to the treatment of leasing (qualifications). The paper analyzes using the comparative method tax treatment of leasing in some of the developed market economies, as well as the techniques of international tax planning that are used in leasing structures in the international scenario. Additionally, the relationship between international lease transactions and civil*

---

доступно на адреси: <https://www.sanu.ac.rs/Projekti/Skupovi/2013Reind.pdf>, 1.3.2015, стр. 14–15.

*law, and particularly abuse of law, is analysed. Taking into account the specifics of the leasing in developed market economies, including special rules for the tax treatment of leasing, in conclusion, as one of the ways of achieving the goal of re-industrialization in Serbia referred to as the proposal special and favorable tax treatment of leasing.*

**Key words:** *cross-border leasing, international tax planning, asset financing, abuse of law.*

**Владимир БОРОВАЦ, мастер  
докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду**

## **КОНТРОЛА КВАЛИТЕТА КАО УСЛОВ ЗА ПУНОВАЖНОСТ УГОВОРА О ЛИЦЕНЦИ ЖИГА**

### **Резиме**

*Рад се бави истражењем да ли је оправдано условљавати пуноважност уговора о лиценци жића условом контроле квалитета робе која се обележава заштићеном ознаком, а коју је обавезан да врши давалац лиценце. Такав услов постоји у праву САД, док није прописан у праву Европске уније, као ни праву Републике Србије. У циљу давања одговора, у раду се анализира начин на који жић остварује своје функције на тржишту, као и економска утемељеност жића. Аутор закључује да контрола квалитета није потребна у праву жића као услов пуноважности уговора о лиценци жића, из истог разлога из којег није потребна ни у ситуацијама када носилац жића самостално искористића заштићену ознаку. Наиме, и без изричитог прописивања овог услова давалац лиценце (као и сваки носилац жића) има довољан мотив да обезбеди константан квалитет производа обележених његовом ознаком. Прописивање услова контроле квалитета не би било ни оправдано, јер такав услов садржи бројне недостатке.*

**Кључне речи:** *право интелектуалне својине, жић, уговор, лиценца, контрола квалитета.*

## I Увод

Уговор о лиценци је уговор којим се из субјективног права индустријске својине једног лица (даваоца лиценце) изводи једно или више имовинскоправних овлашћења, која се конституишу на име другог лица (стицаоца лиценце).

Уговор о лиценци је на општи начин регулисан Законом о облигационим односима.<sup>1</sup> Према члану 686 ЗОО уговором о лиценци обавезује се давалац лиценце да стицаоцу лиценце уступи, у целини или делимично, право искоришћавања проналаска, техничког знања и искуства, жига, узорка или модела, а стицалац лиценце се обавезује да му за то плати одређену накнаду. Наредним члановима ЗОО су различити аспекти уговора о лиценци регулисани на релативно детаљан начин.

У другој књизи преднацрта Грађанског законика<sup>2</sup> која садржи предлог правила за регулисање облигационих односа предложена су решења која се у највећој мери подударају са решењима Закона о облигационим односима, уз неколико предложених измена.

Један од могућих предмета уговора о лиценци је робна ознака која је заштићена жигом, у ком случају се ради о уговору о лиценци жига. Жиг је искључиво имовинско право које овлашћује свог титулара да у привредном промету користи заштићену ознаку за обележавање одређене врсте робе или услуге (у циљу једноставности у даљем тексту ће бити речи само о обележавању робе, а све речено се односи и на обележавање услуга). Уговор о лиценци жига је добио на изузетној важности у последњих неколико деценија због многих предности које пружа носиоцу жига, а које се огледају у снижавању трошкова производње и дистрибуције, приступу новим тржиштима (тржиштима производа, као и географским тржиштима), могућности уновчења репутације коју његова ознака поседује, обезбеђивању додатних прихода итд.

ЗОО и Преднацрт Грађанског законика не садрже правила која су специфична за уговор о лиценци жига. Та правила садржи Закон о жиговима.<sup>3</sup> Од наведених правила издвајамо правило да се уговор о лиценци уписује у одговарајући регистар надлежног органа на захтев једне од уговорних страна, те да тај упис производи дејство према трећим ли-

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

2 Најновије верзије све четири књиге преднацрта Грађанског законика су доступне на адреси: <http://www.akv.org.rs/novost.html?id=2038>, 9.4.2015. године.

3 Закон о жигу (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 10/2013). Правила која се односе на уговор о лиценци жига су прописана у члану 52.

цима, као и правило да предмет уговора о лиценци не може бити ознака заштићена колективним жигом и жигом гаранције.

Дакле, прописи Републике Србије не постављају посебне услове за пуноважност уговора о лиценци жига. Са друге стране, у многим државама је у прошлости било забрањено преношење овлашћења на искоришћавање жигом заштићене ознаке путем уговора о лиценци. Такође, у појединим државама је пуноважност уговора о лиценци жига условљена обавезом даваоца лиценце да контролише квалитет робе коју стицалац лиценце обележава заштићеном ознаком, што је последица специфичности жига. Наиме, жиг се разликује од осталих права индустријске својине по важности коју има за несметано одвијање процеса.

Предмет овог рада ће бити преиспитивање оправданости контроле квалитета као услова за пуноважност уговора о лиценци жига. У ту сврху ће бити анализирана правила која су на снази у САД-у и Европској унији, биће анализирани функције жига, као и његово економско утемељење, да би на крају био дат суд о томе да ли је оправдано пуноважност уговора о лиценци жига условљавати контролом квалитета од стране даваоца лиценце.

## II Право САД-а – рестриктивни режим уговора о лиценци жига

Допуштеност закључивања уговора о лиценци, као и услова потребних за пуноважност тог уговора су били предмет дебате у праву жига САД-а од почетка двадесетог века, од када је у пословној пракси овај уговор почео чешће да се закључује.<sup>4</sup> Почетком прошлог века закључивање уговора о лиценци жига није било допуштено по тадашњем федералном Закону о жиговима<sup>5</sup> и пракси судова. У то време је било прихваћено становиште да указивање на извор из којег роба потиче представља основну функцију жига. Термин „извор“ се у том контексту тумачио дословно, односно на начин да ознака указује на произвођача који производи робу. Јасно је да је могућност да носилац жига путем уговора о лиценци пренесе на друго лице овлашћење да заштићеном ознаком обележава своју робу неспојива са тумачењем да је основна функција жига указивање на конкретног субјекта који производи робу. Широко је био прихваћен став да би преношењем овлашћења на коришћење заштићене

4 Више о развоју уговора о лиценци жига у САД-у вид. Neil Wilkof, „Trademark Licensing: The Once and Future Narrative“, *The Trademark Reporter*, Vol. 104, 2014, стр. 895–917.

5 Закон о жиговима из 1905. године (енгл. *Trade Marks Act 1905*).

ознаке потрошачи били доведени у заблуду у погледу порекла робе, па је било немислииво да таква пракса буде допуштена.

Ипак, судови су постепено давали све више значаја функцији ознаке да гарантује квалитет робе, па се у складу са тим почео мењати и њихов став према допуштености закључивања уговора о лиценци жига. Значајно место је почео да заузима став да уговор о лиценци може бити пуноважан уколико давалац лиценце врши контролу квалитета робе коју стицалац лиценце обележава заштићеном ознаком.<sup>6</sup>

Овакво становиште је преовладало у судској пракси након усвајања федералног Закона о жиговима из 1946. године, који је уз одређене измене на снази и данас.<sup>7</sup> Судови су основ за увођење услова контроле квалитета за пуноважност уговора о лиценци жига нашли у дефиницији „повезане компаније“ коју је садржао поменути закон.<sup>8</sup> Санкција за непоштовање обавезе контроле квалитета је била строга, јер се сматрало да се носилац одрекао жига, што јерезултовало престанком жига и могућношћу слободног коришћењаробне ознаке.

Постављање контроле квалитета као услова за пуноважност уговора о лиценци жига је било правдано тиме да се на овај начин омогућава да привредни субјекти уживају предности које пружа уговор о лиценци, а да је притом обезбеђен континуитет квалитета робе и да су потрошачи заштићени од заблуда или чак преваре. Недостатак контроле би, са друге стране, омогућио поремећаје у квалитету робе, што би за последицу могло да има превару потрошача који би куповали робу означену заштићеном ознаком, а који би приликом куповине очекивали квалитет робе са којим су се раније сусретали.

Међутим, Закон о жиговима из 1946. године није прецизирао на који начин давалац лиценце треба да врши контролу квалитета робе, нити је судска пракса успела да изнедри чврсте стандарде по том питању. То је довело до постепене деградације услова контроле квалитета робе, пошто су судови успоставили стандард да је тај услов испуњен чак и у ситуацијама када је вршена минимална контрола или чак када никаква контрола није вршена.<sup>9</sup> Више је разлога због којих судови нису

6 Уговор о лиценци који није праћен контролом квалитета се у теорији САД-а означава термином „гола лиценца“.

7 Закона о жиговима из 1946. године (енгл. *Trademark Act of 1905*, познатији као: *Lanham Act*).

8 *Lanham Act*, пар. 1127 (45): *The term „related company“ means any person whose use of a mark is controlled by the owner of the mark with respect to the nature and quality of the goods or services onor in connection with which the mark is used* (у преводу: Термин „повезана компанија“ означава свако лице чија употреба ознаке је контролисана од стране власника ознаке по питању природе и квалитета робе или услуга на којима или у вези са којима се ознака користи).

9 Детаљну анализу судске праксе САД-а по питању тумачења контроле квалитета производа као услова за пуноважност уговора о лиценци жига вид. Irene Calboli,

били наклоњени строгом спровођењу стандарда контроле квалитета. Пре свега, за непоштовање те обавезе је предвиђена строга, можда и неадекватна санкција, која се састојала у престанку жига. Проблем се састоји у томе што би спровођење ове санкције омогућило да ознаку користе и трећа лица, што би допринело заблуди потрошача и одсуству стандардности квалитета производа. Чини се да би санкција допринела повећању проблема чији настанак је требало да спречи. Такође, на одсуство ентузијазма судова за испитивање услова контроле квалитета је утицао и контекст у којем су судови одлучивали. Наиме, судови су одлучивали о испуњености овог услова, пре свега, у поступцима по тужби даваоца лиценце против трећих лица за повреду жига у којима су тужени у склопу своје одбране тврдили да је жиг тужиоца престао да важи јер он није вршио адекватну контролу квалитета приликом закључења уговора о лиценци жига. Дакле, контекст одлучивања о испуњености овог услова је био неповољан за његово спровођење, јер су се као заговорници овог услова пред судовима пре свега појављивали субјекти тужени за повреду жига, а не потрошачи чијој заштити би спровођење услова примарно требало да служи. Као последица проблема који су настали у практичној примени услова контроле квалитета, у новије време у теорији је све више присутно залагање за укидање или измену овог услова.<sup>10</sup>

### III Право Европске уније – либерални режим уговора о лиценци жига

Међу државама чланицама Европске уније у области права жига постоји висок степен хармонизованости. Право жига је на нивоу Европске уније хармонизовано Директивом о хармонизацији правних прописа о жигу из 2008. године (даље у тексту: Директива),<sup>11</sup> док је пре ње била на снази Прва Директива о хармонизацији правних прописа о жигу из 1988. године.<sup>12</sup> Директивом су прописана основна правила о жигу која су државе чланице обавезне да унесу у домаће законе. Могућност закључивања уговора о лиценци жига је прописана у члану 8

„The Sunset of „Quality Control“ in Modern Trademark Licensing“, *American University Law Review*, Vol. 57, 2007, стр. 364–376.

10 Irene Calboli, *нав. чланак*; Rudolph Kuss, „Naked Licensing Doctrine Exposed: How Courts Interpret the Lanham Act to Require Licensors to Police Their Licensees & Why This Requirement Conflicts with Modern Licensing Realities & the Goals of Trademark Law“, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 9, 2005, стр. 361–386.

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

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

Директиве и нису постављени никакви услови које је потребно испунити за пуноважност уговора о лиценци.

Могућност регистрације комунитарног жига који има дејство на целој територији Европске уније је установљена Уредбом о комунитарном жигу из 2009. године (даље у тексту: Уредба),<sup>13</sup> пре које је била на снази Уредба о комунитарном жигу из 1993. године.<sup>14</sup> Међутим, национална права жига су и даље наставила да постоје и комунитарно право жига их није заменило. Свако лице има избор да жиг региструје у једној или у више држава чланица Европске уније или да изврши регистрацију комунитарног жига и на тај начин стекне право које ће важити на територији свих држава чланица. Закључивање уговора о лиценци комунитарног жига је регулисано у члану 22 Уредбе. За пуноважност уговора о лиценци нису прописани посебни услови.

Дакле, у праву Европске Уније је на снази либерални режим према којем пуноважност уговора о лиценци жига није условљена обавезом даваоца лиценце да врши контролу квалитета робе обележене заштићеном ознаком, нити неким сличним условом. Оправдање оваквог решења је могуће наслутити пре свега из текста Уредбе. Наиме, у тачки 11 увода Уредбе је наведено да се робна ознака има сматрати предметом својине и да постоји независно од субјекта чија роба и услуге су са њом обележени, те да сходно томе треба да буде омогућен њен пренос (под условом да јавност није доведена у заблуду као последица преноса), давање као обезбеђења у корист трећег лица, као и њено лиценцирање. О перспективи из које се у праву Европске уније посматра уговор о лиценци жига говори и место на којем се у Уредби налазе одредбе о лиценцирању. Наиме, члан 22 Уредбе (којим је прописана могућност закључивања уговора о лиценци комунитарног жига) се налази у делу 4 Уредбе који носи наслов „Комунитарни жиг као предмет својине“.

Из наведеног закључујемо да се у Европској унији питање преносења овлашћења на искоришћавање жигом заштићене ознаке путем уговора о лиценци посматра кроз призму права власника да слободно располаже својом имовином. Дакле, у први план се истиче интерес који носилац жига има у заштићеној ознаци, а тек секундарно се води рачуна о утицају који различити начини коришћења заштићене ознаке могу да имају на одвијање промета. Сходно томе, у праву Европске уније није дат већи значај интересима и циљевима који су у праву САД-а одлучујуће утицали на развој контроле квалитета као услова за пуноважност уговора о лиценци жига. Према томе, либерални режим на

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

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



снази у Европској унији, према коме за пуноважност уговора о лиценци није потребно испунити посебне услове, је природна последица погледа на жиг у којем доминира брига о интересима носиоца жига (на уштрб осталих субјеката на које жиг има утицај) и у којем се у први план истиче слобода носиоца жига да слободно располаже својом имовином.

#### **IV Функције жига и његова економска утемељеност**

Сматрамо да је функционални приступ најпогоднији за давање одговора на питање да ли пуноважност уговора о лиценци жига треба да буде условљена контролом квалитета робе коју прималац лиценце обележава заштићеном ознаком. Наиме, потребно је поћи од проучавања функција које робна ознака врши у промету, начина на који жиг доприноси остварењу тих функција, да би се након тога могао анализирати утицај који би потенцијални услови за пуноважност уговора о лиценци имали на остваривање функција ознаке. Такође, сматрамо да ће нам за процену оправданости услова контроле квалитета бити од користи и проучавање економске утемељености жига. Због тога ће у наставку бити анализиране функције робне ознаке и жига, као и економска утемељеност жига.

##### **1. Функције робне ознаке и жига**

Робна ознака врши у промету неколико међусобно повезаних функција. Према традиционалном схватању теорије постоје четири функције ознаке.

Прва функција ознаке је функција разликовања робе. Робне ознаке омогућавају потрошачима да робу једног произвођача на тржишту разликују од робе другог произвођача. Право жига штити ову функцију ознаке посредством функције указивања на порекло робе.

Друга функција ознаке је функција указивања на порекло робе, односно указивања на извор из којег роба долази. То, међутим, не значи да се на основу ознаке може извести закључак о идентитету произвођача робе. Идентитет произвођача за потрошаче може остати непознат, али они на основу ознаке могу да закључе да је сва роба пуштена у промет и обележена заштићеном ознаком од стране носиоца жига или по његовом овлашћењу. Према традиционалном схватању ова функција ознаке је једина која је непосредно заштићена жигом. Жиг даје свом титулару искључиво право да у промету обележава робу заштићеном ознаком и да свим другим лицима забрани да своју робу обележавају истом ознаком.

Трећа функција ознаке је функција гаранције квалитета робе. Жиг не штити ову функцију ознаке на непосредан начин, већ је штити посредством функције указивања на порекло робе. Наиме, на основу сазнања да сва роба означена истом робном ознаком потиче из истог извора потрошачи могу основано закључити да та роба има стандардан квалитет и карактеристике. Санкција за непостојан квалитет робе није у домену права. Наиме, право жига не даје потрошачима основ за тужбу на основу чињенице да квалитет и карактеристике робе коју су купили одудара од квалитета и карактеристика робе које су у прошлости биле означене истом заштићеном ознаком. У том смислу право жига је индиферентно према променама у квалитету робе која је означена заштићеном ознаком. Санкцију за промене у квалитету робе обезбеђује тржиште. Наиме, потрошачи препознају непостојан квалитет робе што резултира лошом репутацијом робе на тржишту и снижавањем њене атрактивности. Мотивисан сазнањем да је сва одговорност у очима потрошача за квалитет робе на њему, носилац жига се труди да одржи постојан квалитет робе и да га побољша.

Иако посредна, улога жига у гарантовању квалитета робе је кључна. Наиме, потрошачи знају да је једино носилац жига одговоран за пуштање у промет робе која је означена заштићеном ознаком. Ова чињеница је неопходан предуслов да би се потрошачи поуздали у робну ознаку као гаранцију квалитета робе. Уколико би и трећим лицима било дозвољено да обележавају робу заштићеном ознаком, ознака би престала да буде релевантан извор информација за потрошаче у погледу очекиваног квалитета робе.

Четврта функција ознаке је рекламна функција. Робна ознака путем дуготрајног коришћења у привредном промету и рекламирања стиче у свести потрошача статус симбола који потрошаче асоцира на робу и њена својства, као и друга значења која се везују за ту ознаку (на пример луксуз, здравље, брига о животној средини итд.). Жиг, такође, не штити ову функцију ознаке на непосредан начин, осим кроз институт заштите од разводњавања чувене ознаке, који пружа ширу заштиту ознакама које су стекле статус чувености.

Закључујемо да право жига обезбеђује да се потрошачи на тржишту могу поуздати да сва роба која носи заштићену ознаку потиче из истог извора и да другим субјектима није дозвољено да означавају своју робу заштићеном ознаком без сагласности носиоца жига, те да на тај начин створе код потрошача погрешно уверење да и њихова роба потиче из тог извора.

## 2. Економска утемељеност жига

У теорији права жига је широко прихваћен економски модел функционисања робне ознаке који су понудили Вилијам Ланд и Ричард Познер.<sup>15</sup> На овом месту ће економски модел бити изложен на сажет начин, односно само у мери која је неопходна за доношење закључка о оправданости контроле квалитета као услова за пуноважност уговора о лиценци жига.

Према наведеном економском моделу укупну цену робе за потрошаче на тржишту представља збир њене номиналне цене и трошкова прибављања информација о роби, који представљају један вид трансакционих трошкова. На пример, уколико номинална цена робе износи 700 динара, а та роба се продаје уз трансакциони трошак од 300 динара, онда укупна цена робе износи 1.000 динара. Сваки произвођач настоји да снизи трошкове прибављања информација о његовој роби, јер му то омогућава да у оквиру исте укупне цене робе наплати вишу номиналну цену.

Веома значајну улогу у процесу снижавања трошкова прибављања информација о роби има робна ознака, јер она у свести потрошача симболише укупност информација које потрошачи имају о роби. Због тога носилац жига има јак мотив да улаже у промоцију робне ознаке и да на тај начин снижава трошкове који потрошачи имају приликом тражења његове робе. Такође, основно очекивање које потрошачи имају је да сва роба обележена ознаком има једнак квалитет и то квалитет који они повезују са том ознаком. Уколико би дошло до варирања квалитета робе, очекивања потрошача би била изневерена и они не би могли да се поуздају у робну ознаку као сигнал очекиваног квалитета. У том случају, робна ознака не доприноси снижавању трансакционих трошкова. Због тога произвођачи имају јак мотив да одрже постојаним квалитет своје робе, јер је то основни предуслов уживања предности које доноси снижавање трансакционих трошкова путем робне ознаке.

## V Анализа оправданости контроле квалитета као услова за пуноважност уговора о лиценци жига

У претходном делу рада је објашњено да функција гаранације квалитета представља једну од функција робне ознаке коју жиг не штити

15 За детаљан приказ економског модела функционисања робне ознаке на тржишту вид. William M. Landes, Richard A. Posner, „Trademark Law: An Economic Perspective“, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 30, 1987, стр. 265–310; William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, 2003, стр. 166–209.

непосредно. Дакле, санкција коју произвођач трпи у случају да је квалитет његове робе непостојан или у случају да дође до погоршања квалитета робе није у домену права, већ санкција долази од потрошача и испољава се у виду смањења тражње за робом. Такође, изложени економски модел функционисања робне ознаке је показао да произвођачи трпе штету у случају варирања квалитета робе која се огледа у губитку капацитета робне ознаке да допринесе снижавању трошкова прибављања информација о роби. С обзиром на то да произвођачи настоје да сниже трошкове прибављања информација о роби и да им је робна ознака неопходна за остварење тог циља, они имају јак мотив да обезбеде постојан квалитет своје робе.

Иако утицај жига на остваривање функције ознаке да гарантује квалитет робе није непосредан, тај утицај је кључан, јер би се цео изложени механизам функционисања робне ознаке на тржишту урушио уколико би трећим лицима било дозвољено да користе робну ознаку за обележавање своје робе и на тај начин доводе потрошаче у заблуду у погледу порекла робе.

Из наведеног можемо закључити да није неопходна директна интервенција права жига да би се обезбедила постојаност квалитета робе на тржишту. Поред тога што није потребна, сматрамо да интервенција права не би била оправдана из више разлога.<sup>16</sup> Пре свега, сваки произвођач треба да буде слободан да одреди квалитет робе коју производи, а тржиште ће тај квалитет на одговарајући начин вредновати. Снижавање квалитета робе и трошкова њене производње може бити легитимна стратегија произвођача у борби за већу атрактивност његове робе. Даље, сматрамо да није правилно промену квалитета робе квалификовати као довођење потрошача у заблуду или чак превару потрошача. Уколико потрошачи правилно могу да идентификују „кривца“ за нарушени квалитет робе (дакле, уколико није реч о ситуацији да треће лице без знања и одобрења носиоца жига обележава заштићеном ознаком своју робу која је лошијег квалитета и на тај начин доводи потрошаче у заблуду), носилац жига ће сносити последице нарушавања квалитета производа и не може се говорити о заблуди и превари потрошача. На крају, чак и када би била оправдана, контролу квалитета робе је тешко спровести. Наиме, готово је немогуће успоставити објективне критеријуме за проверу квалитета робе.

16 У теорији, додуше спорадично, постоје ставови који се залажу општу примену контроле квалитета. Вид. Noah D. Genel, „Keep It Real: A Call For A Broader Quality Control Requirement In Trademark Law“, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 8, 1997, стр. 269–301. Цитирани аутор се залаже за успостављање контроле квалитета као услова који би се односио на све носиоце жигова, а не само на ситуације када је право на искоришћавање жигом заштићене ознаке пренето путем уговора о лиценци.

Сматрамо да сви изнети аргументи са истом снагом говоре против прописивања услова контроле квалитета робе од стране даваоца лиценце као услова за пуноважност уговора о лиценци жига. Постављање таквог услова није потребно, јер носилац жига као давалац лиценце има јак мотив да обезбеди да квалитет робе обележене његовом заштићеном ознаком буде постојан. Уколико то не буде случај, робна ознака ће изгубити на значају као инструмент за снижавање трансакционих трошкова и носилац жига ће трпети негативне последице. Такође све изнете мањкавости контроле квалитета као услова које би право жига наметало носиоцу жига се са истом снагом односе и на случај закључивања уговора о лиценци жига. Речју, сви закључци које смо донели на основу анализе механизма деловања права жига и тржишних закона, а који су говорили против увођења контроле квалитета као института права жига се на исти начин могу применити и на ситуацију закључивања уговора о лиценци жига.

Дакле, закључујемо да пуноважност уговора о лиценци жига не треба да буде условљено контролом квалитета коју давалац лиценце врши над робом стицаоца лиценце. Прописивање таквог услова није потребно, а не би било ни оправдано, јер такав услов садржи бројне недостатке.

Ипак важно је направити разграничење нашег става у односу на перспективу сагледавања жига као имовине његовог титулара.<sup>17</sup> У Европској унији, чини нам се, основни аргумент за успостављање либералног режима за уговор о лиценци жига представља истицање права власника да слободно располаже својом имовином. Ми сматрамо да је улога жига као искључивог права веома комплексна и важна за одвијање промета, те да се жиг не може посматрати само као део имовине његовог титулара. Жиг врши специфичну функцију на тржишту и у склопу тога дотиче интересе различитих интересних група, те интерес његовог носиоца није једини интерес о којем треба водити рачуна приликом регулисања појединих института права жига. Наше залагање за либерални режим закључивања уговора о лиценци жига се заснива, пре свега, на схватању да право жига и без прописаног услова контроле квалитета робе у садејству са законима тржишта обезбеђује довољну гаранцију са постојан квалитет робе у случају када је право на искоришћавање жигом заштићене ознаке пренето путем уговора о лиценци.

17 Сматрамо да је ово разграничење потребно направити с обзиром на то да се у литератури залагање за прихватање „голе лиценце“ поистовећује са прихватањем процеса тзв. пропертизације жига. Као пример вид. Mark A. Lamley, „The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense“, *The Yale Law Journal*, Vol. 108, 1999, стр. 1709–1710.

## VI Закључак

Прописи Републике Србије не постављају посебне услове за пуноважност уговора о лиценци жига. У Европској унији је, такође, на либералан начин регулисан овај уговор, што је природна последица погледа на жиг у којем доминира брига о интересима носиоца жига и у којем се у први план истиче његово право да слободно располаже својом имовином. Са друге стране, у појединим државама (на пример, САД-у) је пуноважност уговора о лиценци жига условљена обавезом даваоца лиценце да контролише квалитет робе коју стицалац лиценце обележава заштићеном ознаком. Овај услов се правда аргументом да би недостатак контроле омогућио поремећаје у квалитету робе, што би за последицу могло да има превару потрошача који би куповали робу означену заштићеном ознаком, а који би приликом куповине очекивали квалитет робе са којим су се раније сусретали.

На основу анализе механизма деловања жига на тржишту, као и његове економске утемељености смо закључили да контрола квалитета није потребна у праву жига као услов пуноважности уговора о лиценци (на исти начин као што није потребна ни у ситуацијама када носилац жига самостално искоришћава заштићену ознаку), јер и без изричитог прописивања тог услова давалац лиценце (као и сваки носилац жига) има довољан мотив да обезбеди константан квалитет робе обележене његовом ознаком. Прописивање таквог услова контроле квалитета не би било ни оправдано, јер такав услов садржи бројне недостатке.

*Vladimir BOROVAC, M.A.*

PhD Candidate at the Faculty of Law University of Belgrade

## QUALITY CONTROL AS A CONDITION FOR THE VALIDITY OF THE TRADEMARK LICENCE AGREEMENT

### Summary

*The paper deals with the question if it is justified to make conditional the validity of the trade mark licence agreement upon the control of quality of goods which is being designated by the protected mark, which the licensor is obliged to perform. Such a condition exists in US law, whereas it is not stipulated in*

*EU law, or in the law of the Republic of Serbia. With a view to give an answer, the paper analyses the manner in which the trade mark performs its functions on the market, as well as the economic grounds of the trade mark. The author concludes that the quality control is not necessary in the trade mark law as a condition for the validity of a trade mark licence agreement, for the same reason why it is not necessary in situations when the trade mark owner independently exploits the protected mark. Thus, even without an explicit stipulation of this condition, the licensor (as well as every trade mark owner) has a sufficient motive to provide a constant quality of products designated by his mark. The establishment of the condition of quality control would not be justified, either, because such a condition contains numerous shortcomings.*

**Key words:** *intellectual property law, trade mark, agreement, licence, quality control.*

Мр Свјетлана ИВАНОВИЋ  
виши асистент Правног факултета Универзитета у Источном  
Сарајеву

## АУТОРСКИ ХОНОРАР У ИЗДАВАЧКОМ УГОВОРУ

### Резиме

*Предмет рада је приказ нових рјешења предвиђених Преднацртом Грађанској законика Србије која се односе на издавачки уговор. Указано је на терминолошку нејрецизност одређења предмета уговора. Послије краће прегледа предложених измјена у односу на важећи закон, детаљније су обрађене одредбе о ауторском хонорару. Посљедњи дио рада посвећен је инститорској ревизији уговорних одредаба о висини ауторског хонорара. Будућим Грађанским закоником предвиђено је увођење законске претпоставке да аутору увијек припада право на награду, о чијој висини, уколико није уговорена или одређена, одлучује суд водећи рачуна о свим околностима случаја. Термином одређивања износа накнаде пребацује се на судове, због чега би требало прецизирајући додатне критеријуме досуђивања накнаде. Уколико између ауторског хонорара и прихода издавача постоји очигледна несразмјера, аутор може тражити повећање хонорара ради правичније учешћа у приходу од дјела. Пошто је правичност кључни критеријум за повећање хонорара, онда би свака накнада, било уговорена или претпостављена, требала бити правична. На тај начин, посредно, уводи се концепт правичне накнаде.*

**Кључне речи:** ауторско право, ауторски уговор, издавачки уговор, ауторски хонорар.



## I Увод

Ауторским уговорима врши се промет имовинскоправних овлашћења из субјективног ауторског права. Ауторско уговорно право садржи посебна правила у односу на општа правила уговорног, односно облигационог права. Потреба увођења посебних правила јавља се због специфичног предмета уговорне обавезе и положаја аутора у уговорном односу. Предмет уговора није ауторско дјело, нити материјализовани примјерак дјела, већ имовинскоправна овлашћења поводом тог дјела. Њиховим прибављањем, корисник стиче право искоришћавања дјела у уговореном временском и просторном оквиру. У погледу свог дјела, аутор има изражене економске и моралне интересе. Циљ аутора је да присвоји одређену накнаду као награду за свој рад, али и да дјело дође до крајњег корисника, односно уживаоца интелектуалног добра. Корисници ауторских дјела са којима аутори и други носиоци ауторског права закључују уговоре имају улогу посредника који омогућавају да дјело дође до публике. У улози корисника ауторских дјела најчешће се појављују издавачи, продуценти, РТВ куће и други субјекти чији је задатак да дјело пласирају на тржиште. Иступањем на тржишту интелектуалних, креативних добара, корисници постају дио тзв. културне индустрије.

У односу са корисницима ауторских дјела, аутори нису равноправни учесници на тржишту. Аутор је често приморан да закључује уговор и уступа права на коришћење дјела одмах по његовом настанку. Са друге стране, корисници углавном имају могућност избора и процјене које дјело, у ком тренутку и на који начин пласирати на тржиште и остварити најбоље резултате. Захваљујући свом положају на тржишту одређених добара и приступу информацијама, корисници имају повољнију преговарачку позицију и могућност наметања сопствених услова пословања. Поред економских разлога, аутор као стваралац је интелектуално и емотивно везан за своје дјело. Све то доприноси неповољнијем положају аутора у ауторским уговорима и нарушавању начела равноправности уговорних страна.

Посебну врсту ауторских уговора чини издавачки уговор, којим аутор или носилац права овлашћује издавача да умножи дјело и да примјерке дјела стави у промет. Издавачки уговор је један од најучесталијих ауторских уговора у пракси. Спада у именоване ауторске уговоре који су регулисани Законом о ауторском и сродним правима из 2009. године.<sup>1</sup> Проблеми у пракси намећу потребу да се поједина питања детаљније регулишу и прилагоде савременим трендовима изда-

1 Закон о ауторском и сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 и 119/2012, у даљем тексту: ЗАСП), чл. 73–81.

вачке дјелатности и ауторскоправне заштите. Један од могућих праваца модернизације издавачког уговора могао би бити у оквиру предстојеће кодификације грађанског права. Преднацртом Грађанског законика Србије предвиђена је могућност да издавачки уговор буде обухваћен будућом кодификацијом. Иако је то само једна од алтернатива, могло би се дискутовати о разлозима због којих само издавачки, а не и остали ауторски уговори заслужују мјесто у Законику. Међутим, ми се на овом мјесту нећемо тиме бавити. Циљ рада је да се укаже на неке специфичности регулације издавачког уговора у Преднацрту, а нарочито на уређење ауторског хонорара.

## II Издавачки уговор у Преднацрту Грађанског законика

### 1. Предмет издавачког уговора

Издавачки уговор је у Преднацрту Грађанског законика дефинисан као уговор којим аутор уступа издавачу право објављивања одређеног ауторског дјела. Аутор се обавезује да уступи право на објављивање одређеног дјела и да у ту сврху преда дјело припремљено за објављивање, док се издавач обавезује да дјело умножи у одређеном броју примјерака и да те примјерке стави у промет.<sup>2</sup> Из дефиниције уговора, као и посебне одредбе, произлази да је предмет уговора искључиво право објављивања, јер закључењем уговора издавач стиче искључиво право да дјело објави.<sup>3</sup> Прво питање које се намеће је може ли овлашћење на објављивање бити предмет било каквог располагања аутора. У литератури старијег датума, постоје схватања да је овлашћење на објављивање дјела припадак имовинскоправних овлашћења, те да се може сврстати и у личноправна и имовинскоправна овлашћења.<sup>4</sup> Према важећем законодавству, овлашћење на објављивање дјела је искључиво личноправно овлашћење аутора.<sup>5</sup> Аутор је искључиво овлашћен да објави своје дјело или другоме дозволи да то учини, да одреди начин на који ће дјело бити објављено, као и да сваком другом забрани објављивање.<sup>6</sup> Уколико ау-

2 Комисија за израду Грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије*, Преднацрт, друга књига, Облигациони односи, Влада Републике Србије, Београд, 2014, чл. 769, стр. 245. Доступно на адреси: [http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C\\_Obligacioni\\_odnosi.pdf](http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf), у даљем тексту: Преднацрт Грађанског законика.

3 Преднацрт Грађанског законика, чл. 772.

4 Војислав Спаић, *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ*, Сарајево, 1969, стр. 171.

5 ЗАСП, чл. 16.

6 Зоран Миладиновић, *Право интелектуалне својине*, Источно Сарајево, 2012, стр. 105.

тор није у могућности да самостално објави дјело, то по правилу чине друга лица, али по његовом одобрењу. Друго лице може имати дозволу да изврши радњу објављивања, али то не значи да му је уступљено овлашћење на објављивање, јер личноправна овлашћења не могу бити у промету.

У дијелу којим се регулишу обавезе издавача, наводи се да се радња објављивања дјела састоји у радњи умножавања дјела и стављања примјерака умноженог дјела у промет.<sup>7</sup> У теорији ауторског права, али и важећем закону, наведене радње сматрају се издавањем, а не објављивањем дјела. Дјело је објављено када је на било који начин и било гдје у свијету први пут саопштено јавности од стране аутора или лица које је он овластио. Ауторско дјело је издато када су примјерци дјела пуштени у промет од стране аутора или лица које је он овластио у броју, који, с обзиром на врсту и природу дјела, може да задовољи потребе јавности.<sup>8</sup> Дакле, израз објављивање који се користи у Преднацрту, са становишта теорије ауторског права, није најпрецизнији, будући да може изазвати забуну. Коришћење појма објављивање дјела у значењу издавања, потиче из текста међународних конвенција којима се регулише ауторско право, прије свега Бернске конвенције о заштити књижевних и умјетничких дјела и Свјетске конвенције о ауторском праву.<sup>9</sup>

На крају, објављивање је једнократна радња јер се дјело може само једном објавити, а издавање се може више пута понављати, све док постоји интересовање јавности за дјело. Издато дјело је истовремено и објављено, а објављено не мора бити и издато. Само ако се дјело први пут издаје и ако раније није било објављено, издавањем ће се извршити и објављивање дјела. Осим тога, дословним тумачењем одредаба Преднацрта могло би се закључити да се могу издати само дјела која раније нису објављена. С обзиром да теорија ауторског права и законодавац праве јасну разлику између израза објављивање и издавање, сматрамо да би ради правно-техничке прецизности требало размотрити коришћење израза објављивање у Преднацрту Грађанског законика и искористити све предности богатства српског језика.

## 2. Неке новине у издавачком уговору

Предложени текст будућег Грађанског законика детаљније регулише поједина питања у односу на важећи закон. Начело диспозитивно-

7 Преднацрт Грађанског законика, чл. 785.

8 ЗАСП, чл. 7.

9 У тексту Бернске конвенције на енглеском језику користи се израз *published work*, који се у домаћој литератури углавном преводи као објављено дјело.

сти одредаба и даље преовлађује, што значи да стране могу и другачије уредити своје односе. Искуства из праксе указала су на питања која су често узрок спорова. У односу на важећи закон, детаљније је регулисано питање броја издања. Задржана је законска претпоставка да је уговорено једно издање уобичајеног тиража за дјела исте врсте, али је предвиђено да искључиво право издавача престаје кад издање буде распродато, а најкасније по истеку три године од дана стављања примјерака у продају.<sup>10</sup> Предвиђено је прече право издавача на ново издање истог дјела, с тим што аутор не смије изиграти ово право нуђењем неповољнијих услова у односу на друге издаваче.<sup>11</sup>

Ако је уговором предвиђено да издавач има право на више уза- стопних издања, издавач је дужан да по исцрпљењу тиража припреми ново издање и отпочне са пуштањем примјерак у промет у уговореном року. Ако није уговорен, важећим законом је предвиђен рок од годи- ну дана од дана када је аутор захтијевао ново издање, а Преднацртом је предвиђено да то буде примјерен рок који одређује аутор. Значајна новина тиче се посљедица непоштовања уговореног или законом предвиђеног, односно примјереног рока за ново издање. Према важећем закону, уколико издавач не припреми ново издање, аутор има право на раскид уговора и накнаду штете због неизвршења уговора. Умјесто на- веденог рјешења, предложено је да се у случају неиспуњења уговорне обавезе уговор раскида по самом праву, а аутор задржава хонорар који је примио унапријед за изостало издање.<sup>12</sup> Предложено рјешење је си- гурно ефикасније од постојећег, али ако аутор није унапријед примио хонорар, што ће вјероватно често бити случај, онда ће бити принуђен да захтијева накнаду штете.

Предвиђено је ограничење времена трајања издавачког уговора. Ако је уговорено једно или више издања, уговор траје док примјерци дјела не буду распродати, с тим што најдуже може трајати три године од стављања примјерака дјела у продају. Осим тога, издавачки уговор може бити закључен за одређено вријеме, које не може бити дуже од пет година.<sup>13</sup>

Прецизиране су обавезе уговорних страна. Аутор има обавезу да преда издавачу рукопис дјела припремљен за штампу, да прегледа отис- ке и да изврши исправке штампарских грешака, затим да гарантује да право припада њему, да га није уступио другом лицу, да нема терета, односно да пружи заштиту од евикције, као и да се за вријеме трајања

10 Преднацрт Грађанског законика, чл. 776.

11 Преднацрт Грађанског законика, чл. 777.

12 Преднацрт Грађанског законика, чл. 778.

13 Преднацрт Грађанског законика, чл. 779.

уговора уздржи од било каквих радњи умножавања дјела, с обзиром да издавач постаје искључиви носилац уступљених овлашћења.<sup>14</sup>

Издавач има обавезу да умножи примјерке дјела и да их стави у промет, да објави дјело у уговореном, односно примјереном року, да обезбједи техничку опрему издања, да одреди цијену по прибављеном мишљењу аутора, ако унапријед није уговорена, да предузме све потребне активности како би јавност била упозната са издањем, да повремено, по захтјеву, обавјештава аутора о продаји примјерака, а ако је висина хонорара одређена у проценту од цијене продатих примјерака, онда обавезно подноси извјештај о продатим примјерцима и обрачун хонорара и да плати ауторски хонорар.<sup>15</sup> Извесне новине су предвиђене и у погледу регулисања ауторског хонорара.

### III Обавеза плаћања ауторског хонорара

Ако издавачки уговор посматрамо као двостранообавезни и теретни уговор, онда се као противчинидба уступању одређених овлашћења на коришћење дјела појављује обавеза плаћања накнаде, односно ауторског хонорара. Важећим Законом предвиђено је да издавач има обавезу плаћања накнаде само ако је уговорена.<sup>16</sup> До усвајања Закона о ауторском и сродним правима из 2004. године, ауторска накнада је била обавезан елемент ауторског, па тиме и издавачког уговора. У литератури постоје схватања да, иако хонорар није битан елемент издавачког уговора по закону, он представља обавезну престацију издавача, тј. одговара цијени код купопродајног уговора, те би се могао сматрати обавезним елементом издавачког уговора.<sup>17</sup>

Законодавац је приликом прописивања обавезе уговарања ауторског хонорара имао за циљ побољшање економског положаја аутора и заштиту његових интереса у уговорном односу, као и спречавање злоупотребе повољније позиције издавача, али је таква одредба произвођила управо супротан ефекат. У одсуству одредбе о ауторској накнади, уговор је постајао неименовани уговор облигационог права, а не ауторски или издавачки, тако да се нису могла примјенити посебна правила ауторског уговорног права.<sup>18</sup>

14 Преднацрт Грађанског законика, чл. 781–784.

15 Преднацрт Грађанског законика, чл. 785–795.

16 ЗАСП, чл. 73.

17 Весна Бесаровић, *Интеллектуална својина, индустријска својина и ауторско право*, Београд, 2005, стр. 319.

18 За исцрпну критику таквог рјешења вид. Слободан Марковић, „Обавеза плаћања ауторског хонорара, ауторско право и тржиште“, *Право и привреда*, бр. 5–8/98, стр.

Висина ауторског хонорара се одређује споразумом уговорних страна. Ауторска накнада се може одредити као фиксна или паушална или накнада која се одређује с обзиром на одређене критеријуме, као што су величина дјела, обим коришћења дјела или економски ефекти коришћења дјела. Свакако је могуће да се накнада одреди комбиновањем неких од наведених метода.

Ауторска накнада у издавачким уговорима одређује се с обзиром на величину дјела, односно, по ауторском табуку, независно од успјеха самог дјела. Друга могућност је уговарање паушалне накнаде, чиме ризик неуспјеха дјела у потпуности сноси издавач, као и могућност да се уговори хонорар у одређеном проценту од прихода издавача. Тек у овом, посљедњем случају, и аутор и издавач заједнички носе ризик издавачког подухвата.<sup>19</sup>

Начин одређивања накнаде може да укаже на то која уговорна страна сноси ризик коришћења једног дјела,<sup>20</sup> као и колико подстицајно дјелује на стваралаштво аутора. Ако је накнада одређена у проценту од прихода који се оствари продајом примјерака дјела,<sup>21</sup> онда је ризик продаје, а тиме и успјеха, подијељен. На другој страни, то ипак ствара извијесну несигурност за аутора у погледу износа накнаде коју ће добити. Несигурност у економском погледу не утиче подстицајно на даљи рад и стваралаштво аутора. Да би се отклонила ова врста несигурности постоји могућност плаћања извјесног износа накнаде унапријед, тако да ризик у већој мјери сноси издавач. Што је тај износ већи, тиме су и обавезе издавача на пласману дјела веће. Још једна могућност је закључивање тзв. „*buy-out*“ уговора и плаћање накнаде која у ствари представља фиксни износ који се плаћа за коришћење већег броја, или боље речено, скупа појединих овлашћења. Ова врста уговора се најчешће појављује уколико су у питању облици коришћења гдје је тешко контролисати сваку појединачну радњу коришћења. То су, дакле, уговори који се појављују у музичкој индустрији и закључују их музичке куће, РТВ предузећа,

876.

19 Често се код оваквог облика накнаде уводи законска обавеза да се уговором одреди и гарантовани износ накнаде аутору, који се исплаћује без обзира на број продатих примјерака дјела. Ово је такође један од облика заштите интереса аутора. Вид. Катарина Дамњановић, Владимир Марић, *Интелектуална својина*, Београд, 2007, стр. 90.

20 У сваком случају, без обзира на подјелу ризика, правило је да је издавач у повољнијој ситуацији и да боље подноси евентуални неуспјех. Његова економска позиција, као и чињеница да се тиме бави у виду дјелатности говори у прилог томе. Paul M. Horvitz, „The Pricing of Textbooks and the Remuneration of Authors“, *The American Economic Review*, Vol. 56, бр. 1–2/Mar-May, 1966, стр. 414.

21 У новијој литератури се наводи да тај проценат у издавачким уговорима обично износи око 15%.

маркентишке агенције са извођачима или њиховим удружењима. Иако у оваквим ситуацијама ризик сноси издавач, овај облик накнаде није нарочито популаран, нити погодан ни за самог аутора.<sup>22</sup>

Преднацрт Законика уводи извијесне новине у погледу обавезе плаћања накнаде, али и саме терминологије. Умјесто израза накнада, предложено је да се користи израз награда, који је ближи преводу латинске ријечи хонорар.<sup>23</sup> Коришћење израза награда умјесто накнада, могло би да укаже на нераскидиву везу имовинских и личних, идеалних интереса аутора поводом издавања дјела. Осим тога, награда упућује на теоријско утемељење ауторског права, према коме је смисао ауторско-правне заштите да обезбједи подстицај стваралаштву и награди стваралача за његов рад. Сваки стваралац има унутрашњу мотивацију за рад у виду тежње за постизањем личног задовољства, славе, признања и слично. Осим унутрашњих, личних мотива аутора, неопходна је и спољна мотивација или подстицај у виду финансијске награде. Међутим, у литератури се истиче да суштински подстицај стваралаштву не мора нужно да буде економски, у виду накнаде за искоришћавање дјела, већ да ауторско право суштински подстицај креативности пружа кроз заштиту моралних права.<sup>24</sup>

Издавач има обавезу да плати аутору уговором одређену награду. Са друге стране, предвиђено је да аутор има право на хонорар и кад није уговорен, изузев ако се из околности случаја може закључити да се одрекао тог права. Ако накнада није уговорена, или није одређен њен износ, висину хонорара одредиће суд водећи рачуна о свим околностима случаја.<sup>25</sup>

Поставља се питање да ли се на овај начин поново уводи обавеза плаћања хонорара. Начелно, одговор је потврдан, с тим што ипак постоје разлике у односу на ранија слична рјешења. Као прво, ауторски хонорар не мора бити изричито предвиђен уговором, јер постоји законска претпоставка да аутор и тада има право на награду. Ауторски хонорар није битан елеменат издавачког уговора, те његово изостајање не одузима уговору својство ауторског, као што је раније био случај. Чак

22 Вид. Ruth Towse, „Copyright and Economic Incentives: An Application to Performers' Rights in the Music Industry“, *Kyklos*, Vol. 52, бр. 3/1999, стр. 369–390.

23 Интересантно је да израз хонорар потиче још из античког периода. Иако римско право није признавало ауторима право на материјалну накнаду, књижевници и умјетници су добијали одређену накнаду од владара, или лица које би наручило књижевно или умјетничко дјело. Та накнада се називала *honorarium*, што значи да је представљала одређену врсту почаста или награде за умјетнички рад. Детаљније вид. Весна Бесаровић, *нав. дјело*, стр. 44.

24 Ruth Towse, „Copyright and Artists: A View From Cultural Economics“, *Journal of Economic Surveys*, Vol. 20, бр. 4/2006, стр. 579.

25 Преднацрт Грађанског законика, чл. 794.

и ако није уговорен, или је уговорен, а износ није прецизиран, коначну одлуку о висини хонорара донијеће суд водећи рачуна о свим околностима случаја. Осим имовинских, аутори, нарочито неафирмисани, имају изражен идеални интерес да њихово дјело буде издато без обзира на хонорар. У тим ситуацијама, треба допустити аутору да располаже својим овлашћењима без одговарајуће накнаде. Ако се послужимо термином који је предложен, већ сама чињеница да ће његово дјело бити објављено представља својеврсну награду.

Аутор може остати без хонорара ако га се одрекао. Одрцање не мора бити изричито, јер може произлазити из околности случаја. Међутим, поставља се питање да ли би аутор могао остати без хонорара и у другим ситуацијама. С обзиром да о висини хонорара одлучује суд, постоји могућност да, чак и ако се аутор није одрекао накнаде, из околности случаја произлази да је износ хонорара који припада аутору једнак нули, односно да у конкретном случају нема основа да се аутору досуди хонорар.

Уколико уговором није предвиђена накнада, то не значи да се ради о добротном правном послу. Теретни уговори су такви уговори код којих једна страна даје накнаду за корист коју од друге стране добија, а добротини они код којих једна страна не даје никакву накнаду за користи које од друге стране добија.<sup>26</sup> Чак и у случају када аутор не добија накнаду за уступљено право, то не значи да корисник стиче то право бесплатно. Он стиче право на искоришћавање дјела и да би то могао учинити, ипак су потребна одређена улагања. Да би се један уговор могао сматрати добротним, неопходна је намјера да се другом лицу учини поклон, тзв. *animus donandi*.

Предложеним рјешењем, уводи се законска претпоставка да аутор има право на хонорар за уступање овлашћења издавачким уговором, изузев ако се није одрекао тог права. Прихватањем изнијетог приједлога, створиле би се могућности да аутор добије хонорар и ако није изричито уговорен или предвиђен. Тиме би се у правни систем Србије увела правила која већ постоје у упоредном законодавству, а чији је циљ јачање уговорног положаја аутора. Међутим, чини се да би препуштање одлуке о износу хонорара судовима у сваком конкретном случају, представљало превелики терет за судове. Стога, увођење законске претпоставке о ауторском хонорару би требало да прате прецизнији критеријуми за одређивање његове висине. У том смислу, требало би размотрити рјешења предвиђена у другим државама.

На примјер, хрватски Закон о ауторском праву предвиђа правило по коме висина накнаде може бити одређена уговором или на основу правила о колективном остваривању права, односно уговором између организације за колективно остваривање права и корисника

26 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 203.



предмета заштите или на основу цјеновника организације за колективно остваривање права. Ако накнада није одређена уопште или је висина накнаде непримјерена, аутор има право на примјерену накнаду. Примјереном накнадом се сматра она накнада која се поштено мора дати у часу закључења уговора с обзиром на врсту и обим коришћења дјела. Приликом одређивања шта се сматра поштеном накнадом узима се у обзир и финансијски успјех у коришћењу дјела, врста и обим дјела, вријеме коришћења и други разлози који могу утицати на доношење одлуке.<sup>27</sup> Овим правилом је уведена законска претпоставка примјерене накнаде, а шта је примјерена накнада цијени се у зависности од околности конкретног случаја. Као прво, за оцјену примјерености накнаде релевантан је моменат закључења уговора којим се уступају права на поједине облике искоришћавања дјела. Дакле, критеријуми који се узимају у обзир цијене се према моменту уговарања и тиме се одређује шта се сматра поштеним понашањем у правном промету. Поштено или фер понашање у промету би било оно које узима у обзир интересе уговорних страна и њихов положај. С обзиром на то да се ради о ауторским уговорима, до изражаја долази и посебна заштита аутора.

Словеначки закон садржи сличну одредбу по којој у случајевима када хонорар или накнада нису одређени, биће одређени с обзиром на уобичајена плаћања за уговорену врсту дјела, обим и трајање коришћења, као и друге околности случаја.<sup>28</sup> Проблем одређивања примјерене накнаде у појединачним случајевима се може превладати постојањем цјеновника или тарифних уговора између организација за колективно остваривање права и корисника ауторских дјела.

Према њемачком Закону о ауторском праву, аутор има право на уговором одређену накнаду за уступање права на коришћење дјела и за дозволу за коришћење дјела. Ако није одређен износ накнаде, сматра се да је уговорена примјерена накнада. Накнада се сматра примјереном ако је утврђена на основу заједничких правила о накнади или ако у тренутку закључења уговора одговара ономе што је у пословном саобраћају уобичајено и поштено с обзиром на врсту и обим уступљених права, дужину и тренутак искоришћавања, узимајући у обзир све околности.<sup>29</sup> То је тзв. концепт примјерене или правичне ауторске накнаде.<sup>30</sup>

27 Закон о ауторском праву и сродним правима (*Народне новине РХ*, бр. 167/03, 79/07, 80/11, 141/13, 127/14), чл. 53.

28 *Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (Uradni list RS*, бр. 16/2007), чл. 81 ст. 2.

29 Њемачки Закон о ауторском и сродним правима из 1965. године (нем. *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz*), пар. 32.

30 Детаљније вид. Слободан Марковић, „Ауторско уговорно право – креативност на тржишту“, *Зборник радова Факултета грамских уметности*, бр. 11–12/2007, стр. 366.

Други концепт је концепт пропорционалне или сразмјерне накнаде која се, као што само име каже, одређује у сразмјери према приходу који се остварује коришћењем дјела. Овај принцип прокламује учешће аутора у успјеху једног дјела, чиме заправо он сноси ризик продаје или било ког другог облика коришћења дјела заједно са корисником. Остварени приход се узима само као основица за израчунавање накнаде, а потребно је одредити у ком проценту од прихода се обрачунава накнада. Заправо, поставља се питање колико индивидуалност аутора, његова креативност и вриједност самог дјела, или пак допадљивост публици као крајњим корисницима, могу да буду измјерени кроз одговарајуће учешће у приходу.<sup>31</sup> Практично је ово немјерљива величина, мада постоје нека интересантна схватања да би тај удио требало да износи половину прихода, односно да аутор и корисник дјела дијеле на равне части успјех, наравно изражен кроз финансије. Код овог начина одређивања накнаде проблем се јавља кад су у питању поједини облици искоришћавања дјела, код којих се не може одредити остварени приход, јер је праћење коришћења немогуће или изискује несразмјерне трошкове.<sup>32</sup> У таквим ситуацијама се предност даје ипак паушалној накнади, чак неки закони прописују изузетке у којима се одређује паушална накнада. Такво рјешење садржи француски Законик о интелектуалној својини који прихвата концепт пропорционалне накнаде, с тим што се ограничава на прописивање сразмјерне накнаде само ако је уговорено коришћење дјела са економским циљем.<sup>33</sup>

31 Укуси потрошача, који свакако утичу на економску валоризацију једног дјела, не представљају мјерљиву величину. Формирању укуса претходи вријеме конзумације једног дјела, с тим да је немогуће чак ни претпоставити да једно исто дјело може на исти начин бити прихваћено од сваког појединца. Економија у области културе или културна економија поводом овог питања полази од теорије рационалног избора. По тој теорији, појединац увијек полази од сопственог интереса, водећи рачуна о цијенама и сопственим приходима, али и о друштвено прихватљивим нормама заједнице или колектива коме припада. Укуси диктирају потражњу за одређеном врстом дјела или за одређеним дјелом, што се огледа и на економском плану. Вид. Mark Blaug, „Where Are We Now On Cultural Economics“, *Journal of Economic Surveys*, Vol. 15, бр. 2/April 2001, стр. 126.

32 На примјер, код издавања једне књиге или неког музичког дјела могуће је пратити приход од продаје примјерака или извођења дјела, али поједини облици коришћења, као што су емитавање, јавно саопштавање дјела које се емитује или дјела са носача звука су врло учестали и не постоји, чак, ни теоретска могућност да се о томе води евиденција, нити да о томе постоје тачни подаци. Управо ту долази до изражаја дјеловање ауторских организација које питање накнаде уређују путем тарифа.

33 Детаљније вид. Слободан Марковић, *Ауторско уговорно право – креативности на ипјришћу*, стр. 369.

#### IV Право аутора на измјену уговора ради повећања хонорара

Могућност да ауторски хонорар буде одређен у зависности од околности конкретног случаја, требало би да отклони негативне последице неравноправног положаја аутора у издавачком уговору. Међутим, то није гаранција да ће износ хонорара увијек бити правичан. Као додатно средство обезбјеђења положаја аутора, у ауторском уговорном праву постоји институт ревизије уговорних одредаба о висини ауторског хонорара.

Основни разлог предвиђања овог института је постојање ситуација у којима је нарушена равнотежа између добити остварене коришћењем ауторског дјела и ауторског хонорара, односно у којима је нарушен принцип еквивалентности узајамних давања. Ако се коришћењем ауторског дјела оствари добит која је у очигледној несразмјери са уговореном ауторском накнадом, аутор, односно његов наследник има право да тражи измјену уговора ради отклањања те несразмјере.<sup>34</sup> Да би аутор, односно његов насљедник, могао да тражи измјену уговора, неопходно је постојање очигледне несразмјере између уговорене ауторске накнаде и добити корисника. Очигледна несразмјера је општи појам који се конкретизује од случаја до случаја. Заправо, најважнију улогу у дефинисању и конкретизацији овог појма има судска пракса. Интересантно је да француски Законик о интелектуалној својини предвиђа да разлика између ауторске накнаде и економских ефеката коришћења дјела мора бити већа од 7/12.<sup>35</sup> Квантификација несразмјере значајно олакшава посао судовима и отклања произвољност у тумачењу недовољно одређених појмова.

Кључни појам је несразмјера између добити корисника и накнаде аутора, и то несразмјера на штету аутора. Потребно је да оно што се оствари коришћењем дјела прелази цијену која је плаћена аутору да би једно дјело, или тачније право, могло да буде коришћено. Није довољно да постоји само извијесно одступање, тражи се већи степен несразмјере, односно потребно је да се ради о несразмјери која је неприхватљива и неподношљива са становишта правичности.<sup>36</sup>

Несразмјера најчешће настаје као последица погрешне процјене успјеха једног дјела, а тиме и добити која ће бити остварена, супротно очекивањима. Заправо, то је последица алеаторне природе ауторског

34 ЗАСП, чл. 70 ст. 1.

35 Француски Законик о интелектуалној својини из 1992. године (фр. *Code de la propriété intellectuelle*), чл. L 131–5.

36 Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Београд, 1999, стр. 264.

уговора, јер у тренутку закључења постоји неизвјесност у погледу користи које ће уговорне стране остварити коришћењем дјела. У ауторским уговорима, несразмјера наступа супротно очекивањима уговорних страна о ономе што ће остварити уговором, заправо приликом закључења уговора не може се унапријед знати вриједност престаџија.<sup>37</sup>

Вредновање дјела на тржишту се првобитно врши кроз плаћање накнаде аутору, али његова права вриједност долази до изражаја тек коришћењем дјела и остваривањем одређене добити. Добит корисника је критеријум релевантан за процјену вриједности и успјеха једног дјела на тржишту,<sup>38</sup> у коме свакако треба да учествује и творац тог дјела.

Ауторска накнада се пореди са добити коју корисник оствари искоришћавањем ауторског дјела. Релевантна је само добит, а не укупни приход корисника. Посљедица таквог рјешења је да аутор не би могао тражити измјену уговора уколико искоришћавање дјела није усмјерено на стицање добити.

Право на ревизију уговора постоји уколико је уговорена паушална накнада, јер се уговара фиксни износ који се исплаћује аутору најчешће приликом закључења уговора. Одређивање овог износа је препуштено аутономији воље уговорних страна и заснива се на индивидуалној слободној процјени колико једно дјело вриједи на тржишту. Не треба занемарити доминантну позицију корисника дјела што често доводи до наметања цијене аутору, без стварне могућности да нешто у том смислу промијени. Прописивање права на ревизију полази управо од несразмјере до које може доћи уговарањем паушалне накнаде, јер се не зна колика ће добит бити остварена коришћењем дјела.

Међутим, поставља се питање да ли је могуће позивати се на ово право ако је накнада уговорена с обзиром на економске ефекте коришћења дјела. Полазећи од тога да је циљ ревизије уговора успостављање равноправности уговорних страна и заштита аутора као стране која се налази у неповољнијем положају, ситуација у којој би аутор присвајао одређени проценат од добити која се оствари, на први поглед не би могла да створи претпоставке за примјену овог права. Пропорционалност не гарантује у свим случајевима правичан однос узајамних давања, могуће је да то буде сразмјера која омогућује сасвим

37 Слободан Марковић, „Неправичност као разлог за ревизију ауторског уговора“, *Правни живои*, бр. 11-12/94, стр. 1914.

38 Мисли се на економску вриједност дјела, односно способност да донесе прије свега материјалну, новчану, али и неке друге користи ономе ко експлоатише то дјело. Естетска и умјетничка вриједност дјела по правилу нису у директном односу са успјехом на тржишту, чак напротив, савремено потрошачко друштво често изискује и фаворизује тзв. лаке садржаје. Квалитет не гарантује успјех на тржишту и обрнуто, популарност не значи квалитет. Не треба занемарити чињеницу да су многа дјела доживјела славу тек после смрти умјетника.

мали или занемарљив удио у добити. Уговарање пропорционалне накнаде може да садржи само наизглед или формално повољније рјешење од паушалне накнаде. Ако је ревизија уговора инструмент заштите аутора, нема разлога да се овај институт не примјени увијек када за то постоје услови, односно ако постоји очигледна несразмјера између накнаде и добити.

Ако ауторска накнада није уопште уговорена, питање је има ли мјеста примјени овог института. Законом је изричито предвиђено да у случају да накнада није уговорена, аутор има право да тражи измјену уговора ако приход остварен коришћењем ауторског дјела премашује трошкове коришћења у мјери која омогућује плаћање ауторске накнаде.<sup>39</sup> Дакле, у овом случају битан је укупни приход, а не само добит корисника. Није ријетко да се код неких врста дјела, најчешће почетничких, или уопште оних дјела гдје се не очекује успјех, накнада не уговара. Издавач и тада има одређене трошкове у вези са коришћењем, дакле штампањем или пуштањем примјерака у промет очекујући да ће остварити бар минимални износ којим ће надокнадити неопходне трошкове и не очекујући профит. Корисници желе да остваре добит, а пошто то није могуће, аутори су приморани да уступају права на коришћење без накнаде. Ако се деси да корисник ипак оствари неки приход и да може не само да покрије трошкове коришћења, већ да оствари и извјесну добит не би било оправдано да аутор нема учешће у томе. Из тог разлога се аутору даје право да тражи ревизију уговора у смислу уговарања накнаде.

Ако аутор или насљедник поставе захтјев за измјену уговора, корисник је дужан да пружи вјеродостојне податке о оствареној добити, односно о економским ефектима коришћења ауторског дјела у року од мјесец дана од дана упућивања захтјева.<sup>40</sup> Добијање тачних информација о заради корисника је један од предуслова успјешне примјене права на ревизију, али и средство и начин обезбјеђивања доказа о постојању несразмјере. Уколико корисник то не учини и уопште, уколико се корисник и аутор не могу споразумјети о измјени уговора, одлуку о томе ће донијети надлежни суд у посебном поступку, полазећи од начела и примјене одредаба Закона о парничном поступку.<sup>41</sup>

Право аутора да захтијева измјену уговора застаријева у субјективном року од двије године, који се рачуна од сазнања за постојање несразмјере, односно за приход остварен коришћењем дјела, ако накна-

39 ЗАСП, чл. 70 ст. 2.

40 ЗАСП, чл. 70 ст. 5.

41 Димитрије Милић, *Коментар Закона о ауторском и сродним правима, са судском праксом и међународним конвенцијама и уговорима*, Београд, 2005, стр. 122.

да није била уговорена. Објективни рок је шест година од краја године у којој је наступила несразмјера или у којој је остварен приход.<sup>42</sup>

Преднацртом Грађанског законика, предвиђене су измјене у погледу института ревизије. Ако је уговорени хонорар у очигледној несразмјери са приходом који издавач има од издатог дјела, аутор има право да захтијева повећање хонорара да би му се одредило правичније учешће у приходу од његовог дјела.<sup>43</sup> Новина у односу на важеће рјешење је да се за процјену несразмјере узима приход а не добит корисника, односно издавача. Приход је свакако шири појам од добити, јер обухвата све користи које издавач оствари. Дакле, то није само приход остварен стављањем у промет, односно продајом примјерака дјела, већ и сваки други приход који издавач оствари у вези са дјелом.

Осим тога, циљ измјене уговорних одредаба о висини ауторског хонорара је да се аутору одреди правичније учешће у приходу од његовог дјела. На тај начин се правичност поново уводи као корективни принцип. Начело правичности прожима институт ревизије уговора. Правичност као правда појединачног случаја треба да буде инструмент кориговања неједнаког положаја уговорних страна. Начело правичности се чак може поставити изнад свих осталих начела и правила, као начело које треба да коригује неповољна дејства тржишних законитости у сваком појединачном случају.<sup>44</sup>

У општем дијелу Грађанског законика могла би да се нађе одредба којом се предвиђа да поштовање правичности претпоставља уважавање интереса економски слабијег субјекта грађанског права.<sup>45</sup> Стога, право на ревизију уговора је признато само аутору, а не и издавачу. Процјену правичнијег учешћа аутора у приходу од његовог дјела, у конкретном случају одредиће суд.

## V Закључак

Издавачки уговор је именовани ауторски уговор регулисан важећим Законом о ауторском и сродним правима. Један од приједлога Комисије за израду Грађанског законика је да издавачки уговор буде обухваћен Грађанским закоником Србије. Проблеми у примјени и извршавању издавачких уговора у пракси, указали су на потребу де-

42 ЗАСП, чл. 70, ст. 3.

43 Преднацрт Грађанског законика, чл. 793.

44 Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад, 2004, стр. 115.

45 Комисија за израду Грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије*, Општи део, прва књига, Влада Републике Србије, Београд, 2014, чл. 13, ст. 2, стр. 16.

таљнијег регулисања појединих питања. Одредбе Преднацрта садрже извјесне новине у односу на постојеће рјешење.

Предмет издавачког уговора је уступање искључивих имовинско-правних овлашћења аутора на умножавање дјела и стављање примјерака дјела у промет. Уколико дјело није објављено, уговором је дата дозвола за његово објављивање. Преднацртом Грађанског законика предвиђено је да је предмет уговора искључиво право објављивања дјела, при чему појам објављивања по садржини одговара појму издавања. С обзиром да теорија ауторског права и важеће законодавство праве јасну разлику између објављивања и издавања дјела, требало би, ради правно-техничке прецизности, размотрити коришћење појма објављивање у Грађанском законнику.

Преднацртом су детаљно предвиђене обавезе уговорних страна. Обавеза издавача је, између осталог, плаћање ауторског хонорара, односно награде. Важећи закон препушта уговарање ауторске накнаде вољи уговорних страна. Да би се отклониле евентуалне посљедице неравноправног положаја аутора и издавача, предложено је увођење законске претпоставке да аутор има право на хонорар, чак и кад није уговорен, осим ако из околности случаја не произлази да се одрекао хонорара. У случају да хонорар није уговорен или да његов износ није одређен уговором, износ хонорара одредиће суд, водећи рачуна о свим околностима случаја. Законска претпоставка о обавези плаћања хонорара и кад није уговорен је у служби јачања положаја аутора у уговорном односу. Предложено рјешење да судови одлучују водећи рачуна о свим околностима случаја, са једне стране пружа слободу широког тумачења, али истовремено може представљати значајан терет. Осим тога, није предвиђено каква мора бити накнада. Наведену одредбу би требало даље прецизирати навођењем критерија који би могли помоћи судовима при одлучивању. Ваљало би, по узору на упоредно законодавство, предвидјети да аутор има право на примјерену или правичну накнаду чији би износ зависио од околности конкретног случаја.

Као додатни инструмент јачања уговорне позиције аутора, предвиђено је право аутора на измјену уговора ради повећања хонорара. Да би аутор могао тражити повећање накнаде, потребно је да између уговореног хонорара и прихода издавача постоји очигледна несразмјера. Уговорени хонорар се упоређује са приходом, умјесто са добити издавача. Циљ повећања накнаде је правичније учешће аутора у приходу од његовог дјела. На тај начин, правичност се законом предвиђа као врховно начело у уговорним односима аутора и издавача. Стога, свака ауторска накнада, односно награда, била уговорена или претпостављена, требало би да буде правична.

**Svjetlana IVANOVIĆ, Mag. iur.**  
**Senior Assistant at the Faculty of Law University of East Sarajevo**

## **PUBLISHING CONTRACT ROYALTY**

### **Summary**

*The paper deals with some new proposals concerning publishing contract provided by pre-draft of Serbian Civil Code. It was pointed to terminological imprecision of contract definition. After a brief review of the proposed amendments with respect to the applicable law, provisions on royalties are described in detail. The last part is dedicated to the revision of contractual provisions on the amount of royalties. Pre-draft of Civil Code provides introduction of legal presumption that the author always has a royalty. If royalty amount is not agreed or determined, the court decides about it taking into account all the circumstances of the case. The burden of determining compensation is transferred to the courts, which should specify the additional criteria of awarding compensation. If there is an obvious imbalance between royalties and publisher income, the author may seek increase the fees in order to more equitable participation in income from work. The key criterion for increase of royalties is equity, and therefore, any compensation should be equitable.*

**Key words:** *copyright, copyright contract, publishing contract, royalty.*



---

# ПРАВО ОСИГУРАЊА

---

Др *Владимир* ЧОЛОВИЋ

научни саветник Института за упоредно право, Београд

## ЗАСТАРЕЛОСТ ЗАХТЕВА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ КОД УГОВОРА О ОСИГУРАЊУ ОД ОДГОВОРНОСТИ

### Резиме

У области осигурања индустријалне застарелости се посебно регулише. Но, примењују се и остале одредбе ове индустријалне. Код осигурања од одговорности постоје специфичности које захтевају да се застарелост посебно регулише код ове врсте осигурања. Иако сада у имовинска осигурања, морамо рећи да осигурање од одговорности сада у осигурање са посебном правном природом. Посебности осигурања од одговорности, као и односи које ствара уговор ове врсте осигурања захтевају да се посебно регулишу многа питања везана за застарелост. То се, пре свега, односи на почетак тога застарелости, непосредан захтев оштећеној лица према осигуравачу (директна услуга), као и репресни захтев. Преднацрт Грађанског законика Републике Србије посвећује више пажње овој материји у односу на Закон о облигационим односима. То се може закључити, иако, у време писања овог рада, постоје различите варијанте регулисања ове области. У раду се анализирају наведена решења Преднацрта Грађанског законика. Аутор се, иакође, критички осврће на поједине одредбе ове акта.

**Кључне речи:** застарелост, накнада штете, осигурање од одговорности, оштећено лице, Преднацрт Грађанског законика.

## I Уопште о застарелости у осигурању и осигурању од одговорности

Институт застарелости се, у области осигурања, регулише посебним одредбама Закона о облигационим односима (даље: ЗОО).<sup>1</sup> Међутим, у овој области се примењују и опште одредбе о застарелости. Такође, у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије (даље: ГЗ),<sup>2</sup> ова област се посебно регулише.

Одредбе о застарелости у осигурању регулишу, како рокове који се примењују код накнаде штете произашле из уговора о осигурању, тако и почетак тока застарелости, који ће зависити од предмета уговора о осигурању, као и од субјеката између којих постоји уговорни однос. Кад кажемо уговорни однос, мислимо, пре свега, на потраживања, која лица у осигурању захтевају један према другом. Тако, осигураник може имати потраживања према осигуравачу, затим осигуравач може имати потраживања према осигуранику. Исто тако, оштећено „треће“ лице може захтевати потраживање од осигуравача, када говоримо о директној тужби, која се подноси у области осигурања од одговорности. Осигуравач може имати потраживање и према другим субјектима, који се појављују у односу осигурања, када се примењују друга правила о застарелости. У уговорном односу у осигурању могу се, иначе, појављивати и друга лица, као што су уговарач осигурања, корисник осигурања, итд.<sup>3</sup>

Што се тиче уговора о осигурању од одговорности, он има своје специфичности, иако спада у имовинска осигурања.<sup>4</sup> Код одређивања правне природе уговора о осигурању од одговорности, издвајамо два става. Први став се односи на то да се овај уговор мора посматрати као уговор у корист трећег лица.<sup>5</sup> Овде би се осигураник нашао у улози стипулата, који са осигуравачем – промитентом, уговара неко право у корист трећег лица, који је бенефицијар, а коме ће осигураник, евентуално, нанети штету. Право које оштећени добија овим уговором јесте право на накнаду штете за коју постоји одговорност осигураника. Са друге стране, има мишљења да уговор о обавезном осигурању од ауто-

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

2 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, доступно на адреси: [http://www.koroonikschool.org/gradjanski\\_zakonik.html](http://www.koroonikschool.org/gradjanski_zakonik.html), 28.3.2014.

3 Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2004, стр. 280–281.

4 Д. Стојановић, О. Антић, *нав. дело*, стр. 281.

5 Никола Николић, *Уговор о осигурању*, Београд, 1957, стр. 186.

одговорности може бити уговор у корист трећег лица, али у другачијем смислу, који се односи на то да се, као корисник, појављује друго осигурано лице које управља возилом, а не осигураник.<sup>6</sup> Други став заузимају они који се не слажу да је уговор о осигурању од одговорности – уговор у корист трећег лица. По том ставу, уговором о осигурању од одговорности осигурава се грађанска одговорност осигураника. Затим, код закључења овог уговора, странке, приликом закључења, не изражавају вољу да закључују уговор у корист трећег лица. Следеће, право из уговора о осигурању одговорности користи треће оштећено лице, само, ако претрпи штету. Код овог уговора, кад наступи осигурани случај, оштећено лице добија накнаду, а не корист. Мора се закључити да уговор о осигурању од одговорности има основ у уговору у осигурању уопште, а не у уговору у корист трећег лица.<sup>7</sup>

Кад говоримо о застарелости потраживања из уговора о осигурању од одговорности, морамо узети у обзир не само специфичности ове врсте осигурања, већ и специфичности самог регулисања застарелости код наведеног уговора о осигурању. То се односи на тренутак за који се везује почетак рока застарелости, питања регресног захтева и директне тужбе која произлази из могућности постављања директног захтева за накнаду штете. Овде се постављају и друга питања везана за однос између лица која се појављују у овом уговорном односу, али везана и за однос тих лица са лицима која нису део уговора, односно, која се појављују као оштећена лица, кад наступи осигурани случај.

У раду ће бити речи, пре свега, о садржини одредаба ГЗ које регулишу институт застарелости захтева за накнаду штете код уговора о осигурању од одговорности. То се односи на, као што смо рекли, почетак тока застарелости, специфичности постављања регресног захтева и суброгацију у овој области, директну тужбу, али и на статус „трећег“ оштећеног лица, као и на прекид, обуставу и застој застарелости.

Основна специфичност код осигурања од одговорности, односи се на то што се сматра да је осигурани случај настао тек када оштећено лице тражи накнаду штете. То је значајно не само за утврђивање почетка тока застарелости и због тога је потребно посебно регулисати ову материју.<sup>8</sup> Чињеница је да осигурање од одговорности спада у имовинска осигурања, али и да има своје посебности које га издвајају у засебну врсту осигурања. Најважнија посебност, код уговора о осигурању од од-

6 Ивица Јанковец, *Обавезно осигурање за штеће од моторних возила*, Београд, 1985, стр. 67.

7 Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Наташа Мрвић-Петровић, *Обавезна осигурања у саобраћају и накнада штеће*, Београд, 2010, стр. 23.

8 Маријан Ђурковић, *Обвезна осигурања у промету*, Загреб, 2007, стр. 270.

говорности, односи се на осигурање одговорности према трећем лицу (у моменту закључења уговора оно може бити неодређено или одређено, у зависности од врсте осигурања од одговорности), коме је причињена материјална или нематеријална штета чињењем или нечињењем осигураника – штетника.

## II Решење у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије

ГЗ регулише застарелост потраживања из уговора о осигурању од одговорности у три члана. Кад то кажемо, мислимо на дефинисање посебних правила код ове врсте осигурања, али се, као што смо рекли и као што ћемо, касније, видети, на ову област примењују и друга правила о застарелости. Пре свега, ГЗ одређује да ће застарелост подношења захтева осигураника према осигуравачу почети да тече од дана кад је осигураник накнадио штету оштећеном лицу на основу пресуде или вансудског поравнања.<sup>9</sup> У ЗОО се одредба члана 380<sup>10</sup> односи на случај кад оштећено лице захтева накнаду штете од осигураника, односно, кад добије накнаду од њега. Тада ће застарелост за подношење захтева од стране осигураника према осигуравачу почети да тече од дана кад је оштећено лице захтевало судским путем накнаду од осигураника, односно, од дана кад му је осигураник платио штету. Решење у ГЗ је доста боље, обзиром да је и раније било предлога да се уведе наведено решење да се почетак тока застарелости веже не само за остваривање захтева за накнаду штете принудним, односно, судским путем, већ и договором штетника и оштећеног – вансудским поравнањем. ГЗ у посебној одредби регулише и застарелост захтева оштећеног лица према осигуравачу, односно, директну тужбу. Наиме, непосредан захтев (директан захтев) оштећеног лица према осигуравачу застарева за исто време за које застарева и његов захтев према осигуранику – штетнику. У овом случају, застарелост почиње да тече кад и застарелост тужбе оштећеног лица

9 ГЗ, књига друга, Облигациони односи, чл. 1234.

10 Иначе, ЗОО, члан 380, у тачкама 4, 5 и 6 регулише застарелост код осигурања од одговорности: тач. 4: Кад у случају осигурања од одговорности трећег, оштећено лице захтева накнаду од осигураника, или је добије од њега, застаревање осигураниковог захтева према осигуравачу почиње од дана када је оштећено лице тражило судским путем накнаду од осигураника, односно кад га је осигураник обештетио; тач. 5: Непосредан захтев трећег оштећеног лица према осигуравачу застарева за исто време за које застарева његов захтев према осигуранику одговорном за штету; тач. 6: Застаревање потраживања које припада осигуравачу према трећем лицу одговорном за наступање осигураног случаја почиње тећи кад и застаревање потраживања осигураника према том лицу и навршава се у истом року.

према осигуранику.<sup>11</sup> Овде је остало решење из члана 380 став 5 ЗОО. Иначе, у ранијим предлозима, била је одређена варијанта да застарелост директне тужбе оштећеног лица према осигуравачу застарева за исто време за које застарева и његов захтев према осигуранику – штетнику и почиње да тече од часа кад је оштећени сазнао код ког је осигуравача осигуран осигураник – штетник. У ГЗ је дата још једна одредба која се односи на осигурање од одговорности. Наиме, обустава и прекид застарелости у вези једног од два наведена захтева, везаних за непосредан захтев оштећеног лица према осигуравачу (захтев према осигуравачу и захтева према осигуранику), имаће исто дејство у погледу застарелости другог захтева.<sup>12</sup> Посветићемо пажњу прекиду и застоју застарелости код уговора о осигурању од одговорности, с тим што ћемо рећи да се обустава застарелости не помиње у тексту ГЗ, осим у наведеном члану. Сматрамо да је ГЗ требало јасно да дефинише на шта се односи обустава застарелости, обзиром да се у овом акту дефинишу само прекид и застој застарелости. Ни ЗОО не регулише обуставу застарелости.

## 1. Почетак тока застарелости

Да би могли да говоримо о почетку тока застарелости, треба да се осврнемо на регулисање рокова застарелости. Код уговора о осигурању имовине, у које спада и осигурање од одговорности, потраживање уговарача осигурања застарева за три године, а сама застарелост почиње да тече од првог дана после протекла календарске године у којој је потраживање настало. Ако уговорач осигурања или осигураник докажу да до наведеног дана нису знали да се осигурани случај догодио, застарелост почиње да тече од дана кад су сазнали, али у сваком случају потраживање застарева у року од пет година рачунајући од првог дана календарске године након године у којој је потраживање настало.<sup>13</sup> То решење је прихваћено и у ГЗ.<sup>14</sup> Што се тиче потраживања осигуравача, она застаревају за три године, а то време се рачуна од дана кад је осигуравач имао право да захтева испуњење дужника.<sup>15</sup>

За осигурање уопште, али и за осигурање од одговорности, веома је битно прецизно дефинисати када почиње да тече застарелост.

11 ГЗ, књига друга, Облигациони односи, чл. 1235.

12 ГЗ, књига друга, Облигациони односи, чл. 1236.

13 М. Ђурковић, *нав. дело*, стр. 270.

14 ГЗ, књига друга, Облигациони односи, чл. 1233 ст. 1 и 2.

15 ГЗ, књига друга, Облигациони односи, чл. 1233 ст. 2. Поставља се питање због чега ова одредба није дефинисана у посебном ставу, судећи по тексту Преднацрта Грађанског закона.

Кренућемо од тога да се почетак тока застарелости везује за тренутак сазнања за све околности везане за једну штету. То је основно питање које ћемо анализирати, сматрајући да је моменат сазнања за штету, односно осигурани случај, битно временски другачији од момента, у коме се долази до сазнања о свим битним елементима те штете. То је присутно код свих врста осигурања од одговорности, без обзира да ли се ради о осигурању од аутоодговорности, осигурању професионалне делатности, као што су адвокат, нотар или лекар или одговорност превозника.

Битни елементи штете се разликују у зависности од тога ко је осигураник, односно, која врста осигурања од одговорности је у питању. Доказивање штете захтева одређено време. На пример, код доказивања нематеријалне штете, утврђивање последица, пре свега, телесних повреда, зависе од вештачења. То значи да је, у већини случајева, немогуће поставити захтев за накнаду штете, непосредно након штетног догађаја. Временски период између дана, када је настао осигурани случај и дана, када је могуће одредити наведени захтев, по питању износа, може бити дужи, па се субјективни рок застарелости мора рачунати од дана, када је оштећено лице сазнало за све елементе штетног догађаја.

Управо због специфичности осигурања од одговорности везаних за утврђивање штете, предложена поменута одредба да ће застарелост почети да тече од дана накнаде штете на основу судске пресуде или вансудског поравнања решава ово питање. Мора се рећи да обавеза осигураваача у погледу заштите оштећеног лица траје исто онолико колико траје и његова заштита осигураника, као и право оштећеног према осигуранику као његовом дужнику из грађанскоправне одговорности. Другим речима, то значи да осигураваач треба да одржава заштиту оштећеног лица за све време у коме он може да поднесе одштетни захтев према осигуранику, тј. све до застарелости тог захтева.

Чињеница да се законом регулише почетак рока застарелости, говори да је веома важно прецизирати доспелост уговорне обавезе. Доспелост уговорне обавезе и почетак рока застарелости су, по правилу, повезани, односно, ради се о једном тренутку. Зато се, увек, наглашава, да застарелост почиње следећег дана након доспелости обавезе.<sup>16</sup>

Осврнућемо се и на судску праксу у овој области. Наиме, код појединих врста осигурања од одговорности, уколико не постоји уговор, односно, ако га одговорно лице није закључило, као на пример код осигурања аутоодговорности, а осигуравајуће друштво је исплатило штету по правилима за накнаду штете која је настала употребом неоси-

16 Миљенко А. Гиунио, „Застаријевање тражбине, застара и посљедице – опћа и нека изабрана питања“, *Зборник Правној факултету у Зајребу*, бр. 5-6, Загреб, 2012, стр. 1689.

гураног возила, рок застарелости за подношење регресне тужбе почиње да тече првог дана након дана када је осигуравајуће друштво исплатило штету оштећеном лицу. Наиме, у једном таквом случају, Хрватски уред за осигурање је овластио једно осигуравајуће друштво да исплати штету. Након тога, Хрватски уред за осигурање је поднео регресну тужбу против одговорног лица. Почетак рока застарелости се рачунао од првог дана након дана исплате штете од овлашћеног друштва. Да је Хрватски уред за осигурање исплатио штету, почетак рока застарелости би се рачунао од првог дана након исплате штете од стране тог Уреда.<sup>17</sup>

Кад је у питању тренутак почетка тока застарелости, судска пракса потврђује да се тај тренутак везује не само за сазнање о штети, већ и за обим штете. У једном случају, почетак тока застарелости се рачунао од дана завршетка лечења и стабилизације здравственог стања. Значи, застарелост не почиње да тече од дана настанка штетног догађаја, већ од дана настанка штетних последица.<sup>18</sup> Кад кажемо штетне последице, мислимо на сазнање о коначним последицама, када се може одредити захтев за накнаду.

У вези са наведеним, односно, у вези са одређењем захтева за накнаду, на основу сазнања свих елемената штете, морамо рећи да се међу потраживања осигураника или оштећеног лица на основу уговора о осигурању, поред захтева за исплату осигуране суме у висини штете коју је он накнадио оштећеном лицу, морају укључити и захтев за накнаду трошкова у вези са наступањем осигураног случаја који се односе на поступак, заступање, утврђивање чињеничног стања, обима и висине штете, итд. Затим, у тај захтев треба укључити и захтев за накнаду штете због тога што осигуравач није извршио или није на време извршио своје обавезе из уговора, затим захтев за накнаду штете проузроковане лошим вођењем поступка обраде и исплате штете, као и захтев за издавање полисе осигурања на основу прећутно закљученог уговора, итд.<sup>19</sup>

## 2. Директна тужба

Код осигурања од одговорности, оштећено лице има право да се директно обрати осигуравачу за накнаду штете. Ако осигуравач не исплати штету, у потпуности или делимично, оштећено лице има право да поднесе директну тужбу против осигуравача. Он то може учинити само

17 Одлука Жупанијског суда у Сијеку, ГЖ-784/2010 од 29.4.2010. године, преузето из: Берислав Матијевић, *Осигурање – судска пракса*, Ријека, 2014, стр. 159–161.

18 Одлука Врховног суда републике Хрватске, Рев. 2309/10-2 од 27.3.2012. године, преузето из: Б. Матијевић, *нав. дело*, стр. 176–178.

19 М. Ђурковић, *нав. дело*, стр. 271.

против осигуравача, али и против осигуравача и осигураника заједно. У односу оштећено лице – осигуравач, поставља се питање да ли ће се на директну тужбу применити општа правила о застарелости потраживања или правила о застарелости предвиђена у прописима о осигурању. Проблем је као што је поменуто, у постојању неједнаких рокова застарелости, што може довести до тога да директна тужба оштећеног застари раније него његова тужба према осигураннику који му је нанео штету. Да би отклонио ову дилему ЗОО одређује да директан захтев оштећеног лица према осигуравачу застарева за исто време за које застарева његов захтев према осигураннику одговорном за штету.<sup>20</sup> Исто решење садржи и ГЗ.<sup>21</sup> Ово решење се ослања и на тумачење правне природе захтева који се остварује директном тужбом. Она не проистиче из уговора о осигурању, већ има извор у проузрокованој штети, односно, проистиче из деликтне одговорности. Отуда, обе тужбе – директна тужба и тужба оштећеног према осигураннику, имају исти основ и исти рок застарелости.<sup>22</sup>

### 3. Оштећено лице – „треће“ лице

Код осигурања од одговорности појављује се оштећено лице, које називамо и „треће“ лице. Овај назив користимо, зато што то лице не учествује у уговорном односу и појављује се у односу према осигуравачу и осигураннику, када наступи осигурани случај. Значи, „треће“ лице није уговорна страна у односу између осигуравача и осигураника. „Треће“ лице код осигурања од одговорности није лице које је осигураник. То се, најјасније, може објаснити код осигурања аутоодговорности. Наиме, лице које управљања моторним возилом није „треће“ лице.<sup>23</sup> У вези са тим, много је једноставније одговорити на питање, ко има право на накнаду штете, односно, ко је „треће лице“, а није једна од страна у уговору о осигурању од одговорности, него одредити, ко нема право на накнаду.

Кад говоримо о „трећем“ лицу, морамо поставити и питање да ли брачни друг осигураника може бити „треће“ лице, као и деца осигураника. Вратићемо се, опет, на осигурање аутоодговорности. Брачни другови могу имати возило у сусвојини и у заједничкој својини и ту треба

20 ЗОО, чл. 380 ст. 5.

21 ГЗ, књига друга, Облигациони односи, чл. 1235.

22 Предраг Шулетић, „Застарелост потраживања из правних односа осигурања као предмет законског регулисања“, *Ревизија за право осигурања*, бр. 2/2009, стр. 18.

23 Слободан Станишић, „Одговорност за штету у случају незгоде изазване моторним возилом у покрету“, *Осигурање*, бр. 11/2004, стр. 31.



правити разлику. Сувласнички однос између брачних другова је ретка појава, уопште, па и у овој области, тако да, скоро, у сваком случају, брачни друг јесте „треће“ лице. То значи, да брачни друг може поставити захтев за накнаду штете према осигуравачу, као и према осигуранику – штетнику, свом брачном другу, који је управљао возилом и начинио штету. Исто тако и деца имају право на накнаду штете, уколико су претрпела штету возећи се у возилу свог родитеља, који је одговоран за саобраћајну незгоду. Код дефинисања права брачног друга на накнаду штете у овим случајевима, може се поставити питање, када сваки од брачних другова има своје возило, односно, када један од брачних другова има своје возило, а други не поседује возило, које се, као посебна имовина сваког од брачних другова унела у брак.<sup>24</sup>

#### 4. Регресни захтев

Посебно морамо говорити о застарелости у случају постављања регресног захтева осигуравача према одговорном лицу за штету. Одговорно лице може бити различито: одговорно лице – треће лице, осигураник – штетник и осигуравач трећег лица – штетника. Значи да се осигуравач може обратити било ком од ових лица, ако је оно штетник или осигуравач штетника. Код постављања регресног захтева, примењује се рок застарелости предвиђен за подношење захтева оштећеног лица према штетнику. ГЗ предвиђа да ће регресни захтев осигуравача према осигуранику – штетнику или према неком другом лицу које је одговорно застарити у року од три године од дана исплате штете.<sup>25</sup> Исти рок застарелости се примењује и када је у питању одговорно лице које није имало закључен уговор о осигурању, а осигуравач или неко друго лице које је гарант (нпр. Удружење осигуравача код аутоодговорности) су исплатили штету. Такво потраживање из регреса се директно базира на закону, а не на уговору.

Морамо рећи да је питање регреса веома значајно код осигурања од одговорности, без обзира на врсту овог осигурања, односно, ко је осигураник. Наиме, код регресног захтева морамо разликовати две врсте рокова, који се примењују код застарелости потраживања осигуравача према другим лицима, осигураницима – штетницима, одговорним лицима итд. Кад кажемо две врсте рокова, значи да осигуравач може имати потраживање према осигуранику, одговорном лицу са којим је закључио уговор о осигурању и тада застарелост има свој основ у том

24 Владимир Чоловић, *Међународно осигурање аутоодговорности – систем зелене карте*, Београд, 2007, стр. 32.

25 ГЗ, књига друга, Облигациони односи, чл. 1238.

уговору.<sup>26</sup> То је оно што нас интересује код осигурања од одговорности. Али, постоји и друга ситуација, када осигуравач, потражује износ, по плаћеној штети од лица – штетника, са којим није закључио тај уговор.

Када је право на регрес предвиђено законом, уговорне стране не могу ништа мењати у погледу услова који су предвиђени у том акту. Када је регрес предвиђен условима обавезног осигурања, тада стране могу посебним споразумом вршити одређене измене.<sup>27</sup>

Са друге стране, код регресних захтева који су дефинисани уговорним одредбама се ради о томе да услови осигурања осигуравача предвиђају ситуације када осигураник губи права из осигурања. Условима осигурања могу бити предвиђене ситуације везане за недозвољену употребу возила, затим на управљање возилом без потребне дозволе, управљање возилом под утицајем дроге, алкохола и сл.<sup>28</sup>

Када осигуравач истиче право на регрес према другом лицу, а не према осигуранику, тада је то право изведено право – из права оштећеног лица на накнаду штете. Но, када је за штету одговорно друго осигурано лице, а не осигураник осигуравача, тада осигуравач има право на регрес према главном дужнику за износ који је исплатио оштећеном лицу, а што није покривено уговором о обавезном осигурању од одговорности. Овде је, као у случају јемства, правни извор у персоналној суброгацији.<sup>29</sup>

Поставља се питање да ли осигуравач треба, прво, да обавести регресног дужника о постојању права на регрес и његовом дугу или га може одмах тужити. Закон не предвиђа обавезу осигуравача да обавештава регресног дужника о постојању права на регрес. Међутим, регресни дужник се може ослободити дуга, ако су трошкови везани за остваривање права на регрес већи од самог дуга. Исто тако, у одређеним случајевима, регресни дужник може бити ослобођен од обавезе плаћања регреса. То је, пре свега, ситуација, када је регресни дужник инсолвентан.<sup>30</sup> Али, правилници осигуравајућих друштава предвиђају и друге случајеве: а) када се не може утврдити идентитет регресног дужника; б) када се не може утврдити адреса регресног дужника; в) ако је регресни дужник преминуо, а није оставио покретну или непокретну имовину или је она недовољна за покриће дуга; г) ако је регресни дужник незапослен,

26 Александар Филиповић, *Застарелост и оштраживања у судској и пословној пракси*, Београд, 1999, стр. 123.

27 З. Петровић, В. Чоловић, Н. Мрвић-Петровић, *нав. дело*, стр. 331.

28 *Ibid.*, стр. 332.

29 *Ibid.*, стр. 331.

30 *Ibid.*, стр. 331.

а нема изгледа да ће се запослити; д) ако је регресни дужник напустио земљу, а није оставио покретну или непокретну имовину; ђ) када се утврди да имовина регресног дужника не може бити предмет извршења по правилима о извршном поступку; итд.<sup>31</sup>

## 5. Суброгација и регресни захтев

Нећемо посвећивати пажњу институту застарелости код суброгације, већ ћемо, само, да укажемо на неке разлике између овог института и регресног захтева. Врло често се не разликују регресни захтев и захтев за суброгацију. Некада се ова два института и изједначавају. Код суброгације се права осигураника, оштећеног лица, према трећем лицу, штетнику, преносе на осигуравача који је штету исплатио осигуранику – оштећеном лицу. Код регреса, осигуравач може да захтева исплату плаћене штете трећем лицу од сваког одговорног лица, као и од свог осигураника. Са друге стране, о регресу говоримо, када осигуравач исплати штету трећем лицу, које је оштећено лице, а ту штету је проузроковао осигураник који је управљао моторним возилом под утицајем алкохола, што није покривено осигурањем. Тада се осигуравач обраћа за накнаду свом осигуранику.<sup>32</sup> Значи, код суброгације осигуравач исплаћује свој дуг из уговора о осигурању и улази у права свог осигураника према одговорном лицу (ако оно постоји и ако се може утврдити). Код регреса, осигуравач исплаћује накнаду уместо осигураника – одговорног лица, а то је туђ дуг и стиче право повраћаја суме коју је платио уместо њега. Тада право осигуравача настаје исплатом штете трећем лицу, а од тог момента почиње рок застарелости тог захтева.<sup>33</sup>

Поменућемо један интересантан случај који се односи на суброгацију код осигурања од одговорности. Једно трговачко друштво је поверило изградњу комплекса објеката грађевинском предузећу које је било осигурано од одговорности. Након примопредаје објеката, утврђене су одређене неправилности и осигуравач је накнадио штету. Након исплате, осигуравач трговачког друштва се суброгирао у његова права према штетнику и потраживао је исплаћени износ од осигуравача подизвођача који је био ангажован на изградњи објекта. Апелациони суд у Реноу је одбио тужбени захтев због застарелости потраживања. Међутим, Касациони суд је укинуо пресуду уз образложење да није довољно узео у

31 Правилник АД за осигурање „Дунав“; З. Петровић, В. Чоловић, Н. Мрвић-Петровић, *нав. дело*, стр. 332.

32 П. Шулетић, *нав. дело*, стр. 21.

33 *Ibid.*, стр. 21.

обзир писмено у коме се осигуравач одриче застарелости, наводећи да код одрицања застарелости, она, уопште, не тече.<sup>34</sup>

## 6. Застој и прекид застарелости

До прекида застаревања може доћи радњом дужника или радњом повериоца. Застаревање се прекида и подношењем тужбе и сваком другом повериоцевом радњом предузетом против дужника пред судом или другим надлежним органом, ради утврђивања обезбеђења или остварења потраживања.<sup>35</sup> Када је до прекида застаревања дошло подизањем тужбе или неком другом радњом повериоца, па, након тога, поверилац одустане од тужбе или наведене учињене радње, сматра се да прекид није ни наступио. Исто дејство има и одбацивање или одбијање тужбе, односно, захтева. Међутим, ако је тужба одбачена због ненадлежности суда или неког другог разлога који се не тиче суштине предмета, па поверилац поново подигне тужбу, најкасније у року од три месеца од дана правоснажности одлуке о одбацивању тужбе, тада застарелост остаје прекинута првом тужбом која је поднесена.<sup>36</sup>

Кад је у питању застој застарелости, ради се о околностима које спречавају застарелост у почетку наступања или у њеном току, те она не отпочиње или престаје да тече све док та сметња траје. Време застоја не улази у рок застаревања. Опште је правило да застаревање не тече између брачних другова, између родитеља и деце док траје родитељско право, између штићеника и стараоца, као и органа старатељства за време трајања старатељства и док не буду положени рачуни, као и између лица која живе у ванбрачној заједници док та заједница постоји.<sup>37</sup> Напред смо рекли да оштећено лице може бити и брачни друг штетника, као и његова деца. Наведено се морало имати у виду код осигурања од одговорности, односно, сматрамо да је наведено требало ближе регулисати, имајући у виду могућност да лица, која су у блиској повезаности са штетником, буду оштећена његовом радњом.

Иначе, не постоје посебна правила за застој и прекид застарелости код уговора о осигурању, па, самим тим, ни код уговора о осигурању од одговорности. Питање прекида и застоја застарелости је од практичног значаја код осигурања од одговорности, где постоје два захте-

34 Француски касациони суд, Друго грађанско одељење, 15.2.2007. године, Одлука бр. 216 F-D, објављено у: *L'Argus de L'Assurance – HORS SEROE*, 2007, стр. 63, преузето из: Б. Матијевић, *нав. дело*, стр. 230.

35 З. Петровић, В. Чоловић, Н. Мрвић-Петровић, *нав. дело*, стр. 330.

36 М. А. Гиунио, *нав. дело*, стр. 1684.

37 З. Петровић, В. Чоловић, Н. Мрвић-Петровић, *нав. дело*, стр. 329.

ва оштећеног лица: према штетнику – осигуранику и према његовом осигуравачу. До неуједначености између ова два захтева може доћи у случају када наступе околностина основу којих долази до застоја или прекида застарелости само једног од њих. Оштећени, на пример, може да подигне тужбу само против једног од својих дужника (на пример, осигуравача) и тиме у односу на њега прекине застарелост, а да према другоме од њих (осигуранику) застарелост наступи без прекида, односно, раније. Због тога је и добро што је прихваћено решење у ГЗ, по коме прекид застарелости према осигуранику који је одговоран за штету има исто дејство и у погледу застарелости његовог потраживања према осигуравачу, и обрнуто.<sup>38</sup>

### III Закључак

Како смо на почетку рекли, застарелост у осигурању се дефинише посебним одредбама, које су, битно, другачије у односу на општа правила. Ипак, и у области осигурања, иако је регулисан на посебан начин, застарелост захтева посебна тумачења по појединим питањима.

Осигурање од одговорности је посебно специфично по питању застарелости и због тога су решења у ГЗ боља у односу на одредбе ЗОО. Наравно, и овим одредбама се може приговорити. Ти приговори су били исти и за одредбе ЗОО које регулишу ову материју. То се, пре свега, односи на постављање регресног захтева осигуравача према осигуранику, као и на прекид, односно, застој застарелости.

Осврнућемо се на оне елементе застарелости код осигурања од одговорности, који су најбитнији. Наиме, код почетка тока застарелости, најважније је везати тренутак почетка тока застарелости за одређени догађај, радњу, сазнање или др. У решењу ГЗ, застарелост се везује за накнаду, било да је она дефинисана судском одлуком или вансудским поравнањем. Затим, код осигурања од одговорности се појављује треће лице, које је оштећено и које није учесник уговорног односа. Потраживање оштећеног лица према осигуравачу застарева за исто време кад и његов захтев према осигуранику. Међутим, овде се додаје и решење, по коме застарелост почиње да тече од дана сазнања код ког осигуравача је осигураник осигуран. Значи, овде имамо ситуацију да се застарелост везује, не за могућност опредељења захтева за накнаду, већ за дан када је оштећено лице сазнало за осигуравача. Следеће питање је постављање регресног захтева. Код осигурања од одговорности, осигуравач може имати регрес према осигуранику – штетнику, након ис-

38 П. Шулетић, *нав. дело*, стр. 19.

плате накнаде оштећеном лицу. То право осигуравач неће имати увек, већ само у тачно одређеним случајевима, дефинисаним законом или општим условима осигурања.

Оно што је најбитније кад дефинишемо правила о застарелости захтева за накнаду штете код осигурања од одговорности, односи се на правну природу тог осигурања, као и на правне односе који се појављују у овом уговору или у вези са овим уговором. Пре свега, ради се о односу оштећеног лица и осигураника, који проистиче из деликта, тј. из грађанскоправне одговорности за накнаду штете. Затим, имамо однос између осигураника и осигуравача који покрива имовинске последице његове одговорности за накнаду штете, односно, овде се ради о уговорном односу. Најзад, правни однос између оштећеног лица и осигуравача који, у ствари, има основ у постављању директног захтева за накнаду штете према осигуравачу. Тај правни однос је могуће дефинисати, тек, кад наступи осигурани случај. Дефинисање свих ових односа има исти циљ, а то је накнада проузроковане штете. У вези са тим, поставља се питање усклађености захтева за потраживања која настају из ових правних односа у погледу њиховог трајања, тј. наступања застарелости.<sup>39</sup>

**Vladimir ČOLOVIĆ, PhD**

**Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **STATUTE OF LIMITATION OF THE DAMAGE REQUESTS IN THE TOPIC OF LIABILITY INSURANCE**

### **Summary**

*In the topic of insurance, the institute of statute of limitation is regulated specifically. But, also, in this topic the general provisions of this institute are applicable. Specifics of liability insurance require the specific regulation of the statute of limitation. Liability insurance is a type of property insurance, but has a special legal nature. Contract of liability insurance includes many legal relationships created between the various persons, such as the insurer, the insured and the injured party. These relationships affect the regulation of statute of limitation. The most important elements in regulating of statute of limitation in the field of liability insurance are: start of the term of the statute of limitation, direct*

39 П. Шулерић, *нав. дело*, стр. 17.

*request of the injured party to the insurer (direct claim), as well as recourse request. The Draft Civil Code of the Republic of Serbia pays more attention to this matter than the Act on Obligations. It can be concluded, though, at the time of writing, there are different variants of regulating this area. This paper analyses the above solutions of the Draft Civil Code. The author also criticizes certain provisions of this act.*

**Key words:** *statute of limitation, damage compensation, liability insurance, injured party, Draft Civil Code.*

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

## ЗАШТИТА ОСИГУРАНИКА ПОЈЕДИНЦА И ПРЕДНАЦРТ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА СРБИЈЕ\*

– Колико смо далеко од европског нивоа  
заштите потрошача услуга осигурања? –

### Резиме

*Усвајање Грађанског законика ошвара дискусију у погледу промена и новина које неизоставно морају бити имплементирани у наше право. Када је реч о уговору о осигурању на који се примењује Закон о облигационим односима, кључан захтев из улога усклађивања са правом ЕУ је имплементирање стандарда заштите слабије створене креираних под утицајем заштите потрошача. Посматран из овог улога, Преднацрт Грађанског законика не нуди потребне измене. Рад је посвећен детаљнијој анализи два питања, која су по мишљењу ауторке кључна за оцену степена хармонизације нашег права са правом ЕУ.*

*Прво је питање пријављивања околности од значаја за оцену ризика, које је у Закону о облигационим односима уређено на начин који првенствено има у виду интерес осигуравача. У питању је решење које датира из периода када заштите потрошача још увек није била развијена у данашњем смислу речи. Стога је законодавац највероватно велики пропуст преузимањем норме старе више од тридесет и пет година у Преднацрт Грађанског законика. Слањајући се на уредно право, ауторка предлаже да се дужности пријављивања комплетно редифинише. Она више није*

\* Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду (2015).



самостална и сјонјана дужности уоварача осигурања или осигураника и не односи се на све околности од значаја за оцену ризика. Под ушцајем заштитне пошрошача, дужности пријављивања постоје дужности осигураваача да сачини уштиник са шшо поштинијим и прецизним ишцањима која се односе на ризик, док кандидат за осигурање на њих треба да одговори. Код уређења последица повреде ове дужности мора се водити рачуна о шоме да је уоварач осигурања или осигураник несручњак за осигурање, неуоредиво економски слабији од осигураваача и да му је пошребна заштитна у односу са осигураваачем.

Друо ишцање шиче се дужности саветовања уоварача осигурања од стране осигураваача. Како поменућа дужности постоји на страни посредника осигурања још од доношења Закона о осигурању из 2004. године, очекивало се да се и осигураваач обавезе овом дужношћу. Ово ушoliko пре шшо Преднацрт Грађанској законика уводи комлементарну дужности информисања уоварача осигурања од стране осигураваача. Аушорка као модел проучава немачко право, у коме је дужности саветовања проширена и на осигураваача. При шом је саветовање врло дешљно уређено, рашчлањено на три уже дужности: дужности исштиввања личне ситуације уоварача осигурања, дужности саветовања у ужем смислу и образложења друженој савети и дужности документовања друженој савети. Разло зашшо аушорка као пример наводи баш немачко право је намера да покаже колико је значајно да сви пошрошачи услуга осигурања уживају исту заштитиу, шј. да према њима исте дужности имају и осигураваач и посредник осигурања. У нашем позитивном праву, а шо ће изледа бити и у будућем праву, пошрошачи услуга осигурања су у неравноправном положењу: они који се обрати посреднику осигурања моју рачунати на извршење дужности саветовања и дружања драоцене помоћи око избора одоварајуће осигуравајуће заштитне, док они који се директно обрати осигураваачу нису у једнакој мери заштитени у вези са прибављањем осигуравајуће заштитне.

С обзиром на квантитет и квалитет неусклађености, аушорка закључује да одељак поспећен уовору о осигурању мора бити суштински измењен ако се жели обезбедити евројски ниво заштитне пошрошача услуга осигурања. У шом поштинку, посебна пажња по мишљењу аушорке мора да се повети уоворном праву осигурања држава чланица, пошуй Немачке и Француске.

**Кључне речи:** Преднацрт Грађанској законика, уовор о осигурању, право осигурања Евројске уније, хармонизација, заштитна пошрошача, дужности пријављивања, дужности саветовања.

## I Значај хармонизације српског права осигурања са уговорним правом осигурања Европске уније

Иако активност ка хармонизацији уговорног права осигурања траје већ неколико деценија и донет је велики број директива, уговорно право осигурања ЕУ још увек не постоји.<sup>1</sup> Реалност је уклањање препрека за прекогранично пружање услуга осигурања у погледу статусних прописа, док разлике између уговорног права држава чланица и даље постоје. Те разлике су много израженије када се ради о потрошачким ризицима; док у погледу комерцијалних ризика јединствено тржиште функционише. Поставља се питање шта је узрок овакве ситуације?

Постоје бар (!) три кључна разлога зашто није дошло до формирања јединственог тржишта осигурања потрошачких ризика.<sup>2</sup> Прво, *разлике између уговорног права осигурања држава чланица ЕУ су одраз разлика у погледу уговорног права уопште*.<sup>3</sup> И поред бројних покушаја, још увек није креиран модел уговорног права прихватљив свим државама чланицама ЕУ. Када је реч о уговорном праву осигурања, оптимисти смо.

1 До сада су донете тзв. три генерације директива, којима је постигнут одређени степен хармонизације права осигурања. Активност је, пре свега, била усмерена ка статусним прописима и ка стварању могућности за издавање тзв. европског пасоша за друштва осигурања. Поента је у томе да друштво за осигурање које је основано према праву једне државе чланице може да обавља послове осигурања преко огранака, филијала или директно (прекогранично пружање услуга осигурања) у свим државама чланицама ЕУ. Циљ је био да се уклоне препреке за прекогранично пружање услуга осигурања. С обзиром на овакав циљ, не чуди што је хармонизација уговорног права изостала. Тако данас имамо следећу ситуацију: друштва осигурања на основу дозволе државе оснивања могу пословати и на територији осталих држава чланица, али оне то најчешће не чине, бар када су у питању потрошачки ризици. Ово зато што су остале велике разлике између императивних прописа држава чланица, које чине немогућим (још увек!) функционисање јединственог тржишта осигурања ЕУ. Детаљније о хармонизацији: Лорис Беланић, „Хармонизација права осигурања у Европској унији с освртом на уговорно право осигурања“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 3/2010, стр. 1335–1368.

2 Giesela Rühl, „Common Law, Civil Law and The Single European Market for Insurances“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, January 2007, стр. 1–2.

3 Као кључни разлог одсуства хармонизације уговорног права држава чланица ЕУ истичу се разлике између континенталног и *common law* права по питању заштите потрошача. Док се у континенталним правима овом питању посвећује много пажње, англосаксонско право помиње се као пример права ненаклоњеног потрошачима (енгл. *consumer-hostile*). Сматрамо да је ово објашњење прилично нетачно у овом тренутку. У Енглеској су последњих година донети бројни прописи, којима се јасно испољава намера да се обезбеди заштита потрошача упоредива са државама чланицама попут Немачке, Француске, итд. Најбољи пример је Закон о потрошачким осигурањима (енгл. *Consumer Insurance /Disclosure and Representations/ Act*), који је ступио на снагу 1. априла 2013. године. Вид.: G. Rühl, *нав. чланак*, стр. 2.

Верујемо да су у овом тренутку испуњени неки од услова, који нису били испуњени у време доношења треће генерације директива, а који повећавају шансе за успостављање јединственог тржишта осигурања. Реч је о следећим условима: 1) бројне студије које се односе на уговорно право осигурања држава чланица;<sup>4</sup> 2) имплементација једног опционог европског закона о уговору о осигурању<sup>5</sup> и 3) повећани значај тржишта осигурања за функционисање јединственог тржишта.<sup>6</sup>

Други разлог изостанка хармонизације уговорног права осигурања је режим међународној права осигурања *тј.* *правила о меродавном праву и судској надлежности за решавање спорова из осигурања.*<sup>7</sup> Још од директива тзв. друге генерације за уговор о осигурању меродавно је право државе где осигураник има уобичајено боравиште.<sup>8</sup> Стога би осигуравачи који желе да пружају услуге осигурања прекогранично морали да познају уговорна права свих држава чланица и да своје опште услове осигурања и полисе прилагоде уговорном праву одређене државе чланице, а посебно њеним императивним прописима.<sup>9</sup> Осигурање,

4 У овоме предњачи Макс Планк Институт за упоредно и међународно приватно право у Хамбургу: Jürgen Basedow & Fock (eds.), *Europäisches Versicherungsvertragsrecht*, Volume I, II, III, Hamburg 2002–2003.

5 Jürgen Basedow, „Insurance Contract Law as a Part of an Optional Contract Act“, *Academy of European Law, ERA-Forum-scripta iuris europeae*, бр. 2/2003, стр. 56. Потреба за опционим инструментом је посебно изражена у области осигурања. Разлике између уговорног права држава чланица ЕУ – посебно у погледу императивних прописа – утичу на осигуравајуће покриће. Да осигуравачи не би били приморани да осигуравајућу понуду прилагођавају праву сваке државе чланице, кључно је доношење опционог инструмента попут Принципа европског уговорног права осигурања (даље: Принципи). Осигуравачи би у том случају могли да све трансакције на комунитарном нивоу базирају на Принципима и да исте услуге осигурања продају под истим условима на територији целе ЕУ. Вид.: Helmut Heiss, „Towards a European Insurance Contract Law: Restatement – Common Frame of Reference – Optional Instrument?“, стр. 12, доступно на: [www.aidahungary.org/.../AIDA2006\\_11\\_24\\_Helmut\\_Heiss\\_eloadas.pdf](http://www.aidahungary.org/.../AIDA2006_11_24_Helmut_Heiss_eloadas.pdf), посећено: 1.4.2015.

6 G. Rühl, *нав. чланак*, стр. 7–8.

7 Jürgen Basedow, „Die Gesetzgebung zum Versicherungsvertrag zwischen europäischer Integration und Verbraucherpolitik“, Reichert-Facilides, Schnyder (Hrsg.), *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 2000, стр. 13.

8 Вид. чл. 32(1) Директиве 2002/83 која се односи на осигурање живота; чл. 7 и 8 Директиве 88/357 о усаглашавању законских, подзаконских и управних аката који се односе на директно осигурање, осим осигурања живота, која утврђује мере у циљу лакшег ефективног остваривања слободе пружања услуга и којом се мења Директива 73/239. Вид. Jérôme Bonnard, *Droit des assurance*, 4 Édition, LexisNexis, Paris, 2012, стр. 35; Милена Петровић, „Међународна надлежност судова држава чланица ЕУ у стварима осигурања: ко и где може тужити осигуравача?“, *Евројска ревија за осигурање*, бр. 4/2014, стр. 4–13.

9 G. Rühl, *нав. чланак*, стр. 6.

дакле, може постати прекогранични тј. европски производ само ако се усклади са императивним прописима државе уобичајеног боравишта потрошача услуга осигурања.<sup>10</sup> Овај поступак је врло компликован и повлачи трошкове. То се исплати само ако су додатни трошкови изазвани прилагођавањем понуде осигурања праву одређене државе покривени очекиваном добити.<sup>11</sup> Дакле, један од најзначајнијих корака у циљу даље хармонизације уговорног права осигурања ЕУ је укидање забране избора меродавног права за уговор о осигурању када је реч о малим комерцијалним и потрошачким ризицима.<sup>12</sup>

Треће, за мале ризике важи императивни режим права осигурања. Прописи који се односе на некомерцијална осигурања су већински императивни, уз постојање тзв. полупринудних норми у неким правима. Уговорно право осигурања користи, наиме, две законске технике регулисања уговора о осигурању.<sup>13</sup> Прва је *вертикално-принудна* и састоји се у примени принудних прописа на уговор о осигурању. Од принудних норми се не може одступити, чак ни када је то у интересу потрошача услуга осигурања. Ово зато што није сврха свих мандаторних одредаба заштита потрошача, односно слабије стране уговора о осигурању. Одређени број норми штити фундаментум установе осигурања. Друга техника се назива *хоризонтално-забрањујућа* и није специфична само за област осигурања. Реч је о принудним нормама које важе за све потрошачке уговоре (хоризонтално дејство) и којима се забрањују неправичне клаузуле и уопште одступања на штету осигураника. Оваква ситуација чини немогућим пружање услуга осигурања у другим државама, осим државе оснивања, без прилагођавања осигуравајуће понуде императивном режиму те државе. Дакле, хармонизација треба да буде усмерена „само“ на императивне прописе држава чланица. Диспозитивни прописи не представљају сметњу функционисању јединственог тржишта, јер их осигуравачи замењују општим условима осигурања.

Приликом израде Грађанског законика требало је поћи не само од одредаба тзв. треће генерације директива, већ и као узор искористити право држава чланица континенталног права, попут Францу-

10 Н. Heiss, *нав. чланак*, стр. 2.

11 Један од извора који може помоћи у креирању јединствене европске политике осигурања (енгл. *uniform european policy*) су Принципи. Вид.: Olavi-Jüri Luik, Magnus Braun, „Significance of the Principles of European Insurance Contract Law for the pre-contractual information duty: Experience of the Baltic States“, *Current Issues of Business and Law*, No. 6(2)/2011, стр. 194.

12 Jürgen Basedow, „Insurance Contract Law as Part of an Optional European Contract Act“, стр. 3; G. Rühl, *нав. чланак*, стр. 6.

13 Детаљније: Herman Cousy, „National Report – Belgium“, у: Helmut Heiss (ed.), *Insurance Contract Law between Business Law and Consumer Protection*, Dike, Zurich 2012, стр. 86.

ске и Немачке.<sup>14</sup> Извесно је да хармонизација представља процес и да неће бити окончана још дуго. Али, то не искључују обавезу државе која тежи да постане чланица ЕУ да добровољно и пре постојања формалне обавезе своје законодавство што је могуће више прилагоди европским тенденцијама.

## II Поглед на Преднацрт Грађанског законика

Иако у погледу регулативе појединих питања уочавамо побољшања инспирисана директивама треће генерације, Преднацрт Грађанског законика (даље: Преднацрт ГЗ) у целини не представља суштински напредак. Понављамо: глава посвећена уговору о осигурању је морала бити редигована са већим ослоном не само на *acquis communautaires* уговорног права осигурања, већ и на добра решења из унутрашњих правних поредака држава чланица. При том, не треба заборавити да је Закон о облигационим односима<sup>15</sup> – по броју чланова посвећених уговору о осигурању и по квалитету решења – пример прилично доброг прописа социјалистичке државе. Овај закон полази од принципа заштите слабије стране тј. осигураника, уговарача осигурања и корисника права путем императивних норми. Ову идеју доследно спроводи, омогућивши осигуравачу одступања само у интересу осигураника.<sup>16</sup> Будући да је Комисија за израду Грађанског законика имала као полазну основу прилично добар текст важећег закона, и за садашње прилике (!), њен посао је утолико био лакши.

Генерална примедба одељку који регулише уговор о осигурању је *недовољно имплементирање стандарда заштите потрошача*, дубоко утемељених у права држава чланица и праксу Европског суда правде.<sup>17</sup> Данас је мање више неспорно да сва лица која закључују уговор о осигурању, осим оних која прибављају покриће за тзв. велике ризике, уживају већи степен заштите.<sup>18</sup> Они се, наиме, третирају као

14 Стога ће у раду бити указано на решења из ових права, које сматрамо добрим узором (нап. аут.).

15 *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 46/85, 57/89 и *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 31/93, даље: ЗОО.

16 ЗОО, чл. 900 ст. 2. Преднацрт ГЗ преузима формулацију из члана 900 ЗОО (чл. 1166).

17 О томе колико је уговор о осигурању значајан из угла заштите потрошача сведочи податак да се, од свих потрошачких уговора, у преамбули Директиве 93/13 помиње само уговор о осигурању. Такође, број одлука Европског суда правде које се односе на овај уговор је незанемарљив.

18 Детаљније о појму потрошача услуга осигурања: Ана Кеглевић, „Заштита осигураника појединца код уговора о осигурању“, *Зборник Правног факултета Свеучилиш-*

потрошачи услуга осигурања и на њих се, поред специјалног законодавства тј. закона о уговору о осигурању, примењују и потрошачки прописи. Иако то у одређеним ситуацијама може учинити компликованим утврђивањем прописа који *in concreto* треба применити (да ли је то секторски пропис тј. закон о уговору о осигурању или евентуално потрошачки закон, посебно ако неко питање регулишу оба прописа), оваква пракса је израз настојања да се лица која прибављају услуге осигурања заштите од несразмерно јачих и стручнијих осигуравача. Пропустивши да утврди линију разграничења тзв. потрошачких од осталих (углавном комерцијалних) осигурања, законодавац је учинио озбиљан пропуст.<sup>19</sup> Не само што убудуће може долазити до спорова око тога ко се сматра потрошачем услуга осигурања (што већ само по себи девалвира заштиту слабије стране), већ ће потенцијално нека лица која се налазе у типичној потрошачкој позицији врло вероватно остајати без заштите. Ствар не може бити поправљена тиме што новоусвојени Закон о осигурању усваја упоредноправно врло значајан појам великих ризика.<sup>20</sup> Овај појам је поменут у контексту саосигурања. ЗО само каже да је саосигурање могуће за велике ризике; уговорна питања су по природи ствари остала изван законске оптике статусног прописа. Дакле, сва одступања од редовног (императивног) правног режима потрошач-

*џа* у Ријеци, бр. 1/2013, стр. 212; Milagros Sanz Parilla, „La Regulación del Contrato de Seguros. Bases para su Reforma“, *Estudio sobre el sector asegurador en España*, стр. 2.

- 19 Пропуст сматрамо утолико већим што Преднацрт ГЗ покушава да у пропис који уређује тзв. чисто потрошачка осигурања „убаци“ и одредбе о уговору о реосигурању, који је типичан комерцијални уговор о осигурању. Наиме, постоје три предлога како одредити поље примене *rationae materiae*. Према првом, 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 посебним законом (чл. 1165). Сматрамо да одредба о томе на која осигурања се не примењују ГЗ мора бити програмског карактера. *Неојходно је да се усајласи са ујореднојравним решењима и да јочива на разлици између јџзв. масовних (јојтрошачких) и комерцијалних осигурања*. Стога подржавамо изузимање реосигурања из поља примене ЗОО. Тиме аутоматски изражавамо 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 видимо *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.

- 20 Закон о осигурању, *Службени јласник РС*, бр. 139/2014, даље: ЗО, чл. 255.

ких осигурања у случају закључења уговора којим се покрива велики ризик нашем праву нису позната. Стога нам овако дефинисани појам само посредно може помоћи.

### III Дужност пријављивања околности од значаја за оцену ризика

#### 1. Позитивно право

Уговарач осигурања је у нашем праву дужан да пријави осигуравачу приликом закључења уговора *све околности* које су од значаја за оцену ризика, а које су му познате или му нису могле остати непознате.<sup>21</sup> Уговарач осигурања, без разлике с обзиром на статус потрошача или непрофесионалца, има обавезу да осигуравача снабде свим информацијама од значаја за оцену ризика.<sup>22</sup> Овако дефинисана *дужност пријављивања је ирешироко јосијављена* 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.<sup>23</sup> Улога осигуравача је да му олакша процену постављањем питања, на које он треба комплетно и што тачније да одговори.<sup>24</sup> Две су битне карактеристике обавезе пријављивања у нашем праву: 1) *добровољна* (осигураник треба да је изврши пре закључења уговора на своју иницијативу; осигуравач нема законску обавезу да му постави

21 ЗОО, чл. 907.

22 „Уговарач осигурања је дужан пријавити осигуравачу приликом закључења уговора све околности које су од значаја за оцену ризика, а које су му познате или му нису могле остати непознате. Осигурани случај који је настао за време важења осигурања, а чији је узрок из периода који претходи закључењу уговора о осигурању је покривен осигурањем, само онда ако уговарачу осигурања или осигуранику до почетка осигурања није био познат или није могао бити познат узрок из којег осигурани случај дойде.“ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 658/2010(2) од 7.4.2010. године.

23 Систем спонтане пријаве околности од значаја за оцену ризика ставља неразуман терет на кандидата за осигурање, који је посебно нестручан за процену ризика. Вид. Herman Cousy, „The Principles of European Insurance Contract Law: the Duty of Disclosure and the Aggravation of Risk“, Academy of European Law, ERA Forum, 2008, стр. 120.

24 О критици сличног решења (преузетог из југословенског ЗОО) са становишта хрватског права: Ана Кеглевић, *Грађанскојавни аспекти обвезе обавештавања код пошрошачкој уговора о осигурању*, докторски рад, Правни факултет Универзитета у Загребу, Загреб, 2012, стр. 532–533.

питања) и 2) *самостјална* (осигураник не може да рачуна на помоћ осигуравача у вези са њеним извршењем). Сматрамо да је одредба о дужности пријављивања посебно проблематична због тога што је маневарски простор за процену да ли је испуњена преширок. Судови, наиме, могу приписати уговарачу осигурања да није пријавио околности које „му нису могле остати непознате“. Сматрамо да је законодавац оставио простора за произвољност и наметање уговарачу осигурања дужности којој он као потрошач услуга осигурања није дорастао.

Сматрамо да ова одредба под хитно мора бити измењена на начин који уважава интерес потрошача услуга осигурања. Залажемо се и за термилошке измене. Уместо дужности пријављивања довољно је назвати је дужност информисања. Ово зато што идентичну дужност има и осигуравач и што се увођењем истоимене дужности и термилошки потенцира значај истовременог испуњења истоврсне обавезе од стране осигуравача и уговарача осигурања.

## 2. Преднацрт ГЗ

Преднацрт ГЗ преузима норму ЗОО.<sup>25</sup> Ово је једна од најслабијих тачака Преднацрта. Писци Преднацрта као да нису упознати са савременим тенденцијама у овом сегменту заштите потрошача услуга осигурања. Заправо, није претерано рећи да је заштита уговарача осигурања у вези са пријављивањем околности значајаних за оцену ризика данас једна од кључних тачака. Паралелно са увођењем дужности на страни осигуравача (попут дужности информисања и саветовања потрошача услуга осигурања) ради се на смањењу обавеза уговарача осигурања. Статус потрошача омогућава му да се ослободи обавеза, која су до скоро имале епитет традиционалних. Сматра се да је за заштиту потрошача услуга осигурања кључно редефинисање дужности пријављивања.

Осим овог понављања норме из ЗОО, Преднацрт садржи врло проблематичну норму о томе да је уговарач осигурања дужан да на захтев осигуравача пријави околности које се односе на тајност података према закону којим се уређује заштита података о личности.<sup>26</sup> При том је према слову Преднацрта осигуравач дужан да чува и користи ове податке у складу са прописима о начину прикупљања, чувању и постављању личних података. Овај став треба да се брише. Као прво, осигуравачу не треба признати право да захтева од уговарача осигурања да му открије и околности које су обухваћене законом о заштити података о личности. Друго, постоји обавеза осигуравача да чува и користи све податке које му је саопштио уговарач – а не само оне на које се односи закон о за-

25 Преднацрт ГЗ, чл. 1182.

26 Преднацрт ГЗ, чл. 1182, ст. 2.



штити података о личности – на законом прописани начин. ЗО уређује ово питање на бољи начин.<sup>27</sup>

### 3. Модерна решења

Дужност уговарача осигурања да осигуравачу пријави ризично релевантне околности је последњих година редефинисана. У већини законодавстава је изменом направљен *компромис* између права осигуравача да буде информисан о стварима од којих зависи његова одлука о пружању покрића, с једне стране, и интересима осигураника потрошача услуга осигурања, с друге стране.<sup>28</sup> До скоро је уговарач осигурања имао дужност да осигуравачу открије све релевантне информације о осигураном ризику, без обзира на то да ли су садржане у питањима које осигуравач поставља. Основна примедба овако замишљеној дужности информисања од стране осигураника је неусклађеност са прописима о заштити потрошача. Уговарач осигурања, за кога се основано претпоставља да није стручњак за осигурање и да се не разуме ни у техничка, ни у правна питања не може да испуни наметнуту дужност без одговарајуће помоћи осигуравача, стручњака за осигурање.<sup>29</sup> Он, на-

27 Поверљивим се сматрају подаци, чињенице и околности које друштво за осигурање сазна у пословању са осигураником, односно другим корисником права из осигурања. Забрана саопштавања поменутих података, као и забрана коришћења или омогућавања трећим лицима да их користе односи се и на чланове органа друштва за осигурање, акционаре, запослене у друштву и друга лица којима у вези са њиховим радом у друштву или вршењем услуга за друштво на било који начин дођу у посед ових података. Исти члан регулише и изузетке од обавезе чувања поверљивих података: 1) ако осигураник, односно корисник осигурања да сагласност да се одређени подаци могу објавити; 2) ако је то неопходно за утврђивање чињеница у кривичном поступку и ако давање ових података наложи суд, односно јавни тужилац; 3) ако су ови подаци уређени законом којим се уређује заштита података о личности, односно законом којим се уређује спречавање прања новца и финансирање тероризма; 4) ако су неопходни за одлучивање о правним односима између друштва за осигурање и осигураника, односно других корисника права из осигурања у судском спору; 5) ако су неопходни у оставинском или другом судском поступку, кад суд наложи њихово давање; 6) ако су неопходни за наплату по извршном решењу из имовине осигураника и њихово подношење суд писмено захтева, односно наложи; 7) ако су потребни НБС, односно другом надзорном органу за потребе надзора; 8) ако их тражи порески орган, орган надлежан за унутрашње послове или орган надлежан за борбу против организованог криминала; 9) ако је то одређено законом којим се уређује обавезно осигурање у саобраћају. 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. Вид. ЗО, чл. 175.

28 G. Rühl, *нав. чланак*, стр. 11–22.

29 Peter Reusch, „Die vorvertragliche Anzeigepflichten im neuen VVG 2008“, *Versicherungsrecht*, Heft 28, 2007, стр. 1313.

ме, не зна које су информације значајне, а које нису значајне за оцену ризика од кога жели да се осигура.<sup>30</sup> Стога се морала поставити граница обавезе пријављивања.<sup>31</sup>

Промене у регулисању дужности пријављивања састоје се у следећем: 1) уместо тзв. спонтаног обавештавања (енгл. *own-initiative rule*; *spontaneous declaration*) осигуравача од стране уговарача осигурања уведена је метода упитника, који саставља осигуравач (енгл. *method of asking questions*; *questionnaire*; фр. *le formulaire de déclaration du risque*; нем. *Fragebogen*),<sup>32</sup> питања, при том, морају бити јасна и прецизна;<sup>34</sup> 2) тест значајности (енгл. *materiality test*) је промењен: пошто се обавеза уговарача своди на одговор на питања садржана у упитнику, он није дужан да пружи обавештања о околностима о којима осигуравач није поставио питања.<sup>35</sup> Значајном се, дакле, сматра само она околност у погледу које је осигуравач поставио јасна и прецизна питања;<sup>36</sup> 3) уговарач осигурања је дужан да пружи обавештење осигуравачу као о свом стварном, тако и о претпостављеном знању и 4) уведен је принцип пропорционалности уместо досадашњег начела све-или-ништа у погледу правних последица кршења ове дужности.<sup>37</sup>

Најбољи пример у ком правцу се сада гледа на дужност пријављивања представљају Принципи. Обавеза пријављивања је у Принципима проширена на све чињенице од значаја за закључење уговора, за разли-

30 Селекција и адекватна процена ризика јесу значајне за здраво функционисање техничке организације осигурања. Али, не може се зарад њих на осигураника преваљивати терет коме он није достигао својим знањем и стручношћу. Осигуравач је стручњак за осигурање, он треба да састави упитник *lege artis*. Од осигураника се једино може захтевати да тачно одговори на сва постављена питања.

31 Oliver Brand, „Grenzen der Vorvertraglichen Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers“, *Versicherungs Recht*, Heft 16, 2009, стр. 715–721.

32 J. Bonnard, *нав. дело*, стр. 140–150.

33 Olavi-Jüri Luik, Magnus Braun, „Significance of the Principles of European Insurance Contract Law for the pre-contractual information duty: Experience of the Baltic States“, *Current Issues of Business and Law*, No. 6(2)/2011, стр. 196; А. Кеглевић, *Грађанскојравни аспекти...*, стр. 149–150.

34 Ако питања нису јасна и прецизна, уговарач осигурања неће трпети санкције зато што није одговорио на њих. Захтев јасноће и прецизности има за циљ да учини немогућим осигуравачу да одложи оцену ризика до момента настанка осигураног случаја. Вид. Н. Cousy, „The Principles of European Insurance Contract Law...“, стр. 126.

35 Наметање дужности осигуравачу да постави јасна и прецизна питања требало би и да допринесе смањењу неопходних трансакцијских трошкова, као и да минимизује спорове осигуравача и осигураника у вези са тим. Вид. О.-Ј. Luik, *нав. чланак*, стр. 75.

36 А. Кеглевић, *Грађанскојравни аспекти...*, стр. 150–151.

37 О.-Ј. Luik, М. Braun, *нав. чланак*, стр. 201; Н. Cousy, „The Principles of European Insurance Contract Law...“, стр. 120.

ку од нашег права, где се ова обавеза односи на „околности од значаја за оцену ризика“. Принципи прописују да је уговарач осигурања дужан да обавести осигуравача о оним околностима о којима је осигуравач поставио јасна и прецизна питања, а које је осигураник знао или могао знати према околностима случаја.<sup>38</sup> Принципи, дакле, „преваљују“ 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. Принципи, дакле, полазе од тога да осигуравач има право да постави питања и захтева информације о околностима ризика, као и да одлучи да ли ће закључити уговор о осигурању на основу датих информација.

Традиционална дужност осигураника да информише осигуравача о ризику је полако замењена или бар допуњена дужношћу осигуравача да добије информације, тј. његовом дужношћу да се информише о потребама клијента (енгл. *duty of the insurer to inform himself*; фр. *le devoir de l'assureur de s'informer*).<sup>39</sup> Творци Принципа имали су ово у виду када су увели дужност осигуравача да упозори апликанта о неусаглашености покрића и његових захтева.<sup>40</sup> Овим уведена дужност осигуравача да се потруди да добије јасну слику о осигураном ризику се разликује од онога што је он требало да учини у вези са сачињавањем традиционалног упитника. У другом случају информација се тражила са циљем заштите осигуравача (боља процена ризика, диверзификација ризика, итд). Дужност осигуравача да се информише нема исту циљну функцију. Он треба да добије све потребне информације, укључујући и оне о ризику, како би био у стању да пружи покриће које је боље прилагођено потребама осигураника.<sup>41</sup>

Да бисмо приближили резоновање у развијеним државама, цитираћемо мишљења француске Комисије за неправичне клаузуле:<sup>42</sup> „Осигураник није стручњак за осигурање, он по природи ствари не може

38 Чл. 2: 101.

39 Н. Cousy, „The Principles of European Insurance Contract Law...“, стр. 123.

40 Принципи, чл. 2: 202.

41 Н. Cousy, „The Principles of European Insurance Contract Law...“, стр. 124.

42 То је тело које постоји већ неко време у Француској и чији је задатак да указује на неправичне клаузуле у уговорима, општим условима, модел уговорима, као и законима и предлозима закона.

знати које све околности треба да пријави. Осигуравач треба да постави питања значајна за процену ризика, јер осигураник не може да замисли да, у сваком случају, треба да истражи које чињенице могу имати утицај на цену покрића које прибавља.“ Стога је Комисија препоручила две ствари: 1) од осигураника се могу тражити само јасни, комплетни и тачни одговори на питања из упитника, који је дужан да сачини осигуравач; 2) треба укинути клаузуле којима се предвиђају санкције за осигураника за непријављивање или нетачно пријављивање ризика, ако околности или чињенице које нису пријављене нису садржане у упитнику.

У немачком праву дужност информисања од стране осигураника је ограничена на околности о којима се осигуравач распитао изричито и то у писменој форми.<sup>43</sup> Дакле, *уговарач осигурања више не носи ризик појединачне процене да ли је одређена околност значајна за осигураник ризик*.<sup>44</sup> Тај ризик је у складу са тенденцијом заштите потрошача услуга осигурања пребачен на осигуравача.<sup>45</sup> Кршење дужности од стране осигураника даје право осигуравачу да се повуче из уговорног односа само ако је реч о грубој непажњи или намери.<sup>46</sup> Осигуравач губи права по основу кршења дужности од стране осигураника ако је пропустио да одвојено обавести уговарача осигурања о последицама кршења или ако је био упознат са релевантним околностима. Такође, осигуравач је у обавези да уговарача осигурања обавести о његовим правима и обавезама у вези са предговорним дужностима информисања.

У Великој Британији је 1. априла 2013. године ступио на снагу нови Закон о потрошачким осигурањима, који уноси значајне измене у дужност информисања осигуравача од стране уговарача осигурања.<sup>47</sup> Дужност информисања не постоји у облику у коме је постојала до усвајања

43 Закон о уговору о осигурању, пар. 19: „Осигураник је дужан да, до давања изјаве за закључење уговора, осигуравачу пријави све познате околности ризика која су битне за одлуку осигуравача да закључи уговор одређене садржине и о којима осигуравач саставља питања у текстуалној форми. Ако осигуравач, после изјаве осигураника, а пре своје изјаве за закључење уговора, постави осигуранiku питања у смислу реч. 1, осигураник је у обавези да пријави околности ризика.“

44 Christian Finnern, *Der Vertagsabschluss im Versicherungsrecht, Die Besonderheiten des geltendes Rechtes, die Vorgaben des europäischen Gesetzgebers und die Reform des deutschen Versicherungsvertragsrechtes*, Saarbrucker Verlag für Rechtswissenschaften, Saarbrücken, 2009, стр. 67, 220–225; Christian Armbrüster, „National Report – Germany“, Helmut Heiss (ed.), *Insurance Contract Law between Business Law and Consumer Protection*, Dike, Zurich, 2012, стр. 216.

45 „Neues Versicherungsvertragsrecht in Planung, Mehr Verbraucherschutz für Versicherte, Sonderinfo“, *Informationen aus dem Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht*, бр. 1/2007, стр. 1.

46 VVG, пар. 19, ст. 3 и 4.

47 Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012.

Закона. Она је укинута и уместо ње је уведена дужност осигураника да пре закључења уговора и приликом уговарања измена уложи разумну пажњу и не изврши погрешно представљање околности осигуравачу.<sup>48</sup> Да ли је осигураник уложио разумну пажњу цени се у светлу свих релевантних околности.<sup>49</sup> Закон само *exempli causa* наводи неке од тих околности: врсту потрошачког осигурања у питању и тржиште; било који релевантан материјал значајан за објашњење, јавно објављен или потврђен од осигуравача; колико су јасна и колико одређена питања осигуравача; у случају када није одговорено на питања осигуравача у вези са обновом или изменом потрошачког уговора о осигурању, колико јасно је осигуравач саопштио значај одговарања на питања; да ли је за потрошача радио агент осигурања. Поред наведених, суд према околностима случаја може узети у обзир и друге околности. Захтевани стандард пажње је пажња разумног потрошача, уз две напомене. Прво, ако је осигуравач свестан или би требало да буде свестан да је реч о потрошачу за кога се везују одређене карактеристике или околности, оне ће бити узете у обзир. Друго, намерно извршено погрешно представљање је увек показатељ недостатка разумне пажње.

Дакле, уместо да добровољно снабдева осигуравача информацијама о ризику, уговарач осигурања треба да уложи разумну пажњу разумног потрошача услуга осигурања како не би извршио погрешно представљање чињеница осигуравачу. Уместо доскорашњег чињења, које је уговарача осигурања врло оптерећивало и где је постојао ризик да нешто ненамерно пропусти, модерно право га обавезује да само одговори на питања осигуравача.<sup>50</sup> Његова дужност се састоји у томе да са разумном пажњом прочита постављена питања и да на њих одговори тачно и што комплетније. Дакле, стандард разумне пажње разумног потрошача услуга осигурања је објективан. За процену да ли је потрошач у конкретном случају поступао дужном пажњом нису релевантне његове личне карактеристике, попут његових година, способности разумевања, познавања језика, итд.<sup>51</sup> Стандард разумног потрошача треба схватити у смислу просечног потрошача, који не поседује нарочита знања и способности.<sup>52</sup>

Ако потрошач прекрши дужност разумне пажње и изврши погрешно представљање околности значајних за ризик, што осигуравача наведе да закључи уговор, осигуравач има одређена правна средства

48 Секција 2.

49 Секција 3.

50 Peter J. Tyldesley, *Consumer Insurance Law: Disclosure, Representation and Basis of the Insurance Contract Clauses*, Bloomsbury Professional, 2013, стр. 392.

51 *Ibid*, стр. 393.

52 *Ibid*.

на располагању. Два су услова значајна за вршење права осигуравача по овом основу. Први је погрешно представљање околности значајних за ризик. Други је претпостављени утицај погрешне презентације чињеница на одлуку осигуравача о прихватању ризика, односно услова прихватања. Ако осигураник намерно погрешно представи околности значајне за оцену ризика, осигуравач има право да уговор поништи и одбије одштетни захтев. Али, ако је осигураник ненамерно нетачно одговорио на питања, правна средства осигуравача зависеће од тога да ли би он уговор ипак закључио, али под другачијим условима. Ако осигуравач због нетачно приказаних околности не би закључио уговор, може одбити одштетни захтев, али има обавезу да врати премију. Ако би уговор закључио под другачијим условима, сматра се да су ти услови укључени у уговор. То може повући за собом повећање премије осигурања, што се одражава на одштетни захтев који се умањује за неплаћени део премије.<sup>53</sup>

## IV Дужност саветовања уговарача осигурања

### 1. Позитивно право

У нашем праву постоји дужност посредника да саветује уговарача осигурања од доношења ЗО из 2004. године.<sup>54</sup> Према ЗО, друштво за посредовање у осигурању које обавља послове посредовања на основу налога осигураника има генералну обавезу да осигураннику пружи објашњења и савете о околностима које су значајне за закључење уговора о осигурању.<sup>55</sup> Нешто лошију норму садржи и новоусвојени ЗО.<sup>56</sup>

53 Посебно значајна новина са становишта повећања заштите потрошача услуга осигурања је укидање досадашњег правила о томе да осигуравач у уговор може унети одредбу по којој осигураник гарантује да су одговори на питања из формулара тачни или да они чине тзв. основу уговора. Оваквом одредбом су осигуравачи могли да представљање ризика од стране осигураника искористе као средство за неизвршење обавеза по основу уговора о осигурању. Будући да је просечан потрошач услуга осигурања нестручан и да се не може рачунати на његова знања из области осигурања, он не може бити гарант тачности околности значајних за оцену ризика. Вид. *Ibid.*, стр. 395.

54 Закон о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 55/04, 70/04, 61/05, 85/05, 101/07 и 107/09.

55 ЗО, чл. 84, ст. 1.

56 ЗО, чл. 94. Норма је погоршана зато што нови ЗО, потпуно непотребно, помиње уговарача реосигурања и уговарача осигурања на истом месту тј. поводом исте дужности посредника. Познато да је уговарач осигурања најчешће (тј. изузев када прибавља покриће за велике ризике) у положају слабије стране и да се означава као потрошач услуга осигурања. Он у том смислу завређује посебну заштиту кроз увођење обавеза посредника према њему. Исто никако не важи за уговара-

У нашем праву, дакле, посредник има дужност саветовања и давања објашњења када га је ангажовао уговорач осигурања. Иако поменутој дужности дефинитивно није место у статусном закону, сматрамо да увођење овакве обавезе у наше законодавство заслужује да се истакне као пример заштите потрошача услуга осигурања. Да се мислило на њихову заштиту најбоље сведочи податак да иста дужност није постојала када налог за посредовање потиче од осигуравача.

Ова генерална клаузула је законом објашњена и она подразумева следеће дужности посредника: 1) да пре закључења уговора одреди потребе и захтеве уговорача осигурања, односно осигураника на основу података добијених од тих лица; 2) посредује, ради преговарања о закључењу уговора о осигурању са друштвом које, у односу на околности појединог случаја, осигуранику нуди најбоље покриће; 3) из ради одговарајућу анализу опасности и да предложи одговарајуће покриће;<sup>57</sup> 4) наведе разлоге за дате савете у вези са предложеним уговором, односно да образложи зашто је предложио одређено друштво за осигурање; 5) обавести друштво за осигурање о осигураниковој намери да закључи уговор о осигурању и да осигуранику понуди полису осигурања, односно уговор и упозна га са правилима за израчунавање премије осигурања; 6) провери садржину полисе осигурања; 7) понуди помоћ осигуранику за време трајања уговора о осигурању, пре и после настанка осигураног случаја, а нарочито да води рачуна о томе да осигураник у утврђеним роковима изврши радње које су од значаја за очување, односно остваривање права из уговора о осигурању; 8) прати извршавање уговора о осигурању, који је осигураник закључио уз његово посредовање и 9) изрази предлог за измену закљученог уговора, ради веће сигурности и заштите осигураника.<sup>58</sup>

---

ча реосигурања. Уговорач реосигурања је осигуравач, који је стручњак за послове осигурања, економски не много слабији од реосигуравача и способан да се стара о заштити својих права.

57 У француском праву, посредник има дужност да савет упућен уговорачу осигурања заснива на објективној анализи тржишта и када није закључио уговор о ексклузивном посредовању са једним осигуравачем. Он је у обавези да открије име друштва за осигурање са којим је закључио више од 33% послова у претходној години. Детаљније: Nihem Khoury, *L'Information et le Conseil des au Preneur d'Assurance*, Collection de l'Institut de Droit des Assurances, Press Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2011, стр. 79–80.

58 ЗО, чл. 94, ст. 2. Када је о члану који регулише обавезу посредника да осигуранику пружи објашњења и савете о околностима које су од значаја за закључење уговора о осигурању издвајамо дужност посредника да изрази одговарајућу анализу опасности и предложи одговарајуће покриће, као и дужност да изрази процену солвентности друштва за осигурање, на основу података о пословању тог друштва. *Сматрамо да су ове дужности сувишне и врло оштерећујуће за делатности посред-*

Такође, друштво за посредовање у осигурању дужно је да упозна осигураника са свим правним и економским односима са друштвом за осигурање који утичу на његову непристрасност у испуњавању обавеза према осигуранику.<sup>59</sup> Под правним и економским односима сматрају се нарочито одредбе уговора о посредовању закљученог између друштва за посредовање и друштва за осигурање на основу којих је друштво за посредовање у осигурању дужно да посредује искључиво у закључењу уговора о осигурању са одређеним друштвом за осигурање (тзв. ексклузивно посредовање) или је уговорило право на увећану провизију, у односу на уобичајену провизију за посредовање код одређених врста осигурања.<sup>60</sup>

## 2. Преднацрт ГЗ

Преднацрт ГЗ, као ни ЗОО, не познаје обавезу осигуравача да уговарача саветује пре закључења уговора о осигурању или у току његовог важења. Ова обавеза се можда (!) може извести из начела максимално добре вере, својственог уговору о осигурању. Али, будући да саветовање захтева да се одреди о којим тачно околностима се уговарач саветује, јасно је да ова тврдња нема упориште. Осим што представља недостатак регулаторног оквира пружања услуга осигурања, оваква ситуација је недопустива из још једног разлога. Њоме је, наиме, направљена разлика у положају уговарача осигурања или осигураника који је ангажовао посредника осигурања и онога који уговор директно закључује са осигуравачем. Потрошач услуга осигурања који се обрати посреднику ужива већу заштиту. Посредник је *ex lege* дужан да га саветује о законом одређеном кругу околности. То је највиши степен заштите уговарача осигурања, који је преузет из Директиве о посредовању у осигурању. За разлику од посредника, осигуравач није дужан да саветује потрошача услуга осигурања. Он само треба да изврши дужност информисања о тачно одређеним подацима.

*ника.* Дословно, оне значе да ће посредник увек, на захтев осигураника, морати да му покаже да је урадио анализу, као и процену солвентности осигуравача. Иако су ово активности које посредници редовно обављају у свом пословању, њиховим нормирањем као посебне обавезе корелативне праву корисника услуге, посредници се додатно оптерећују. Као да законодавцу није била довољна гаранција општа норма облигационог права о одговорности посредника ако је посредовао са осигуравачем за чију је инсолвентност знао или морао знати. Детаљније: Наташа Петровић Томић, „Још један Нацрт Закона о осигурању – кључне слабе тачке предложеног регулаторног оквира осигурања“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање Пословној Права Србије са Правом Европске уније (2014)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, стр. 268–269.

59 ЗО, чл. 95, ст. 4.

60 ЗО, чл. 95, ст. 5.



### 3. Директива о посредовању у осигурању и упоредно право

Директива о посредовању у осигурању не регулише обавезу брокера да пружи савет. Његова је обавеза да, када препоручује одређеног осигуравача или покриће, упути изјаву да ли је та препорука заснована на фер анализи или он ради са неколицином осигуравача. Ако обавести клијента да даје савет на основу фер анализе, обавезан је да стварно изврши такву анализу. Директива о посредовању полази од тога да је анализа фер ако обухвата довољно велики број уговора о осигурању тј. ако пореди производе осигурања различитих осигуравача како би дошао до понуде која је најконкурентнија.<sup>61</sup> Он се упознаје са условима осигурања различитих осигурача и клијенту сугерише који су по његове интересе, сходно његовим могућностима, најповољнији. Од посредника се очекује да буде сигуран и искусан водич свог клијента – потрошача услуга осигурања.<sup>62</sup> Директива о посредовању прописује да, пре закључења било ког посебног уговора, постоји обавеза давања минимума информација и објашњења о спецификацији уговора, на основу информација добијених од клијента, као и обавеза навођења разлога за сваки савет који му је дат за одређени производ осигурања.

Дакле, иако није изричито регулисана обавеза посредника да саветује клијента, она *de facto* постоји.<sup>63</sup> Посредник који саветује клијента да прибави одређено покриће или код одређеног осигуравача, мора да испита материјалне чињенице и потребе осигураника и да изнесе разлоге за такав савет. Дакле, посредник не може извршити своју основну обавезу, а да не саветује клијента. За *разумевање дужности саветовања бићно је истићи да је она акцесорна уговору о осигурању*.<sup>64</sup> Она је *саставни део уговора о осигурању; постоји на страни онога ко је у директном контакту са будућим осигураником*. Ако се уговор закључује преко посредника, дужност саветовања осигуравача бива супституисана дужношћу саветовања посредника осигурања.<sup>65</sup> С тим у вези, ако се

61 Hubert Groutel Leduc Fabrice, Pierre Pfilippe, Asselain Maud, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, Paris, 2008, стр. 43.

62 Н. Groutel *et al.*, *нав. дело*, стр. 45.

63 Његова главна обавеза (нем. *Hauptpflicht*) је пружање савета и помоћи приликом закључења уговора, а не закључење уговора у име и за рачун осигураника! У теорији се истиче да је посредник дужан да анализира ризик од кога се његов клијент осигурава и да му пружи најбољи савет (енгл. *best advice*). Вид. А. Кеглевић, *Грађанскојравни аспекти...*, стр. 429; Daniel Langé, „La révision de la directive européenne sur l'intermédiation en assurance est en marche“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, Février, 2014, стр. 92.

64 Н. Houry, *нав. дело*, стр. 90.

65 *Ibid*, стр. 91.

појави неки пропуст у њеном извршењу од стране посредника, треба правити разлику између случаја када посредник иступа као налогопри-мац осигуравача и случаја када то није.<sup>66</sup> Само у првом случају, пропуст у извршењу дужности саветовања приписује се осигуравачу и може водити његовој одговорности. У другом случају, одговоран може бити само посредник.

За разлику од Директиве 2002/92, немачки Закон о уговору о осигурању проширује обавезу саветовања и на осигуравача.<sup>67</sup> То је решење које треба да послужи као модел за наше право. Решење из Директиве 2002/92 има за последицу дискриминисање уговарача осигурања који уговор закључују директно са осигуравачем. Применом одредаба Директиве, они уживају мању заштиту од оних уговарача који се обрате посреднику.

Према немачком Закону о уговору о осигурању, „осигуравач је обавезан, у зависности од тежине ситуације, да за осигураника процени осигурање или да, ако личност осигураника и његова ситуацију дају за то повода, испита његове жеље и потребе те да га посаветује имајући у виду одговарајући однос трошкова саветовања и премије коју осигураник плаћа, као и да наведе разлоге за сваки савет који је дат у вези са одређеним осигурањем. Осигуравач је обавезан да ово документује узимајући у обзир комплексност понуђеног уговора о осигурању.“<sup>68</sup> Дакле, осигуравач треба да се према околностима конкретног случаја распита о жељама и потребама уговарача осигурања, да га саветује,<sup>69</sup> дат савет образложи, као и да испитивање, саветовање и образложење

66 *Ibid.*

67 Christian Finner, стр. 215–220.

68 VVG пар. 6(1).

69 VVG, чл. 6. За разлику од немачког, у француском праву се не прави оваква дистинкција. Истиче се да саветовање подразумева две фазе: 1) експертска анализа информација које је пружио будући осигураник од стране осигуравача/посредника и 2) селекција производа осигурања који одговарају очекивањима клијента. Управо зато, сматра се да постоји неизвршење дужности саветовања од стране осигуравача, ако је осигуранику издата полиса која не покрива ризике којима је изложен и о којима је информисао осигуравача. Примера ради: сматра се да постоји пропуст у саветовању гаражисте, који у својим локалима држи аутомобиле својих клијената ради одржавања или поправке, који закључује уговор о осигурању од професионалне одговорности ако му се испостави полиса која не покрива евентуалне штете на овим возилима. Осигуравач који није у стању да изда полису, која покрива све пријављене ризике карактеристичне за одређену професију, не извршава дужност саветовања. Такође, осигуравач прави пропуст у извршењу саветовања ако код осигураника створи илузију да је стекао покриће, иако предлог за закључење уговора још увек није прихваћен. Пропуст осигуравача да клијенту укаже на постојеће комплементарних покрића, корисних за њега, такође значи повреду дужности саветовања. Вид. Н. Khoury, *нав. дело*, стр. 91–93.

документује.<sup>70</sup> Директива о посредовању у осигурању представљала је инспирацију за регулативу дужности саветовања у немачком праву. Разлика је само у томе што је немачки законодавац ову дужност *проширио и иренео је и на осигуравача*.

Према нашем мишљењу, дужност саветовања се може поделити на три конкретније дужности: 1) дужност испитивања (истраживања) личне ситуације уговарача осигурања (нем. *Befragungspflicht*); 2) дужност саветовања и образложења датог савета (нем. *Beratungspflicht und Begründungspflicht*) и 3) дужност документовања извршених дужности (нем. *Dokumentationspflicht*). На први поглед је јасно да дужност саветовања није оно што сугерише њен назив (она је, заправо, много ширег домета). Она сублимира три различите, али међусобно повезане дужности, које се различито манифестују зависно од тога ко је потенцијални осигураник и које у садејству одређују какав савет треба пружити уговарачу осигурања.<sup>71</sup> Садржај и опсег дужности испитивања и саветовања су конципирани тако да се на основу њих осигуравач упозна са конкретним релевантним околностима.<sup>72</sup>

Поента је у томе да се потрошачу услуга осигурања помогне давањем савета прилагођеног његовој личности. Тиме се иде корак даље у односу на заштиту која се обезбеђује правом на информисање пре закључења уговора. Дужност информисања остварује циљну функцију само ако се ради о потрошачу који може и/или хоће да употреби саопштене информације. Ако он то из било ког разлога не може, саопштавање информације (п)остаје само себи циљ.

## V Закључак

Сматрамо да Преднацрт ГЗ не представља очекивани напредак у погледу регулативе уговора о осигурању. Одељак који уређује овај значајан потрошачки уговор је у највећем делу преузет из ЗОО, уз уношење козметичких и уопште несуштинских измена. Уговор о осигурању – иако прилично добро регулисан у ЗОО – мора да прати еволуцију потрошачког права у погледу регулативе свих елемената потенцијално

70 У француском праву стоји да посредник треба да прецизира „захтеве и потребе потенцијалног уговарача осигурања, као и разлоге који оправдавају савет који је пружио у погледу одређеног производа осигурања. Ова прецизирања, која се заснивају на информацијама саопштеним од стране уговарача осигурања, су прилагођена сложености предложеног уговора о осигурању“. Чл. L. 520-1-II-2 Законика о осигурању.

71 Mangred Wandt, *Versicherungsrecht*, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2010, стр. 103.

72 *Ibid.*

опасних по осигураника. У нашем будућем праву то неће бити случај, јер Преднацрт оставља неадекватно уређеним два врло значајна подручја заштите потрошача услуга осигурања. Прво, дужност пријављивања околности значајних за оцену ризика остаје непромењена. Она је данас претрпела скоро тектонске измене. Нити више постоји спонтана дужност пријављивања на страни кандидата за осигурање, нити последице повреде дужности могу бити онакве какве познаје ЗОО. Уговарач осигурања на кога се примењује ЗОО – нестручњак за осигурање – мора бити заштићен од конституисања сувише оптерећујућих и уопште дужности којима он, због свог незнања и нестручности за осигурање, није дорастао. Од њега се сада захтева само да комплетно и тачно одговори на сва постављена питања. Ако је то учинио, покриће остаје недодирљиво, чак и ако је нека околност остала несаопштена.

Друго, дужност саветовања није ни поменута. Она, додуше, већ више од десет година, чини део позитивног права. Дужност саветовања је уведена Законом о осигурању из 2004. године и то као дужност посредника. Иста норма је пренета и у нови Закон о осигурању. Дакле, и у нашем праву сада постоји разликовање тј. дискриминисање осигураника према томе да ли купују осигурање директно или преко посредника. Ако то чине преко посредника, требало би да уживају погодности извршења дужности саветовања. Ако уговор закључују директно код осигуравача, до ступања на снагу новог Закона о осигурању, према њима не постоји ни дужност информисања, ни дужност саветовања. Када ЗО почне да се примењује, осигуравач ће бити обавезан да их информише о тачно одређеном кругу информација пре закључења уговора, али и даље неће постојати дужност да их саветује. Имајући у виду број уговора који се у нашем праву закључују преко посредника осигурања и уопште упознатост осигураника са њиховим правима, сматрамо да значај ове норме није велики. Стога се залажемо да се уведе и обавеза осигуравача да клијента саветује пре закључења уговора, а по узору на немачко право.

**Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD**

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

## **CONSUMER PROTECTION IN CONTRACT OF INSURANCE AND DRAFT OF SERBIAN CIVIL CODE**

### **– How far are we from the European level of consumer protection of insurance services? –**

#### **Summary**

*Adoption of Civil Code opens the discussion about amendements and innovations necessary to implement into Serbian law. Speaking about contract of insurance on which is applied Law on obligations, key requirement from the point of view of harmonization of Serbian law with the standards of European Union is implementation of standards of protection of weaker contracting party created under the influence of consumer protection. Observed from this angle, Draft of Civil Code does not provide necessary amendements. The article is devoted to the detailed analysis of two questions which are – according to the opinion of the author – the most important to the evaluation of the degree of harmonization of our law with the law of EU.*

*The first question is declaration of risk relevant circumstances. This question is regulated in the Law on obligations on the insurer-protective way. Historically, it is a solution originated from the time where the protection of consumers was not developed in contemporary meaning. Therefore, the legislator made a big mistake by taking norm old more than 35 years in the Draft. Relying on comparative law, the author proposes complete redesign of duty of declaration. Duty of declaration is neither independent nor relates on all risk relevant circumstances. Under the influence of consumer protection, instead of duty of insured to declare all risk relevant circumstances exists the duty of insurer to make questionnaire with complete and precise questions relating on risks. The duty of applicant is to answer these questions. When regulating the consequences of violation of the duty of declaration it is necessary to take into account that the insured is layman (nonprofessional) for insurance, economic weaker than insurer and the fact he needs protection in contractual relationship with insurer.*

*The second question relates to the duty of insurer to advise insured. Broker has this duty since the enactment of Law on Insurance (2004), we therefore expected the insurers got the same duty. Furthermore, the Draft is introducing the complementary duty of insurer: the duty to inform insured on numerous*

*circumstances. The author studies German law as a model, which extends this duty to the insurer. Duty of insurer to advise the insured is very detailed in German law. It actually implements three duties: duty to interrogate personal situation of insured, duty to advise him as well as justify given advice and the duty to document given advice. The reason why the author is citing example of German law is to prove how important is to give the same protection to all consumers of insurance services. In our positive law, consumers of insurance services are disadvantaged. Those who engage broker could count on his duty to give advices about the insurance coverage, those who negotiate directly with the insurer enjoy a lesser degree of protection.*

*Having in mind the quality as well as the quantity of lack of harmonization, the author concludes that the section relating on contract of insurance has to be altered substantially if we want to achieve the European standard of protection of consumers of insurance services. In that proceeding, special attention needs to be paid to the law of member states, like Germany and France.*

**Key words:** *Draft of Civil Code, contract of insurance, insurance law of European Union, harmonization, consumer protection, duty of declaration of risk relevant circumstances, duty to advise.*

Мр Слободан ИЛИЈИЋ  
члан Председништва Удружења правника Србије

## ПРАВНА ПРАВИЛА ДОБРЕ ПРАКСЕ ОЕЦД-А У ПОСТУПКУ ПРИЈАВЉИВАЊА ШТЕТЕ У ОСИГУРАЊУ

### Резиме

*У раду аутор је пошао од Водича ОЕЦД-а за ујрављање одштетним захтевима у осигурању из 2004. године, али се укратко осврнуо и на појледе ОЕЦД-а на осигурање из 1997. године. Тежиште анализе правних правила добре праксе из Водича ОЕЦД-а било је на појлављу о постојућу пријављивања штете код осигураваача. Ипак је да у Преднацију Грађанској законика Србије треба предвидети новину да се на појлиси одштетних објашење штења обухватају услови покрића, а штења не обухватају услови покрића конкретној посла осигурања, тако да се правнички језик одштетном текстом на појлиси ујојни једносавним језичким објашењем. У Преднацију Грађанској законика Србије из 2009. године (чл. 1170 ст. 3) предлаже се да се изостави одредба о рукојисном делу појлисе осигурања, као и да се изостави одредба према којој рукојисни део има предност над штетним делом појлисе.*

**Кључне речи:** *Водич ОЕЦД-а за ујрављање одштетним захтевима у осигурању, постојућу пријављивања штете, правна правила добре праксе, Преднацију Грађанској законика Србије.*

## I Уводно разматрање

У раду се пошло од једног новог међународноправног извора из материје упоредног права осигурања, чији је наслов гласио – Водич ОЕЦД-а за добру праксу управљања одштетним захтевима у осигурању (скраћено: Водич).<sup>1</sup> Акроним у наслову и тексту – ОЕЦД – означава Организацију за економску сарадњу и развој. ОЕЦД је међувладина међународна организација и доносилац Водича.<sup>2</sup> Он се састоји из три целине, и то: увода, препорука и Додатка. Прве две целине представљају комбинацију циљева и образложења Водича. Додатак Водича састојао се од десет поглавља у којима су садржана правна правила добре праксе. Свако поглавље третира једну тему или одређену фазу из оквира опште теме Водича – управљање одштетним захтевима у осигурању. Прво поглавље Додатка Водича обухватило је правна правила добре праксе у поступку пријављивања штете у осигурању. Правна правила добре праксе из тог поглавља заједно са одговарајућим коментаром чине предмет овог рада. Осталих девет поглавља Додатка, због обима, није било могуће обухватити у овом раду. С обзиром да је Србија на путу ка ЕУ позитивно право осигурања, осигуравајућа и управна пракса оријентисани су ка усклађивању са правом осигурања ЕУ, тако да, вероватно из тих разлога, међу посленицима права осигурања Србије није до сада показивано интересовање за погледе ОЕЦД-а на осигурање. Међутим, погледи ОЕЦД-а на осигурање, а нарочито правна правила добре праксе у поступку пријављивања штете у осигурању, могу да буду интересантна за разматрање у току јавне дискусије о Преднацрту Грађанског законика.

## II Основни подаци о Организацији за економску сарадњу и развој

ОЕЦД је основан децембра 1960. године у Паризу, када је 18 западноевропских држава а уз њих САД и Канада потписало међународни уговор о оснивању те организације. Почео је са радом септембра 1961. године са седиштем у Паризу. ОЕЦД је правни следбеник Организације за европску економску сарадњу (ОЕЕЦ), основане 1948. године, која је била регионална међународна организација у функцији спровођења

1 Више података доступно на адреси: [www.oecd.org/finance/insurance/33964905.pdf](http://www.oecd.org/finance/insurance/33964905.pdf). Изворни наслов гласи: *OECD Guidelines for Good Practice for Insurance Claim Management*.

2 Одредница: „Организација за економску сарадњу и развој“, *Правни лексикон*, 2. издање, Београд, 1970, стр. 722.



Маршаловог плана у обнови Европе после Другог светског рата. Југославија је имала својство посматрача у ОЕЕЦ-у од 1955. године, а по оснивању ОЕЦД-а наставила је мисију у истом својству.<sup>3</sup> Србија није држава-чланица ОЕЦД-а. Од оснивања ОЕЦД-а постепено повећавао се број држава-чланица, тако да је марта 2015. године са свих пет континентата било 33 државе-чланице.

Основни циљеви ОЕЦД-а су: 1) унапређење високе стопе економског раста, 2) доприношење експанзији светске трговине на недискриминаторској основи и 3) координирање помоћи у развоју. Главни органи ОЕЦД-а су Савет, Извршни комитет и Генерални секретар. Савет образују представници свих држава-чланица, по правилу, у рангу министра. Извршни комитет бира Савет из реда шефова делегација држава-чланица на мандат од године дана. Број чланова Извршног комитета растао је сразмерно порасту броја држава-чланица ОЕЦД-а. Генерални секретар руководи административним апаратом, који броји 2.000–3.000 запослених и који помаже бројним радним телима са различитим називима и делокругом (дирекције, комитети, одбори и сл.).<sup>4</sup> Пошто административни апарат прикупи информације на задату тему, на изради завршног документа ОЕЦД-а укључује се кроз размену информација и мишљења око 40.000 високих експерата из држава-чланица на састанцима у Паризу или путем специјалне интернет мреже доступне само тим лицима.<sup>5</sup> Документи ОЕЦД-а попримали су облике препорука, одлука или других општих аката, с тим што могу да буду обавезни или необавезни за државе-чланице.

ОЕЦД се финансира из буџета, који годишње износи око 340 милиона евра, а доноси га Савет. Приходну страну буџета чине уплате држава-чланица обрачунате на основу БДП-а односне државе, тако да сама САД пуни буџет са око 25%, а остале државе-чланице свака сразмерно свом БДП-у.<sup>6</sup> Има мишљења да је у методу рада ОЕЦД-а тежиште на убрзању развоја оних држава-чланица које су мање развијене од развијених држава-чланица.<sup>7</sup>

3 Одредница: „Организација за економску сарадњу и развој“, *Економски лексикон*, Београд, 1975, стр. 881–882.

4 Одредница: „Организација за економску сарадњу и развој“, *Правна енциклопедија*, Београд, 1979, стр. 893–894.

5 Филип Турчиновић, „Неке специфичности циљева ОЕЦД“, *Правни живоић*, бр. 14/2009, стр. 193–210.

6 *Ibid.*

7 Одредница: „Организација за економску сарадњу и развој“, *Куколеча организационо-пословни лексикон израза, појмова и метода*, Завод за економске експертизе, Београд, 1990, стр. 947–948.

### III Краћи осврт на претходне погледе ОЕЦД-а у материји права осигурања

У последње време Водич из 2004. године није био једини међународноправни извор ОЕЦД-а из материје права осигурања. Водичу су претходиле правне препоруке о осигурању за државе у транзицији, које су усвојене на регионалној конференцији ОЕЦД-а одржаној 1997. године у Варшави. Учеснице те конференције биле су првенствено државе источне и западне Европе. Конференција је усвојила 20 препорука. Све те препоруке, између осталог, навео је у свом чланку угледни словеначки посленик и правни писац из материје осигурања. Не улазећи дубље у анализу свих или неке од препорука, наведени писац их је цитирао и уз то закључио да су те препоруке у духу права осигурања ЕУ, али и да међу њима има препорука, које дозвољавају делимично одступање од права осигурања ЕУ.<sup>8</sup> С обзиром да се из наведеног закључка не види које су од 20 препорука у духу права осигурања ЕУ, а које нису, па дозвољавају одступање од права осигурања ЕУ, у даљим редовима анализирана је детаљније само једна од препорука са те конференције. У односу на одабрану препоруку разматрано је питање шта је у тој препоруци у духу, односно сагласно праву осигурања ЕУ, а шта евентуално није? Разматрање се односило на трећу препоруку са те регионалне конференције ОЕЦД-а.

Према овом правном писцу<sup>9</sup> трећа препорука састојала се из три правна правила, односно три правне премисе, и то: 1) да се само друштва за осигурање могу да баве делатношћу осигурања, 2) да се у друштву за осигурање морају раздвојити послови животних и неживотних осигурања и 3) да се једно друштво за осигурање не може бавити и животним и неживотним осигурањем. По мишљењу потписника овог рада правна правила из прве две премисе ове препоруке сагласна су са правом осигурања ЕУ, као и позитивним правом осигурања Србије, али се то не може рећи и за правно правило, односно трећу премису те препоруке. Наиме, потписник овог рада разматрао је детаљно у свом ранијем раду питање да ли право осигурања ЕУ дозвољава да се једно друштво за осигурање може да бави истовремено животним и неживотним осигурањем.<sup>10</sup> У том свом раду потписник овог рада дошао је до закључка да право осигурања ЕУ несумњиво дозвољава да се друштво за осигурање истовремено бави животним и неживотним осигурање.

8 Шиме Ивањко, „Сусрети словеначког осигурања са правом ЕУ“, *Осигурање у сусрету процеси придруживања СЦГ Евројској заједници*, Палић, 2006, стр. 128–140.

9 *Ibid.*

10 Слободан Илијић, „Правни положај композитног друштва за осигурање у Србији“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2014, стр. 580–594.

У литератури из области упоредног права осигурања такво друштво за осигурање, које се бави животним и неживотним осигурањем носи назив – композитно друштво за осигурање. С обзиром на то сазнање може да се постави следеће питање, и то: из којих разлога је ОЕЦД регионална конференција усвојила 1997. године правно правило, односно трећу премису, која је очигледно несагласна са правом осигурања ЕУ, а све то ОЕЦД је адресирала оним европским државама у транзицији<sup>11</sup> којим је непосредно предстојао улазак у ЕУ? Разуме се, те европске државе у транзицији већ тада су имале обавезу да усагласе своје законодавство у материји осигурања са правом осигурања ЕУ, па и у погледу статуса друштва за осигурање на националном тржишту осигурања.

По мишљењу потписника овог рада, разлоге којим се руководила конференција ОЕЦД-а приликом усвајања треће премисе, у оквиру треће препоруке, треба тражити у неколико праваца. Један од праваца јесте да се та конференција ОЕЦД-а појавила као интерпретатор интереса оних својих држава-чланица у свету, које нису чланице ЕУ, а имају аспирације према тржишту осигурања ЕУ. Даље, експерти ОЕЦД-а могли су да заступају ставове осигураваача и реосигураваача, који имају седишта у државама-чланицама ОЕЦД-а али изван ЕУ, као и ставове огранака, ћерки – фирми и слично у ЕУ. Велики светски осигураваачи и реосигураваачи изван ЕУ, као и њихови огранци или капитал у друштвима за осигурање у ЕУ, већ су се знатно пре ове конференције специјализовали или за животно или за неживотно осигурање. Велики светски осигураваачи и реосигураваачи су и сами делови мултинационалних компанија,<sup>12</sup> група, конгломерата и слично, па и тим путем интерпретирају интересе делова целине којим припадају. Они су путем конференције ОЕЦД-а или путем наведене треће препоруке потврдили тенденцију да преузму још веће учешће на тржишту осигурања ЕУ. Они су деловали путем експерата и препорука ОЕЦД-а предлажући да се осигураваачи и реосигураваачи у ЕУ без изузетка обавезно уско специјализују. У ранијем раду потписник овог рада приказао је вишедеценијску живу дискусију у ЕУ и различиту аргументацију појединих држава-чланица ЕУ по питању дозволе или забране за даљи рад композитних друштава за осигурање у ЕУ, односно за спровођење или неспровођење обавезне специјализације међу осигураваачима и реосигураваачима унутар ЕУ. Конференција ОЕЦД-а у Варшави одржана је управо у јеку те живе дискусије у ЕУ,

11 Карактеристично је да је професор Шиме Ивањко у цитираном чланку сврстао и тадашњу Словенију у државе у транзицији.

12 У књизи Чарса Левинсона приказани су бројни облици и комбинације улагања капитала изван државе у којој је седиште матичне компаније. Аутор је указао да мултинационална компанија остварује 65–70% свог пословања и профита изван државе у којој је седиште те компаније. Вид. Чарлс Левинсон, *Кайићал, инфлација и мултинационалне компаније*, Београд, 1974, стр. 16 и даље.

тако да су препоруке ОЕЦД-а из 1997. године биле само један од доказа да је изван ЕУ вршен спољни притисак на исход наведене дискусије у ЕУ. Дакле, препоруке ОЕЦД-а о осигурању у државама у транзицији са конференције из 1997. године биле су јасно усмерене ка исходу дискусије у ЕУ по питању дозволе или забране рада композитним друштвима за осигурање, тако да су само прве две премисе из треће препоруке са те конференције биле у складу са правом осигурања ЕУ, док трећа премиса из те препоруке није била у складу са правом осигурања ЕУ.

#### **IV Структура Водича ОЕЦД-а за управљање одштетним захтевима у осигурању**

Савет ОЕЦД-а је усвојио Водич 24. новембра 2004. године. Комитет за осигурање иницирао је пројекат управљање одштетним захтевима у осигурању, а Радна група тог комитета започела је реализацију пројекта средином 2000. године. У првој фази прикупљања информација Радна група тог комитета констатовала је да у међународној заједници до тада није била донета ма каква међународна мултилатерална конвенција, која је регулисала управљање одштетним захтевима у осигурању. Пошто је Радна група тог комитета размотрила прописе и праксу у погледу начина на који осигуравачи обрађују одштетне захтеве у државама-чланицама, анкетирани уговарачи осигурања су указали да има места за побољшање и унапређење рада у управљању одштетним захтевима у осигурању. Комитет за осигурање ОЕЦД-а завршио је рад на Водичу после четири године.

Водич није био конципиран као обавезујући и коначан пропис за државе-чланице, већ као врста помоћи јавним властима држава-чланица и осигуравачима да регулишу управљање одштетних захтева у осигурању. Такође, истакнуто је у уводу Водича да државе-чланице могу друкчије да регулишу управљање одштетним захтевима у осигурању од начина на који је регулисана материја управљања одштетним захтевима у осигурању у овим препорукама и правним правилима добре праксе. Тиме је утврђено да примена Водича није обавезна за државе-чланице.

Други део Водича чиниле су препоруке. Према препорукама Водич је био усмерен како према јавним властима националне државе, тако и према свим заинтересованим: осигуравачима, осигураницима, уговарачима осигурања и корисницима осигурања. Полазећи од оваквог основног усмерења из препорука су произашли следећих пет аспеката. Први аспект имао је у виду значај управљања одштетним захтевима. У том погледу образложено је да се путем управљања одштетним захтевима

штите осигураник и уговарач осигурања, па се препоручује државама да унапреде ефикасност, јавност и обелодањивање целокупног процеса управљања одштетним захтевима у осигурању. По мишљењу потписника овог рада овде је пропуштено да се укаже да је управљање одштетним захтевима у осигурању врло значајно и за оштећеног, као у случају обавезног осигурања од грађанске одговорности из употребе моторног возила. Друго, препоруке су посебно истакле потребу да се унапређује јавна свест о различитим питањима управљања одштетним захтевима у осигурању. За ту сврху препоручено је државама да се у националним размерама организују јавни програми управљања одштетним захтевима у осигурању. Треће, у препорукама је подвучено да је управљање одштетним захтевима кључни елемент за успех на тржишту осигурања, јер унапређује целокупну јавну слику осигуравајуће привреде. Четврто, у препорукама су наведене границе до којих је био пројектован утицај правних правила добре праксе из Додатка Водича. У том погледу је наведено да се ова правна правила добре праксе из Додатка не односе на управљање одштетним захтевима у осигурању, који су проистицали из природних катастрофа или из катастрофа изазваних људским фактором. Дакле, предвиђене су јасне границе правних правила добре праксе унутар одштетног права осигурања. Пето, у препорукама је поновљен став из увода да Водич није обавезан за државе-чланице, нити су препоруке и правна правила добре праксе коначно решење. Мишљење је потписника овог рада да поновно истицање да Водич није обавезан за државе-чланице и да није коначан пропис, сугерише следеће поређење. Наиме, неке друге међународне организације израдиле су и објавиле у прошлости правна правила добре праксе уз утврђење да су та правила необавезна и незавршена, али су доцније, протеклом времена и употребом, та правила прерасла у модел-законе или чак мултилатералне конвенције. Будућност ће показати каква ће бити судбина ових правних правила добре праксе. У сваком случају, изложени увод и препоруке уверили су да је Водич темељно припреман, што је претпоставка да правна правила добре праксе могу да одиграју позитивну улогу у упоредном и националном праву осигурања.

После увода и препорука, трећи део Водича чинио је Додатак. У сваком поглављу формулисана су правна правила добре праксе као заокружена правна целина. Ово је најважнији и уједно најопширнији део Водича. Правна правила добре праксе из Додатка су свакако највреднији део Водича за упоредно право осигурања. Ова правна правила добре праксе садрже новине у односу на право осигурања Србије.

## У Правна правила добре праксе у поступку пријављивања штете у осигурању

Поступак за пријављивање штете у осигурању регулисан је у првом поглављу Додатка. У структури поглавља постоје три става, од чега су два става разуђена, јер у себи садрже и тачке. Сам наслов изнад овог поглавља Додатка је кратак и гласи: пријава штета. Значај правних правила добре праксе из овог поглавља огледа се у томе што је пријављивање штете први контакт осигураника са осигуравачем после закључења уговора и регулисања премије (у ратама или у једном делу), а у случају осигурања од одговорности први контакт оштећеног са осигуравачем одговорног лица.

У првом ставу конституисано је правило да се већ приликом закључења уговора о осигурању поставља основ за каснији поступак пријављивања штете. Због тога су правна правила добре праксе захтевала од осигуравача да на полиси осигурања буду одштампани услови покрића кокретног осигурања. При томе, подвучено је да је нужно да се на полиси јасно разграничи шта обухвата покриће тог осигурања, а шта не обухвата покриће тог осигурања. Најзад, посебно је прецизирано да је пожељно да се правнички језик одштампаног текста на полиси употпуни једноставним језичким објашњењем. По мишљењу потписника овог рада правна правила добре праксе из првог става садрже новине у односу на право осигурања Србије и те новине ће бити размотрене из четири угла.

У праву осигурања Србије познато је да полиса има следећа својства, и то: 1) доказа о закљученом уговору, 2) средства легитимисања и 3) исправе о дугу. Међутим, у низу држава полиса је преузела улогу средства које информисе осигураника о његовим најважнијим обавезама.<sup>13</sup> У светлу цитиране класификације тежиште четвртог својства полисе је било, очигледно, да полиса информисе осигураника о његовим обавезама. Отуда, отворено је питање да ли су наведена правна правила добре праксе из првог става Додатка имала у виду само полису као средство информисања осигураника о његовим обавезама или су имала у виду и полису као средство којим се конституишу обавезе осигуравача? По мишљењу потписника овог рада, први став у првом поглављу Додатка није имао у виду само полису као средство информисања осигураника о његовим обавезама, већ је конституисао целину профила осигуравача као носиоца и гаранта обавеза за целокупну заједницу ризика конкретног посла осигурања. Дикција правног правила добре праксе из првог

13 Предраг Шулејић, „Специфичности хармонизације уговора о осигурању са правом Европске уније“, у: Благоје С. Бабић (ур.), *Водич кроз право Европске уније*, Београд, 2009, стр. 443–447.

става ишла је за тим да представи осигуравача као савесног и поштеног уговарача осигурања, а његову полису као гаранцију покрића, јер је на њој језички јасно и недвосмислено разграничено и објашњено шта јесте а шта није покривено конкретним осигурањем. Просто речено, на полиси треба да буду језички јасно и недвосмислено разграничени услови шта јесте, а шта није осигурани случај, тако да оба објашњења буду лишена правничких формулација. Полазећи од изложене правнотеоријске класификације полиса описана на овакав начин није доказ о закљученом уговору о осигурању, затим није легитимациони знак, нити је исправа о дугу. Осигуравач потписник такве полисе је правно поуздан уговарач осигурања, који је обавестио потенцијалног осигураника о језички јасно и недвосмислено разграниченим условима покрића конкретног осигурања, што значи да је спреман да изврши своју обавезу из полисе и да исплати штету по закљученом уговору о осигурању и регулисаној премији. Другим речима, правна правила добре праксе из првог става су поливалентна. Она не доводе у питање полису као средство информисања осигураника о његовим обавезама, нити доводе у питање изложену теоријску класификацију функција полисе осигурања. Изложена правна правила добре праксе имала су у виду обавезе осигуравача, при чему се осигуравач јавља као гарант права осигураника на јасно разграничене услове покрића из конкретног осигурања. У изложеном правном правилу добре праксе осигуравач је гарант и у случају осигурања од одговорности за оштећеног, јер је претходно организовао и применио у пракси начела узајамности, солвентности, ликвидности, као и примену других начела осигурања. По мишљењу потписника овог рада, полиса је део уговора о осигурању, па је у уговорном односу осигурања полиса и средство обавештавања осигураника за његове обавезе и средство којим је конституисана обавеза осигуравача да ће по јасно разграниченом покрићу осигуранику исплатити штету насталу на предмету осигурања.

Други аспект у поступку пријаве штете пошао је од теорије права осигурања Србије. Наиме, полиса је образац који саставља осигуравач.<sup>14</sup> Правно правило добре праксе из првог става захтева обавезно да на полиси буду објашњени, односно одштампани услови покрића конкретног осигурања и истовремено да буде објашњено, односно одштампано шта не обухватају услови покрића тог осигурања. Пред осигуравачима у другој Југославији није био никад постављен такав захтев приликом штампања полиса осигурања, те би такав захтев за осигураваче, ако буде прихваћен у Преднацрту Грађанског законика Србије, представљао велику новост. Осигуравачи у Србији данас на полиси осигурања могу да одштампају извод из општих и посебних, односно допунских услова

14 Никола Николић, *Уговор о осигурању*, Београд, 1957, стр. 243.

осигурања, што је сасвим супротно од онога што произилази из наведеног правног правила добре праксе. По мишљењу потписника овог рада извод из општих и посебних, односно допунских услова осигурања, одштампан на полиси, не може да замени објашњење на полиси шта све обухватају услови покрића конкретног осигурања, а шта не обухватају услови покрића тог осигурања, уз једноставно језичко објашњење правничких формулација. И у правној теорији и у пракси извод из општих и посебних, односно допунских услова осигурања на полиси нема ону стварну и правну вредност, коју могу да имају једноставним језиком објашњене правне формулације услова покрића конкретног осигурања и објашњено одсуство покрића за то осигурање. Извод из сваког општег нормативног акта је субјективна слика оних одредаба које одговарају циљу састављача тог извода, па то вреди и за извод из општих и посебних, односно допунских услова осигурања. Уместо да се на полеђини полисе штампа извод из општих и посебних, односно допунских услова осигурања, законодавцу Србије и домаћој осигуравајућој пракси, по мишљењу потписника овог рада, ваља поверити овлашћење да на полиси осигурања објасне, односно одштампају услове покрића конкретног осигурања и истовремено да на полиси буде јасно одштампано шта не обухвата покриће тог осигурања, а све те правничке формулације треба да буду објашњене једноставним језиком.

Према позитивном праву осигурања Србије приликом потписивања полисе или у последњи час могући су неочекивани догађаји или околности у односу на претходни договор о садржају полисе, тако да је на штампаном делу полисе предвиђено да може да се изврши рукописна корекција. У време друге Југославије, када је припремана за штампу Скица за законик о облигацијама и уговорима<sup>15</sup> и касније када је био већ започет рад на изради Закона о облигационим односима,<sup>16</sup> полазило се од текста полисе претходно откуцаног на писаћој машини који је потом штампан, па је за евентуалну корекцију полисе у последњи час, односно за корекцију штампаног текста полисе, служила рукописна измена или допуна на полиси. Ако би дошло до неслагања између рукописног дела и штампаног дела полисе, ЗОО је давао предност рукописном делу полисе у односу на штампани део полисе.<sup>17</sup> У време друге Југославије и конституисања оба законска пројекта није било компјутера (ни штампача), већ је у законодавном процесу и пракси све почивало на

15 Михаило Константиновић, *Облигације и уговори*, Београд, 1969, стр. 249.

16 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, даље у тексту: ЗОО), чл. 902 ст. 5.

17 Слободан Перовић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, стр. 1475.



механичкој писаћој машини, тако да је рукописни део полисе био израз потреба тадашње осигуравајуће праксе и свакодневна нужност, што није случај данас, пола века касније. Ваља подсетити да је у исто време у које је био припреман за штампу пројекат законика о облигацијама и уговорима, а затим и у време када је био у току рад на формулисању ЗОО-а, у развијеној европској привреди осигурања коришћење рукописа у делатности осигурања било је напуштено, па је и рукописни део полисе осигурања био незамислив у присуству штампаног дела полисе.<sup>18</sup> Цитирани извор науке из упоредног права осигурања могао је да буде доступан правним експертима ангажованим на формулисању одредаба ЗОО (јер је био преведен), али очигледно није био цењен ни оцењен као релевантан научни извор за формулације одредаба о полиси осигурања у ЗОО. Данас се на тржишту осигурања Србије великом већином налазе осигуравачи пореклом (капитала) из развијених привреда осигурања Европе, где је незамисливо да полиса може да има рукописни део и да се рукописном делу полисе може дати предност у односу на одштампани део полисе, јер рукописни део полисе не постоји у осигуравајућој пракси развијене привреде осигурања Европе. Отуда, по мишљењу потписника овог рада, из одредаба Преднацрта Грађанског законика Србије треба изоставити рукописни део полисе осигурања,<sup>19</sup> као превазиђен у упоредноправној пракси осигурања.

Четврти аспект правног правила добре праксе из првог става односио се на онај део реализације тог правила на полиси, који је објашњавао шта не обухвата покриће тог осигурања. Наиме, у теорији права осигурања Србије доминира став да општи услови осигурања представљају уговорне одредбе које једна страна саставља за већи број уговора одређене врсте осигурања, ради закључивања уговора са ма којим заинтересованим лицем.<sup>20</sup> Даље, у наставку тог става теорије права осигурања наведено је да се општи услови осигурања штампају, дактилографишу или на други начин издају као посебна брошура и предају осигуранику приликом закључења уговора уз полису, с тим што је уобичајено да се на полеђини полисе дају изводи најважнијих општих услова. По мишљењу потписника овог рада, доступни општи и посебни, односно допунски услови одштетног осигурања настајали су у прошлости (неки и пре више од једне деценије), али су од тада вршене бројне из-

18 Н. L. Mueller Lutz, *Основи теорије осигуравајуће предузећа (Увод у организацију предузећа)*, Београд, 1971, стр. 110–114.

19 Преднацрт Грађанског законика Србије, друга књига, Београд, 2009, доступно на адреси: [http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C\\_Obligacioni\\_odnosi.pdf](http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf), чл. 1170 ст. 3.

20 Предраг Шулејић, „Општи услови као саставни део уговора (са посебним освртом на уговор о осигурању)“, *Правни животи*, бр. 3–4/2009, стр. 21–31.

мене и допуне у њима. У осигуравајућој пракси догађало се да се одредбе једног позивају на одредбе другог, а одредбе другог на трећег, па онда одредбе трећег на одредбе првог и све тако у круг. Отуда, у спорним случајевима тешко је било да се утврди шта чини правно важеће услове покрића тог осигурања, односно шта је у конкретной животной ситуацији осигурани случај, а шта није осигурани случај. Ако буде прихваћено законско решење по коме се осигураваач овлашћује да на полиси објасни услове, односно одштампа шта јесте покривено у том осигурању, а нарочито шта конкретно није покривено у том осигурању, онда ће то од осигураваача захтевати у одштетном осигурању изванредно познавање осигуравајуће и судске праксе. Реализација оног дела правног правила добре праксе у погледу шта не покривају услови конкретног осигурања захтеваће да се једноставним језиком објасне уско стручни изрази и правне формулације у општим и посебним, односно допунским условима појединог одштетног осигурања. Уз све то, ваља приметити да код наведеног правног правила добре праксе нема помињања извода из општих и посебних, односно допунских услова осигурања, нити је помињано лице и наличје полисе. Тај одштампани текст на полиси негативног одређења обухватио би извесно важеће правне формулације о: ништавости, губитку права, ограничењима и искључењима из тог осигурања, а у чему је увек код осигураваача у Србији било више субјективних, него објективних слабости. Дакле, очигледна је разлика у погледу садржаја полисе између домаће правне теорије осигурања, позитивних прописа и осигуравајуће праксе у Србији и наведеног правног правила добре праксе, па изложене разлике треба бар свестрано да се размотре при формулисању одредаба Преднацрта Грађанског законика Србије у односу на полису.

У другом ставу Додатка био је изложен попис права и обавеза уговарача осигурања, осигураника и корисника осигурања (скраћено: подносилац пријаве штете), које они стичу моментом потписивања полисе, а користе их приликом пријаве штете. Правна правила добре праксе из тог прописа могу да се осветле у четири тачке. Прва тачка предвидела је обавезу подносиоца пријаве за штету да у сваком случају покуша да умањи губитак на имовини или да покуша да спречи незгоди. Реч је о класичној обавези осигураника познатој и у одштетном праву осигурања Србије, што значи да ту нема новости за осигурање Србије. Друга тачка регулисала је обавезу подносиоца пријаве за штету да благовремено пријави штету. Такође, реч о класичној обавези осигураника познатој и у праву осигурања Србије, што значи да ни ту нема новости за осигурање Србије. Трећа тачка обухватила је право и обавезу подносиоца пријаве за штету да сарађује са осигураваачем при подношењу те пријаве. Предмет те сарадње било би по овим правним

правилима добре праксе да се утврде релевантни документи и подаци о губитку на имовини или насталој незгоди. По мишљењу потписника овог рада, наведена тачка из другог става је врло актуелна за поступак пријављивања штета код осигуравача у Србији. Ово стога што је у прописима о финансијском систему Србије, а самим тим и у релевантним прописима у осигурању, регулисано подношење копије (оверене), односно фотокопије, као релевантих доказа. Такав став законодавне, управне, пословне и судске праксе противречи наведеном правном правилу добре праксе, јер је несумњиво да то правило инсистира јасно и недвосмислено на оригиналним документима и сарадњи подносилаца пријаве са осигуравачем око проналажења оригиналних докумената. Дакле, примена ове тачке из правног правила добре праксе захтевала би код нас преиспитивање целокупне законодавне, управне, пословне и судске праксе у области утврђивања чињеница и доказивања, што подразумева широк законодавноправни консензус. Четврта тачка је установила право и обавезу подносиоца пријаве за штету да овласти осигуравача да спроводи неопходне провере и процене обима штете пре него што се започне са поправком или заменом делова. По мишљењу потписника овог рада наведена формулација захтевала би у нашим условима осигурања да се њени бројни аспекти свестрано сагледају. Један угао би се односио на повезивање прописа (техничких) о прању новца и осигурања, а други угао би могла да буде примена прописа о заштити података о личности у осигурању. Даље, познато је да се код нас приликом поправке моторног возила не примењују европски стандарди за замену оштећених делова моторних возила, већ да се примењују домаћи стандарди, тако да би примену правних правила добре праксе из четврте тачке код нас ваљало размотрити и из угла наведене разлике у стандардима. У сваком случају правна правила добре праксе из треће и четврте тачке врло су актуелна за разматрање у осигурању Србије.

У трећем ставу првог поглавља Додатка прецизиране су две групе правних правила добре праксе о поступку пријављивања штете, с обзиром на окружење у правном систему. У првој групи је наглашено да пријава штете треба да се реализује у мирном поступку. Начелно, потписник овог рада сматра да је мирни поступак пред осигуравачем поводом пријављене штете оштећеног у саобраћајној незгоди регулисан у закону Србије, односно да је окончање тог мирног поступка пред осигуравачем процесна претпоставка да незадовољни оштећени покрене против осигуравача судски спор.<sup>21</sup> Мирни поступак уведен је законом

21 Предраг Шулејић, „Позитивна и негативна решења у новом Закону о обавезном осигурању у саобраћају“, *Ревизија за право осигурања*, бр. 3/2010, стр. 75–77; Слободан Илијић, „Вансудски поступак за накнаду штете по Закону о обавезном осигурању у саобраћају Републике Србије“, *Правни животи*, бр. 11/2010, стр. 643–

и у другим областима одштетног права (одговорност државе за штету), те овде нема већих новина за позитивно право осигурања Србије. Друга група правних правила добре праксе залагала се за писмени начин пријављивања штете, тамо где је то уобичајено, путем обрасца у чијем формулисању треба да учествују сви заинтересовани за делатност осигурања, као и да је осигуравач дужан и даље да пружа нужне допунске информације подносиоцу одштетног захтева. Исто тако, према правним правилима добре праксе из овог става, осигуравач је дужан да подносиоцу пријаве достави свој образац у разумном року, при чему би време за рачунање разумног рока почињало да тече од момента када је захтев поднет. Прецизирано је да у изради тих образаца треба да се комбинују услови осигурања, легитимни захтеви осигуравача и упутства оперативних органа за надзор, а да у изради тих образаца за поједине врсте послова осигурања треба да се ангажује оперативни орган за надзор, осигуравачи и орган управе надлежан за издавање и одузимање дозволе за рад у осигурању.<sup>22</sup> Поводом друге групе правних правила, а нарочито у вези са увођењем разумних рокова у национално одштетно право, изнето је мишљење у упоредном праву осигурања да је у наведеним правним правилима добре праксе значајно то што се, пре свега, залажу за коректно поступање према подносиоцу одштетног захтева.<sup>23</sup> Саглашавајући се са тим мишљењем, потписник овог рада сматра да је овим правним правилима добре праксе изложена једна инспиративна идеја за домаће право осигурања. Реч је о изради образаца за поједине врсте послова осигурања и у том склопу предлог да се на равноправној основи окупе сви заинтересовани у делатности осигурања у Србији. Другим речима, наведено правно правило добре праксе настојало је да спречи да ма који од заинтересованих за осигурање наступа с позиције власти при изради образаца у одштетном праву.

## VI Закључци

Прво, Правна правила добре праксе предвиђена 2004. године у Водичу ОЕЦД-а за управљање одштетним захтевима у осигурању, по-

657; Слободан Илијић, „Усклађивање домаћег права са правом ЕУ у области обавезног аутоосигурања“, *Правни животи*, бр. 5–6/2012, стр. 99–116.

22 За разлику од већине држава чланица ЕУ, где орган управе издаје и одузима дозволу за рад у делатности осигурања, у Србији је Народна банка Србије надлежна да издаје и одузина дозволе за рад у делатности осигурања. У већини држава чланица ЕУ оперативни надзор над делатношћу осигурања врше агенције и друга недржавна тела, а у Србији и ту надлежност врши Народна банка Србији.

23 Маријан Ђурковић, „Рокови за рјешавање штета из обавезних осигурања у промету“, *Свијет осигурања*, бр. 6/2009, стр. 45–52.

себно правила за поступак пријављивања штете осигуравачу, указала су на низ нових идеја како основне правне институте из позитивног права осигурања Србије приближити праву развијених привреда осигурања.

Друго, у Преднацрту Грађанског законика Србије ваља предвидети новину да се на полиси одштампа објашњење шта обухватају услови покрића, а шта не обухватају услови покрића конкретног посла осигурања, тако да се правнички језик одштампаног текста на полиси употпуни једноставним језичким објашњењем.

И треће, предложено је да се у Преднацрту Грађанског законика из 2009. године (чл. 1170. ст. 3.) изостави одредба о рукописном делу полисе осигурања, као и да се изостави одредба према којој рукописни део полисе има предност над штампаним делом полисе.

**Slobodan ILIJIĆ, Mag. iur.**

**Member of Presidency of the Business Lawyers Association of Serbia**

## **LEGAL RULES OF THE GOOD PRACTICE OF OECD IN THE PROCEDURE OF FILING AN INSURANCE CLAIM WITH THE INSURER**

### **Summary**

*In this paper, author started with OECD Guidelines for Good Practice for Insurance Claim Management from 2004, and then briefly commented on the OECD's views on the insurance systems from 1997. Main focus of the analysis of the legal rules of good practice from the OECD Guidelines has been on the chapter about filing an insurance claim with the insurer. The author has pointed out that the Draft of the Civil Code of Serbia should include the novelty anticipating printing out the explanation of the policy that says what is and what is not covered by the specific insurance policy, so that the legal language would be complemented by a simpler linguistic explanation. The author, also, proposed, that the provision on the handwritten section of the insurance policy should be omitted in the Draft of the Civil Code of Serbia from 2009 (article 1170, paragraph 3), as well as the provision according to which the handwritten part of the policy takes precedence over the printed part of the policy.*

**Key words:** *OECD Guidelines for Good Practice for Insurance Claim Management, insurance claim procedure, legal rules of good practice, Draft of the Civil Code of Serbia.*

**Данијела ГЛУШАЦ**

асистент на Високој пословној школи струковних студија Нови Сад

## **ЗАСТУПНИЦИ У НОВОМ ЗАКОНУ О ОСИГУРАЊУ**

### **Резиме**

Осигурање, као извор тежњи друштва, представља удруживање свих оних који су изложени истој опасности. Осигурање у правом смислу речи на нашим просторима среће се тек половином XIX века. Посао непосредно повезан с пословима осигурања јесте заштита у осигурању. У Закону о осигурању и осигуравајућим организацијама из 1967. године први пут је предвиђена могућност оснивања привредних организација у осигурању за послове посредовања, заштита, проценјивања штете и вршења других услуга осигурања. 18. децембра 2014. године Народна скупштина Републике Србије усвојила је нови Закон о осигурању<sup>1</sup> којим је настављен реформски процес унапређења привредних финансијских услуга у Републици Србији и усклађивања са правом Европске уније, обезбеђени су услови за додатну либерализацију привредних услуга осигурања и, у том смислу, учињене су значајне измене у односу на досадашња законска решења у ком је посвећен већи број одредаба заштита у осигурању. У раду се анализира нормативни комплекс са специфичностима и карактеристикама ове теме. Анализа нужно укључује и зајажње вредности, али и неких недостигака нормирања предметној семености осигурања.

**Кључне речи:** осигурање, заштитник, Закон о осигурању.

---

1 Закон о осигурању (Службени гласник РС, бр. 139/2014, даље у фуснотама: ЗО).

## I Увод

Саверемено осигурање није више значајно само за појединце који се закључивањем уговора о осигурању штите од могућих штетних последица. Оно истовремено има значај за већи број субјеката, али и за друштвену заједницу. Динамичан развој нашег правног система карактеристичан за све области, својствен је и за уређење делатности осигурања. Све правне норме које се односе на осигурање, које дакле чине право осигурања, могу се поделити најшире на две групе: 1. изворе права статусног карактера и 2. облигационоправне изворе. Основни извор права облигационоправног карактера у Републици Србији је Закон о облигационим односима<sup>2</sup> (у даљем тексту: ЗОО) који детаљно регулише односе из осигурања посвећујући им скоро 70 одредаба, а основни извор права осигурања статусног карактера је Закон о осигурању из 2014. године. Сваки закон, па тако и сваки Закон о осигурању, одраз је друштвено-привредних односа у некој земљи. Нови Закон о осигурању из 2014. године уредио је материју осигурања сагласно праву и правним тековинама земаља Европске уније. Систем регулације делатности осигурања треба бити у функцији смањивања тржишних несавршености, односно у функцији подстицања конкуренције, а тиме и делотворности осигуравача, заштите интереса корисника услуга осигурања те стабилности финансијског система. Закон о осигурању, донет 2004. године је, иако је у значајној мери био усаглашен са Директивама Европске уније, свакако, морао да се мења у циљу обезбеђења његове пуне хармонизације са регулативом ЕУ, а у складу са Националним програмом за интеграцију Србије у ЕУ и у сарадњи са надлежним институцијама.

У модерном осигурању огроман број уговора између осигуравача и осигураника закључује се посредством трећих лица. Заступници су правна и физичка лица која на основу уговора са једном или више осигуравајућих организација обављају у њихово име и за њихов рачун, послове који претходе закључивању уговора о осигурању, послове везане за закључивање уговора, као и послове који се састоје у помоћи у току извршавања права и обавеза из тог уговора, нарочито када настане осигурани случај. У Закону о осигурању и осигуравајућим организацијама<sup>3</sup> из 1967. године први пут је предвиђена могућност оснивања привредних организација у осигурању за послове посредовања, заступања, процењивања штете и вршења других услуга осигурања. Следећи Закон

2 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).

3 Закон о осигурању и осигуравајућим организацијама (*Службени лист СФРЈ*, бр. 7/67).

о основама система осигурања имовине и лица<sup>4</sup> из 1990. године пове-рио је послове посредовања и заступања у осигурању и друге послове посебним организацијама.<sup>5</sup> Ово је од значаја за осигуравача, јер значи могућност проширења пословног подручја без ризика од неуспеха пословања нових филијала и представништава, а за осигураника користи су у стручној и јефттинијој заштити њихових интереса.<sup>6</sup>

Према Закону о осигурању имовине и лица<sup>7</sup> из 1996. године послове пружања других услуга у осигурању могле су да обављају агенције основане као акционарска друштва или друштва са ограниченом одговорношћу. Први пут је законом утврђено да уз захтев за издавање дозволе за рад мора да се подносе доказ о квалификацијама кандидата за директора агенције и кадровској и техничкој оспособљености за обављање послове заступања и посредовања. Значајна новина је била и могућност да се пословима пружања посредовања и заступања могу бавити предузећа и друга правна лица под условом да имају посебан организован део који је кадровски и технички оспособљен за пружање тих услуга. Тиме је уклоњена дилема која је постојала у пракси о томе да ли се и друга лица осим специјализованих организација могу бавити пословима пружања других услуга у осигурању.<sup>8</sup>

Доношењем Закона о осигурању<sup>9</sup> из 2004. године створене су реалне основе за вршење промена у систему осигурања у функцији успостављања целовитих тржишних односа и усаглашавања са комуни-тарним актима који су донети у овој области. Јасно је да због значаја заступника у осигурању услед повећања лепезе осигураних ризика, по-раста броја осигуравача и различитости услова и тарифа осигурања законодавац препознао важност нормирања ове материје. Новим, ре-формским Законом о осигурању,<sup>10</sup> који је 18. децембра 2014. године

4 Закон о основама система осигурања имовине и лица (*Службени лист СФРЈ*, бр. 17/90, 82/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 24/94).

5 Закон је првобитно предвиђао да предузећа специјализована за друге послове осигурања могу да оснивају организације, једно или више физичких лица у форми друштава са ограниченом одговорношћу. Изменама и допунама Закона дозвољено је и другим правним лицима, као и иностраним физичким лицима, да буду осни-вачи такве организације.

6 Предараг Шулејић, *Право осигурања*, 5. издање, Београд, 2005, стр. 158.

7 Закон о осигурању имовине и лица (*Службени лист СРЈ*, бр. 30/96, 57/98, 53/99 и 55/99).

8 Предраг Шулејић, Ивица Јанковец, Добросав Огривовић, Бранко Рајичић, *Комен-тар ЗОИЛ из 1996. године*, Београд, 1997, стр. 84, цитирано према Јасна Пак, *Право осигурања*, Београд, 2011, стр. 176.

9 Закон о осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 101/2007, 107/2009, 99/2011, 119/2012 и 116/2013).

10 Закон о осигурању почеће да се примењују по истеку шест месеци, тачније 27. јуна 2015. године. Поједине одредбе – оне које се тичу страних друштава за осигурање,



усвојила Народна скупштина Републике Србије, а предложила Народна банка Србије, циљ је да буде уведен ред у овај сегмент финансијског система државе, а начин пословања у делатности осигурања приближи европским стандардима. Аутор у овом раду анализира најзначајније карактеристике заступника осигурања, указујући на законодавну регулативу и решења у нашем новом законодавству.

## II Заступници осигурања

### 1. Појам заступника у осигурању

У суштини, заступништво је вршење правне радње у туђе име (права и обавезе из уговора које он закључује не обавезују онога ко је правну радњу преузео, већ за оно лице које је заступао) и за туђ рачун (имовинске последице које настају из радње заступника обавезују заступаног). Закон о осигурању из 2014. године<sup>11</sup> (у даљем тексту: ЗО) не дефинише појам заступника у осигурању, већ заступање у осигурању, а под тим подразумева „послове покретања, предлагања или обављања послова припреме и закључивања уговора о осигурању у име и за рачун друштва за осигурање“.<sup>12</sup> Слична одредба садржана је и у чл. 399 Закона о осигурању Републике Хрватске:<sup>13</sup> „заступање у осигурању је делатност покретања, предлагања или обављања послова припреме и склапања уговора о осигурању у име и за рачун једног или више друштава за осигурање за производе<sup>14</sup> осигурања који међусобно не конкурира-

---

односно њихових огранака, почеће да се примењују тек по уласку Републике Србије у СТО, и то четири године по приступању, а оне које се односе на пружање услуга осигурања у другим земљама примењиваће се по приступању ЕУ.

11 Организацијско-статусни аспект заступања у осигурању је уређен управо Законом о осигурању. За питања која нису решена ЗО, примењују се општи прописи о заступању из ЗОО и Закона о привредним друштвима. Интересантно је споменути да је у Републици Хрватској ова материја била уређена посебним законом – Законом о посредовању и заступању у осигурању (*Народне новине*, бр. 27/99).

Такође, Народна скупштина Републике Српске усвојила на двадесет четвртој седници, одржаној 26. јануара 2005. године Закон о посредовању у осигурању (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/05 и 64/06).

12 Заступник осигурања све радње обавља у име и за рачун осигуравача, па није пасивно легитимисан за потраживања за потраживања према осигуравачу. ЗО, чл. 97 ст. 1.

13 Закон о осигурању (*Народне новине*, бр. 30/15).

14 Производ осигурања представља уговор о осигурању с обзиром на главни ризик који такав уговор покрива. Хрватска агенција за надзор финансијских услуга, Мишљење агенције о чланку 233 Закона о осигурању, 2006, доступно на адреси: <http://osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?6239>.

ју<sup>15</sup>. Темељна је правна позиција заступника осигурања да послове заступања обавља у име и за рачун друштва за осигурање које заступа. Странка из уговора о осигурању који је склопљен путем заступника је заступано друштво за осигурање.<sup>16</sup> Из наведене законске одредбе проилази да заступник може бити ангажован само од стране друштва за осигурање, а не и од осигураника.<sup>17</sup> Овде треба споменути и облигационоправни извор права за ову област: Закон о облигационим односима који у чл. 906 прописује поједине послове који се убрајају у круг послова заступника осигурања при склапању уговора о осигурању: закључивање уговора о осигурању, уговарање измена уговора или продужење њиховог важења, издавање полисе осигурања, наплаћивање премија, те примање изјава упућених осигуравача. Законско овлашћење за наплаћивање премије осигурања изузетак је од општих начела о трговинском заступању, јер у складу са правним положајем заступника у ЗОО, заступник не може да захтева нити да прима испуњења потраживања свог налогодавца, осим ако за то није посебно овлашћен.<sup>18</sup> На овом месту треба споменути и да је Комисија за израду Грађанског законика Србије (у даљем тексту: ГЗС) у члану 1181 Преднацрта ГЗС, са неизмењеном садржином, унела одредбе из члана 906 важећег ЗОО о заступницима осигурања. Овај минималистички приступ у регулисању заступника осигурања, не отклања довољним допунским одредбама које о правном положају има нови ЗО. Овом заступнику, чији појам није одређен, у оквиру законског пуномоћникаје ускраћено овлашћење да изјави отказ и раскид уговора, али и да прима плаћања која осигураник дугује осигуравачу и осигуравач осигуранiku.<sup>19</sup>

- 15 Међусобно конкурентни производи осигурања у групи неживотних осигурања, утврђују се на основи главног ризика који уговор покрива, а одређују се према врстама неживотних осигурања прописаних одредбама Закона о осигурању. Међусобно конкурентни производи осигурања у групи животних осигурања из Закона о осигурању су сви уговори о осигурању који покривају ризик у врстама животних осигурања. Хрватска агенција за надзор финансијских услуга, Мишљење агенције о чланку 233 Закона о осигурању.
- 16 Драго Павић, *Уговорно право осигурања-коментар законских одредаба*, Загреб, 2009, стр. 194.
- 17 Сасвим супротно решење садржи чл. 790 ст. 1 према коме се уговором о трговинском заступању обавезује заступник да се стално стара да трећа лица закључују уговоре са његовим налогодавцем, и да у том смислу посредује између њих и налогодавца, као и да по добијеном овлашћењу закључује уговоре са трећим лицима у име и за рачун налогодавца, а овај се обавезује да му за сваки закључени уговор исплати одређену накнаду (провизију). Према ЗОО, налогодавац може бити свако лице које има интерес да заступник обавља послове за његов рачун. Ивица Јанковец, Зоран Миладиновић, *Право осигурања*, Ниш, 2006, стр. 113.
- 18 Стеван Шогоров, Зоран Арсић, *Уговори трговинског права*, Нови Сад, 2011, стр. 98.
- 19 Јован Славнић, „Заступник и посредник осигурања у закону који регулише уговор о осигурању“, у: Пјерпаоло Марано, Слободан Јовановић, Јасмина Лабудовић

Према одредбама Закона о осигурању из 2004. године предвиђено је било да заступници могу обављати и послове саветовања и помоћи у обради штета и процени ризика и штета.<sup>20</sup> Ова одредба је могла довести заступника осигурања у сукоб интереса са осигураником и то због установљене обавезе, у члану 797 ЗОО, који се према члану 21 ЗОО примењује на уговор о заступању у осигурању за трговачког заступника, односно заступника осигурања да искључиво штити интересе свог налогодавца – осигуравача.<sup>21</sup>

## 2. Правни субјективитет лица која могу бити заступници осигурања и услови за стицање тог својства

Закон о осигурању познаје две категорије особа које се баве пословима осигурања правно лице или физичко лице – предузетник. Послове заступања у осигурању, као искључиву делатност,<sup>22</sup> обавља:

1) друштво за заступање у осигурању са седиштем у Републици које је урегистар надлежног органа уписано на основу дозволе Народне банке Србије за обављање послова заступања у осигурању;<sup>23</sup>

Станковић (уредници), *Право осигурања Србије у транзицији ка европском (ЕУ) праву осигурања: зборник [XIV] Саветовање*, Аранђеловац, 2013, стр. 287.

20 Закон о осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 101/2007, 107/2009, 99/2011, 119/2012 и 116/2013), чл. 88 ст. 2.

21 Јован Славнић, „Заступник и посредник осигурања у закону који регулише уговор о осигурању“, стр. 280.

22 Изузетно, лица из тог става могу да обављају и послове који су непосредно или посредно повезани с пословима осигурања, с тим да Народна банка Србије ближе прописује који су то послови, као и начин и услове њиховог обављања. ЗО, чл. 98 ст. 5.

23 Друштво за заступање у осигурању може се основати као акционарско друштво или као друштво са ограниченом одговорношћу. Ако се друштво за заступање у осигурању оснива као акционарско друштво новчани део основног капитала не може бити мањи од 25.000 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан уплате. Ако се друштво за заступање у осигурању оснива као друштво са ограниченом одговорношћу – новчани део основног капитала не може бити мањи од 12.500 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан уплате. Друштво за заступање у осигурању је дужно да у свом пословању обезбеди да његов основни капитал увек буде у висини износа који није мањи од минималног новчаног основног капитала у еврима, као и да ликвидну активу (средства у новцу, краткорочним хартијама од вредности и другим краткорочним пласманима и потраживањима) одржава у висини од најмање 50% укупног износа основног капитала. ЗО, чл. 101. Решења у вези с основним капиталом сматра се да гуше предузетништво, а и да нису усклађена са Законом о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015).

2) физичко лице – предузетник са седиштем у Републици које је у регистар надлежног органа уписано на основу дозволе Народне банке Србије за обављање послова заступања у осигурању.<sup>24</sup> Индивидуални предузетник у својој правној форми има значајне предности: ниски трошкови оснивања, једноставност форме, флексибилност и пословни углед (у основи зависи од угледа предузетника).<sup>25</sup> Законом о осигурању искључује се могућност да друштва за посредовање у осигурању могу обављати и послове заступања у осигурању за одређену врсту осигурања. Као изузетак у обављању послова заступања у осигурању прописана је могућност обављања послова уз основну делатност привредних субјеката (на пример, туристичке агенције), без сагласности и надзора Народне банке Србије.

Захтев за издавање дозволе за обављање послова заступања у осигурању подносе оснивачи друштва за заступање у осигурању.<sup>26</sup> Осниваче друштва за заступање у осигурању у поступку добијања дозволе могу заступати лица која они за то овласте.<sup>27</sup> Уз захтев, оснивачи друштва за заступање у осигурању подносе: оснивачки акт друштва, предлог статута друштва, кад је тај акт предвиђен законом којим се уређују привредна друштва, доказ да располажу износом новчаног дела основног капитала који је прописан ЗО, пословни план друштва и акт о поступању са обрасцима евиденције о полисама, списак акционара, односно власника удела и податке о лицима која стичу квалификовано учешће у друштву, у висини њиховог учешћа и о лицима која су блиско повезана с тим лицима, податке и доказе о испуњености услова за стицање/увећање квалификованог учешћа на основу којих се утврђује поузданост лица које стиче квалификовано учешће<sup>28</sup> у друштву, податке о предложеном члану управе друштва, који мора да има овлашћење за обављање послова заступања у

24 ЗО, чл. 98 ст. 1.

25 Мирко Васиљевић, *Водич за примену Закона о привредним друштвима*, Београд, 2011, стр. 134.

26 ЗО, чл. 102 ст. 1.

27 ЗО, чл. 102 ст. 2.

28 У пресуди Врховног суда Србије произилази да при одлучивању о предметном захтеву за издавање дозволе, тужени (гувернер Народне банке Србије) је према датим разлозима ценио бонитет подносиоца захтева, под којим се подразумева и његова пословна репутација, налазећи да су се због незаконитог обављања делатности посредовања и заступања у осигурању (због одузимања раније дате дозволе за обављање тих послова) стекли услови за одбијање захтева за стицање квалификованог учешћа оснивача, а тиме и за одбијање захтева за издавање дозволе за обављање послова посредовања, односно заступања у осигурању сагласно чл. 44 ст. 1 тач. 2 у вези чл. 32, 34, 78 и 93 Закона о осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 101/2007, 107/2009, 99/2011, 119/2012 и 116/2013) да је то решење донето на штету тужиоца. Вид. Пресуда Врховног суда Србије, У. 1596/07 од 11.9.2008. године.

осигурању, с подацима и доказима о томе да то лице има добру пословну репутацију и о испуњености услова за обављање функције члана управе, доказ о потребној кадровској и техничкој оспособљености друштва, уговор о заступању с друштвом за осигурање, који мора да садржи одредбу о одговорности тог друштва за осигурање за радње које друштво за заступање у осигурању предузима у обављању послова заступања у осигурању и праву друштва за осигурање на трајни надзор над извршавањем тог уговора и доказ о повезаности по основу капитала или на други начин с друштвима за осигурање, друштвима за посредовање у осигурању или другим друштвима за заступање у осигурању.<sup>29</sup> Народна банка Србије ближе прописује начин доказивања добре пословнерепутације члана управе друштва за заступање у осигурању, шта се сматра потребномкадровском и техничком оспособљеношћу тог друштва, као и садржину доказа, документације и података за издавање дозволе.<sup>30</sup> Право је законодавног органа по оцени Уставног суда да полазећи од карактера, значаја, специфичности делатности осигурања, те сврхе надзора над овом делатношћу, уреди услове и поступак издавања дозволе за обављање послова за све правне субјекте који обављају делатност осигурања, укључујући и начин доказивања испуњености законских услова за акционаре у друштвима за осигурање и чланове управе и надзорних одбора у овим и друштвима за посредовање у осигурању, као и да пропише облике и садржину мера надзора у вршењу контроле испуњености законских услова за обављање делатности.<sup>31</sup>

Заступник у осигурању – предузетник уписује се у регистар надлежног органа после претходног прибављања дозволе за обављање послова заступања у осигурању, коју Народна банка Србије издаје на његов захтев.<sup>32</sup> Подносиоца захтева у поступку добијања дозволе из тог става могу заступати лица која он за то овласти.<sup>33</sup> Уз захтев подноси се: оснивачки акт заступника у осигурању, доказ о идентитету подносиоца захтева (лично име, број личне карте и јединствени матични број грађана), доказ о пребивалишту подносиоца захтева, доказ да подносилац захтева располаже законом предвиђеним новчаним износом доказ да подносилац захтева има добру пословну репутацију, доказ да подносилац захтева има овлашћење за обављање послова заступања у осигурању, пословни план заступника у осигурању и акт о поступању са обрасцима евиденције о полисама, уговор о заступању с друштвом за осигурање,<sup>34</sup>

29 ЗО, чл. 102 ст. 3.

30 ЗО, чл. 102 ст. 4.

31 Одлука Уставног суда Републике Србије У. бр. 459/2004, од 20. априла 2006. године.

32 ЗО, чл. 103 ст. 1.

33 ЗО, чл. 103 ст. 2.

34 Унутарашњи однос „осигуравач – заступник“ уређује се уговором о заступању. На темељу уговора о заступању заступник добија овлашћење, пуномоћ. У пуномоћју

који мора да садржи одредбу о одговорности тог друштва за радње које заступник у осигурању предузима у обављању послова заступања у осигурању и праву тог друштва на трајни надзор над извршавањем овог уговора; доказ о потребној кадровској и техничкој оспособљености заступника у осигурању и доказ о повезаности по основу капитала или на други начин с друштвима за осигурање, друштвима за посредовање у осигурању или друштвима за заступање у осигурању.<sup>35</sup>

Подносилац захтева мора при оснивању имати на рачуну новчани износ од 1.500 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан уплате, који потиче из његових средстава, а у току пословања заступника у осигурању ликвидна актива (средства у новцу, краткорочним хартијама од вредности и другим краткорочним пласманима и потраживањима) мора се одржавати у висини од најмање 75% тог износа.<sup>36</sup>

Народна банка Србије ближе прописује начин доказивања добре пословне репутације подносиоца захтева, шта се сматра потребном кадровском и техничком оспособљеношћу заступника.<sup>37</sup>

Заступник у осигурању може пословођење<sup>38</sup> поверити пословно способном физичком лицу (у даљем тексту: пословођа) под условима прописаним законом којим се уређују привредна друштва.<sup>39</sup> Пословођа мора да испуњава услове: да има добру пословну репутацију и да има овлашћење за обављање послова заступања у осигурању.<sup>40</sup> Пословођа мора бити у радном односу код заступника у осигурању с пуним радним временом.<sup>41</sup> Заступник у осигурању је дужан да докаже о испуњености услова достави Народној банци Србије пре поверавања послова пословођи.<sup>42</sup> Прописује се да директор, односно извршни друштва за посредовање, односно заступање у осигурању мора бити у радном односу и имати боравиште у Републици.<sup>43</sup>

су наведена заступникова овлашћења. Пуномоћ је заступникова легитимација према трећим особама. Евентуална ограничења која нису наведена у пуномоћју не обвезују трећу особу и имају интерни значај у односу „осигуравач – заступник“.

35 ЗО, чл. 103 ст. 3.

36 ЗО, чл. 103 ст. 4.

37 ЗО, чл. 103 ст. 5.

38 У погледу права пословође да врши пословођење, оно се односи на организовање и руковођење предузетничком делатношћу. Вид, Златко Стефановић, Бојан Станивук, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2012, стр. 97.

39 ЗО, чл. 104 ст. 1.

40 ЗО, чл. 104 ст. 2.

41 ЗО, чл. 104 ст. 3.

42 ЗО, чл. 104 ст. 4.

43 ЗО, чл. 109 ст. 1.

*а) Овлашћење за обављање послова заступања у осигурању*

Послове заступања у осигурању у друштву за заступање у осигурању, код заступника у осигурању и посебних заступника могу, на основу запослења или рада ван радног односа у складу са законом, обављати само лица која имају овлашћење Народне банке Србије за обављање послова заступања у осигурању (у даљем тексту: овлашћени заступници).<sup>44</sup> Законом о осигурању из 2014. године омогућено да сва лица која желе да послове заступања у осигурању обављају као допунску делатност, то могу да раде, у складу са модалитетима које је утврдио Закон о раду. Циљ захтева у претходном Закону о осигурању из 2004. године да послови заступања у осигурању се могу обављати само искључиво по основу радног односа је био да се обезбеди потпунија одговорност и контрола рада лица која врше продају полиса осигурања, а све ради веће заштите осигураника, јер се кроз организоване облике пружања услуга осигурања може обезбедити потпуније и квалитетније пружање услуга, информисање уговарача осигурања о правима и обавезама које се преузимају уговором о осигурању, као и сигурност уплаћених средстава. Ово се нарочито односи на продају полиса животног осигурања, где се уговор о осигурању закључује на дужи период.<sup>45</sup> Овакво решење се у пракси показало као контрапродуктивно и неусклађено са праксом развијених земаља. Послове не могу обављати лица која су осуђена на безусловну казну затвора или су правноснажно осуђена за казнено дело које их чини неподобним за обављање тих послова.<sup>46</sup>

Народна банка Србије издаје овлашћење за обављање послова заступања у осигурању лицу које испуњава следеће услове:

- 1) има одговарајуће стручне квалификације и искуство;
- 2) положило је стручни испит за стицање звања овлашћеног заступника на српском језику;
- 3) није му правноснажно изречена заштитна мера забране обављања делатности која га чини неподобним за обављање ових послова;
- 4) није му у последње три године одузето овлашћење за обављање послова заступања у осигурању.<sup>47</sup>

44 ЗО, чл. 105 ст. 1.

45 Мира Ерић-Јовић, *Закон о осигурању у Србији се неће мењати*, 2011, доступно на адреси: <http://www.reosiguranje.com/vesti/1299-zakon-o-osiguranju-u-srbiji-se-nee-menjati.html>.

46 ЗО, чл. 105 ст. 2.

47 ЗО, чл. 105 ст. 3.

Народна банка Србије ближе прописује потребне стручне квалификације и искуство, садржину програма и начин полагања стручног испита, начин доказивања испуњености услова из тог става, као и начин усавршавања овлашћених заступника.<sup>48</sup> Народна банка Србије може овлашћење за обављање послова заступања осигурању издати и лицу које је звање овлашћеног заступника стекло у иностранству, под условима и на начин које она пропише.<sup>49</sup> Овлашћени заступник је дужан да послове заступања у осигурању обавља у складу са правилима струке и добрим пословним обичајима.<sup>50</sup> На одузимање овлашћења сходно се примењују одредбе о одузимању овлашћења за обављање послова посредовања.<sup>51</sup>

Укида се услов реципроцитета за признавања звања страном овлашћеном или заступнику у осигурању.<sup>52</sup>

### 3. Ограничење заступања у осигурању

Наиме, ако у овлашћењу заступника нису наведена ограничења у вези обављања послова заступања осигуравача, заступник има право да у име и за рачун осигуравача закључује уговоре о осигурању, да уговара измене уговора или продужење њиховог важења, да издаје полисе осигурања, да наплаћује премије и да прима изјаве упућене осигуравачу. Осигуравач може та овлашћења и ограничити, а уколико то није уговарачу осигурања познато, сматра се као да та ограничења нису ни постојала, па ће правна радња бити правно ваљана и обавезивати осигуравача. На пример, ако је заступник имао овлашћење осигуравача само да закључује уговоре о осигурању и да издаје полисе осигурања, а заступник и поред тога наплаћује премије осигурања, за које ограничење уговарач осигурања није знао, сматра се да таква радња заступника обавезује осигуравача.<sup>53</sup> Супротно томе, ако је то ограничење уговорачу осигурања било познато, обављана правна радња није правно ваљана. У овом случају се не могу применити правила о заступању у смислу ЗОО, а наиме, кад заступник прекорачи границе овлашћења да је заступани

48 ЗО, чл. 105 ст. 4.

49 ЗО, чл. 105 ст. 5.

50 ЗО, чл. 105 ст. 6.

51 ЗО, чл. 105 ст. 7.

52 Страно физичко лице које, по праву државе чији је држављанин, испуњава услове за обављање послова заступања у осигурању, може обављати те послове, под условима узajамности. Закон о осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 101/2007, 107/2009, 99/2011, 119/2012 и 116/2013), чл. 95 ст. 4.

53 Драгослав Вељковић, *Уговори у привреди са судском праксом, примерима уговора и шљубама за осиваривање права из тих уговора*, Београд, 2008, стр. 1085.



у обавези само уколико одобри прекорачење.<sup>54</sup> С друге стране, када је реч о пословима који нису уобичајени у вршењу делатности осигуравача, његов заступник би као пословни пуномоћник, морао добити пословно пуномоћје, на пример: за отуђење или оптерећење непокретности, преузимање меничне обавезе или обавезе јемства, узимање зајма и вођење спора.<sup>55</sup> Без посебног овлашћења он не би могао да се поравна, да се одрекне неког права без накнаде.<sup>56</sup>

У контексту претходно написане тачке поставља се питање дејства прекорачења овлашћења заступника које се састоји у непридржавању општих услова осигурања и тарифа премије. Под утицајем швајцарског Закона о уговору о осигурању у Скици професора Констатиновића било је предвиђено: „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 накондано одобри у року од тридесет дана од закључења уговора, и под условом да уговарач осигурања није у истом року тражио њихово понижење“ (чл. 883 ст. 3). Чини се да би требало размотрити цитирану одредбу у Скици и унети је у Грађански законик Србије.<sup>57</sup>

#### 4. Ограничење заступања у осигурању

Друштво за заступање у осигурању, заступник у осигурању, банка, давалац финансијског лизинга и јавни поштански оператер (посебни заступници) могу послове заступања у осигурању да обављају заједно са друштвом за осигурање или за више друштава за осигурање – уз њихову писмену<sup>58</sup> сагласност.<sup>59</sup> Заступник чије је обављање послова ограничено на једног осигуравача у праву Велике Британије назива се заступником компаније и улази у ред зависних заступника.<sup>60</sup> У претходном Закону о осигурању из 2004. године заступништво за више друштава је било

54 ЗОО, чл. 87 ст. 1.

55 ЗОО, чл. 95 ст. 2.

56 ЗОО, чл. 91 ст. 3.

57 Предраг Шулејић, „Заступници и посредници осигурања“, *Правни живоић*, бр. 11/2013, стр. 367.

58 Ова одредба је врло важна за осигурање лица, посебно за осигурање живота, с обзиром на начин продаје полисе животних осигурања од посебних заступника у осигурању. Маријан Ђурковић, *Уговор о осигурању особа – живоић, незгода, здравствено*, Загреб, 2009, стр. 76.

59 ЗО, чл. 99 ст. 1.

60 Јован Славнић, „Предлози неких нових решења за заступнике осигурања у новом Закону о осигурању“, у: Јован Славнић, Предраг Шулејић (уредници), *Привреда и право осигурања у транзицији*, Палић, 2004, стр. 3.

предвиђено изузетком<sup>61</sup> и то посебном одредбом од општег правила да заступник осигурања може да обавља послове осигурања само за једно друштво за осигурање. У новом ЗО једном регулом је предвиђено да се послови заступања могу обаљати за једно или за више друштава за осигурање – уз писмену сагласност.

Заступници осигурања дужни су да у својим пословним историјама имају на видном месту истакнуто пословно име друштва за осигурање које заступа.<sup>62</sup> Законом о осигурању прецизира се обавеза заступника осигурању о пружању информација уговарачима осигурања.<sup>63</sup>

## 5. Право заступника осигурања на провизију

Једно од основних права заступника је право на накнаду, провизију. Провизија је обично постотак коју прима заступник као накнаду за закључени уговор о осигурању. Провизија се може односити на посао закључења уговора – тзв. прибављачка провизија, на посао наплате премије – тзв. инкасо провизија, или пак на очување портфеља.<sup>64</sup> Прибављачка провизија доспева потписом уговора о осигурању и наплатом прве премије (оброка или читаве).<sup>65</sup> Друштво за заступање у осигурању, заступник у осигурању и посебни заступници немају право да од осигураника, односно уговарача осигурања захтевају плаћање провизије или било какву другу наплату.<sup>66</sup>

## 6. Подзаступник у осигурању

Подзаступник је особа коју на одређеном подручју ангажује агент ради склапања уговора о осигурању за одређену провизију. Тај институт је познат у готово свим правним системима. Закон о уговору о осигурању Немачке уводи у појам заступника и подзаступника.<sup>67</sup> Под-

61 То правило је само изузетак од правила да заступник осигурања може да заступа само једно друштво, а не изузетак од правила да заступник осигурања који заступа више друштава може да буде другачије регулисан, на пример, у неком посебном извору права, правни положај од заступника осигурања који ради за једно друштво осигурања. Вид. Ј. Славнић, „Предлози неких нових решења за заступнике осигурања у новом Закону о осигурању“, стр. 7.

62 ЗО, чл. 99 ст. 2.

63 Начин обавештавања уговарача осигурања, текст исдржај обавештења регулисани су у ЗО, чл. 111.

64 М. Ђурковић, *нав. дело*, стр. 78.

65 М. Ђурковић, *нав. дело*, стр. 78.

66 ЗО, чл. 110. ст. 1.

67 Закон о уговору о осигурању Немачке (*Versicherungsvertragsgesetz – VVG*).

заступник је помоћник заступнику, који осигуравачу одговара за његов рад. Ипак ризик посла сноси сам подзаступник. Институт подзаступника био је темељ развијања тзв. *multi level* система позиционирања, који је у осигурању живота врло чест.<sup>68</sup> Чини се да је и према Закону о посредовању и заступању у осигурању Републике Хрватске у чл. 20 ст. 3 било прописано да овлашћени (лиценцирани) заступник могао за послове прибављања осигурања, процене и обраде штета, користити највише десет особа које нису регистроване за обављање послова заступања у осигурању, али се привремено баве наведеним ословима. Наведени Закон је такве послове третирао као да их је обавило само друштво за осигурање, односно овлашћени заступник. Закон о осигурању нема такве одредбе.

## 7. Одговорност заступника осигурања

Готово да је општеприхваћено у упоредном законодавству да налогодавац одговара за радње свог заступника које он предузима према трећим лицима, јер се тиме установљава заштита трећих лица, у овом случају заштита уговорача осигурања, осигураника или корисника осигурања и одређује се да осигуравач одговара за поступке заступника као за своје.<sup>69</sup> За радње предузете у обављању послова заступања у осигурању одговара друштво за осигурање. Заступник одговара ако није упозорио осигураника на обавезу обавештавања осигуравача о повећању ризика у току трајања осигурања или ако је уговор раскинут, а заступник није обезбедио закључење новог уговора. Заступник одговара и када је у понуду за закључење уговора унео нетачне податке од значаја за процену ризика због чега је осигуравач раскинуо уговор и осигураник остао без покрића.<sup>70</sup> Није јасан правни извор обавезе заступника, да ли је то уговор о осигурању који закључује у име и за рачун осигуравача или је то уговор о заступању или пак општа обавеза даваоца услуга заступања у осигурању. Судови се не баве много основном обавезе заступника, они га једноставно обавезују ако сматрају да је због његовог професионалног пропуста осигураник претпео штету.<sup>71</sup> Друштво за заступање у осигурању, заступник у осигурању и посебни заступници одговарају осигуранику за штету која настане услед лажног

68 М. Ђурковић, *нав. дело*, стр. 77.

69 П. Шулејић, „Заступници и посредници осигурања“, стр. 368.

70 Ј. Пак, *Право осигурања*, стр. 181.

71 Ј. Пак, „Правна заштита потрошача услуга осигурања са посебним освртом на грађанско-правну одговорност посредника и заступника у осигурању“, у: Јован Славнић, Слободан Јовановић, Јасна Пак, Зоран Јањић (уредници), *Посредници и заступници осигурања у праву ЕУ и српском праву*, Београд, 2007, стр. 170.

представљања или непажње ових лица, односно због тога што та лица нису осигуранику, односно уговарачу осигурања открила да обављају делатност узаступника.

Лице са посебним овлашћењима у друштву за осигурање које је закључило уговор о заступању у осигурању одговара том друштву за проузроковану штету која је настала из тог уговора.

### III Закључак

Напред наведено је значајно из разлога да се постигне да законска решења одговарају могућностима и привреди наше земље. У контексту тога је и потреба да у нашем законодавству буде исправно креиран положај заступника осигурања с обзиром на достигнути ниво развоја регулативе ових субјеката тржишта осигурања у правним системима западних земаља. Заступницима осигурања морају бити прецизно формулисани сви елементи њиховог правног положаја, јер се тиме поштују давно прихваћена основна начела – економског, правног и политичког система. То су уставно начело слободе оснивања и пословања свих форми привредних субјеката и облика у којима се обављају делатности и начело отворености привредног простора, односно тржишта за све форме и облике обављања делатности. Овде је затим у питању начело аутономије воље страна у регулисању уговорних односа и политичко начело о хармонизацији домаћег права са европским правом (ЕУ). Неке од примедба упућене претходном закону нису отклоњене ни доношењем новог ЗО. Сматра се да одредбе нису ни близу нивоа квантитивног и квалитативног регулисања у упоредном праву. Имајући у виду да су поједина решења која се односе на заступнике осигурања обухваћена у ЗО, а друга у ЗОО, која су увршћена у Преднацрт Грађанског законика Србије сматра се да треба да се једном упућујућом одредбом одреди да се правни положај заступника уреди посебним законом о заступницима. Законом о осигурању треба да се створе претпоставке за даљи развој и унапређење делатности осигурања и заштиту корисника услуга осигурања, ефикасније и квалитетније пословање друштава за осигурање и постизање веће финансијске дисциплине на тржишту осигурања.

**Danijela GLUŠAC, M.A.**

Teaching Assistant at the Business School, Novi Sad

## INSURANCE AGENTS IN THE NEW LAW ON INSURANCE

### Summary

*Insurance, as the source of society aspirations, is the association of all those who are exposed to the same dangers. Insurance in the true sense of the word meaning was found in our region in the half of the nineteenth century. Work directly linked to insurance is insurance agency. The Law on Insurance and insurance organizations (1967) for the first time has provided the possibility of establishment organizations in insurance for insurance intermediation, agency, assessing damage and performing other insurance services. On 18 December 2014 the National Assembly of the Republic of Serbia adopted a new Law on Insurance which continued reform process of improving the financial services market in the Republic of Serbia and harmonization with the European Union, providing the conditions for the further liberalization of the market of insurance services and, in this sense, made significant changes to the legal solutions in which is dedicated to increasing the number of the provisions of insurance agents. The paper analyses the normative complex with the specificities and characteristics of this topic. The analysis necessarily involves the observation of advantages, but also some disadvantages of solution on agents.*

**Key words:** insurance, agent, Law on Insurance.

**Милена ВРАНЧИЋ, мастер права**  
докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду

## **УГОВОР О ОСИГУРАЊУ У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА СРБИЈЕ У СВЕТЛУ ХАРМОНИЗАЦИЈЕ УГОВОРНОГ ПРАВА ОСИГУРАЊА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ**

### **Резиме**

*У раду се анализира стање тржишта осигурања у Европској унији после доношења три генерације директива којима је омогућена слобода оснивања и слобода пружања услуга. Зајим се размајрају разлози збој којих постојећи *acquis communautaire* права осигурања није довео до стварној оживљавања унутрашњеј тржишта и проблем хармонизације уговорној права осигурања, с обзиром на то да се разлике у регулисању уговора о осигурању виде као једна од главних препрека у функционисању јединстваног тржишта. На крају се размајра стање у српском праву осигурања и стајен хармонизације са европским правом осигурања. У раду се указује на потребу да се новим законским решењима усвоји *acquis* права осигурања и тиме допринесе развоју осигурања.*

**Кључне речи:** *хармонизација права осигурања, уговорно право осигурања ЕУ, Принципи европској уговорној права осигурања, Преднацрт Грађанској законика Србије, хармонизација српској права осигурања са правом ЕУ.*

## I Проблем стварања јединственог, тј. унутрашњег тржишта осигурања

### 1. Хармонизација прописа који се односе на делатност осигурања

Успостава унутрашњег тржишта један је од основних циљева Европске уније. Део тог унутрашњег тржишта свакако је и тржиште осигурања.<sup>1</sup> Доношењем три генерације директива постепено су отклањане препреке за обављање делатности осигурања и стварани услови за увођење „јединствене лиценце“, односно „евројској *ia-soша*“, тј. могућности да осигуравачи, на основу добијене дозволе у својој (матичној) држави чланици, обављају делатност на подручју читаве Уније. Амбиција Римског уговора је да успостави унутрашње тржиште које ће ујединити све државе присталице Европске економске заједнице и омогућити слободно кретање људи, робе, услуга и капитала; сва ограничења конкуренције која доносе националне границе и сва дискриминација због националности треба да буду забрањени.<sup>2</sup> Оснивачки принципи у осигурању су већ били установљени Римским уговором; то су слобода оснивања (члан 52 Уговора), и слобода пружања услуга (члан 59 Уговора).<sup>3</sup> Ипак, било је потребно двадесетак година да се реализују, са три генерације директива и уз подстицај више одлука Суда правде Европских заједница.<sup>4</sup>

Право Европске заједнице је имало значајан утицај на регулисање делатности осигурања.<sup>5</sup> Упркос томе, изгледа да права слобода пружања услуга, у смислу да осигуравачи из једне државе продају осигурање лицима у другој држави, се није још остварила, барем када су потрошачи у питању.<sup>6</sup> Донегим директивама унутрашње тржиште осигурања уређено је јавноправним нормама јединствено за читаво подручје Уније.<sup>7</sup> Њима

1 Ана Кеглевић, „Начела еуропског уговорног права осигурања – развој, статус и перспективе“, *Зборник радова Правној факултету у Сплиту*, год. 50, 3/13, доступно на адреси: <http://hrcak.srce.hr/index>, 28.3.2015, стр. 663.

2 Yvonne Lambert-Faivre, Laurent Leveneur, *Droit des assurances*, 13<sup>e</sup> édition, Paris, 2011, стр. 62.

3 *Ibid.*, стр. 64.

4 *Ibid.*, стр. 65.

5 John Birds, *Birds' modern insurance law*, Sweet & Maxwell, London, 2007, стр. 24.

6 *Ibid.*, стр. 24, 25.

7 Лорис Беланић, „Хармонизација права осигурања у Европској унији с освртом на уговорно право осигурања“, *Зборник Правној факултету у Загребу*, Vol. 60, No. 6, децембар 2010, 1335–1368, доступно на адреси: <http://hrcak.srce.hr/index>, 9.9.2014, стр. 1352.

је постигнуто да дозвола за обављање послова осигурања издата у једној држави чланици омогућава обављање делатности у свим државама чланицама (*Single Authorization System*) и да постоји један и једиствен систем надзора који обавља држава чланица у којој је друштво за осигурање основано (*home country control*). Међутим, наведене директиве не спроводе системску хармонизацију уговорног права осигурања међу државама чланицама Уније.<sup>8</sup>

Због тешкоћа у приближавању уговорног права осигурања држава чланица, као резултат компромиса, директивама друге генерације уведен је хармонизован колизионоправни режим за животна и неживотна осигурања у свим државама чланицама. Овим је требало омогућити заштиту уговарача осигурања од примене страног права које не познаје и које има нижи стандард заштите потрошача. Штавише, требало је избећи да ова разноликост не претвори слободу пружања услуга у инструмент који деформише конкуренцију на штету друштва за осигурање основаних у држави више заштитничкој према осигураницима од других.<sup>9</sup> Овај режим је замењен 2009. године доношењем Уредбе Рим I.<sup>10</sup> До почетка примене Рим I Уредбе, колизионе норме за „већину“ уговора о осигурању биле су „расуте“ у различитим правним актима ЕУ (директивама и Римској конвенцији),<sup>11</sup> док су се на поједине уговоре о осигурању (који чине „мањину“) примењивала национална колизиона правила држава чланица.<sup>12</sup> У текст Рим I Уредбе унете су одредбе чл. 7, којима су инкорпорисана колизиона правила из директива о осигурању.<sup>13</sup> Ове одредбе су установиле посебан колизионоправни режим за уговоре о осигурању великих ризика и уговоре о осигурању масовних ризика који се налазе у ЕУ (некој од држава чланица).<sup>14</sup> На уговоре о осигурању масовних ризика изван ЕУ, као и на уговоре о реосигурању, примењују се општа правила Рим I Уредбе (чл. 3, 4 и 6).<sup>15</sup> Главни критеријум на основу којег се одређује коју колизиону норму треба применити у конкретном случају јесте место налажења

8 *Ibid.*

9 Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *нав. дело*, стр. 83.

10 Уредба бр. 593/2008 Европског парламента и Савета од 17.6.2008. године о праву које се примењује на уговорне облигације (Рим I), ОЈ Л 177/9 од 4.7.2008. године; примењује се на уговоре закључене после 17.12.2009. године.

11 Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године.

12 Славко Ђорђевић, „Меродавно право за уговоре о осигурању у међународном приватном праву ЕУ“, *Ревизија за право осигурања*, број 1/2010, доступно на адреси: <http://www.erevija.org/>, 9.9.2014, стр. 42.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*



осигураног ризика, који је преузет из директива о осигурању и који се различито одређује за животна и неживотна осигурања.<sup>16</sup>

## 2. Хармонизација прописа који се односе на уговор о осигурању

Увођење јединственог колизионоправног режима није допринело делотворном функционисању унутрашњег тржишта осигурања. Ово се вероватно може приписати чињеници да директиве предвиђају да меродавно право буде уобичајено боравиште потрошача и изгледа мало вероватно да су осигуравачи вољни да прилагоде њихове уговоре да покрију сва различита права која се могу применити.<sup>17</sup> Наиме, аутономија воље при избору меродавног права је ограничена када су уговарачи осигурања потрошачи, како би били заштићени од могућности да се на уговор примени право које не познају. Ова заштита је у ствари постала основа веома резистентних националних ограђивања испод заставе позивања на „општи интерес“.<sup>18</sup> Када је директивама треће генерације, под утицајем пресуда Суда европских заједница,<sup>19</sup> државама чланицама забрањена претходна контрола општих услова пословања, појам „општег добра“ или „општег интреса“ (франц. *l'intérêt général*, енгл. *general good*) је уведен као систем „примеренији захтевима унутрашњег тржишта који омогућава свакој држави чланици да гарантује адекватну заштиту уговарачима осигурања“.<sup>20</sup> Смишљен као ограничена заштита националних интереса, овај појам је постао ефикасна кочница конкуренције у оквиру слободе пружања услуга, нарочито због обавезе поштовања императивних одредби прописа о уговору о осигурању, које представљају већину у закону о осигурању.<sup>21</sup>

Решење проблема види се у хармонизацији уговорног права осигурања. Ово се сматра неопходним да би се кренуло ка истинском јединственом европском тржишту за осигурање.<sup>22</sup> Само ако за уговоре о осигурању важе иста универзална правила у свим државама-чланицама,

16 *Ibid.*

17 J. Birds, *нав. дело*, стр. 25.

18 Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *нав. дело*, стр. 90.

19 Ана Кеглевић, „Начела права осигурања у пракси суда ЕУ и њихов утјецај на приватноправне поретке држава чланица“, *Зборник Правној факултету у Загребу*, Vol. 62, No. 5–6, децембар 2012, 1823–1858, доступно на адреси: <http://hrcak.srce.hr/index>, 9.9.2014.

20 Преамбула Директиве 92/49/ЕЕЗ, бр. 21.

21 Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *нав. дело*, стр. 90.

22 J. Birds, *нав. дело*, стр. 20.

могуће је обезбедити потпуно и несметано функционисање унутрашњег тржишта.<sup>23</sup> Већ донете директиве регулишу поједина питања уговорне материје осигурања, без обзира да ли се директно односе на осигурање или имају утицај на делатност осигурања. Такве су обавезе осигураваача да информише потрошача – будућег уговараача осигурања пре склапања и током трајања уговора о осигурању (чл. 36 Директиве 2002/83/ЕЗ и тачка 52 Преамбуле).<sup>24</sup> Затим, прописивање права на одустанак од уговора о животном осигурању у прописаним роковима (чл. 15 Друге директиве о осигурању живота и чл. 35 Директиве 2002/83/ЕЗ) свакако има утицај на приватно право држава чланица у вези са уговорима о осигурању живота.<sup>25</sup> Ту су и директиве о осигурању од аутомобилске одговорности, које својим одредбама свакако утичу на садржај уговора о осигурању од аутомобилске одговорности (прописивање минималних свота осигурања, увођење *actio directe* оштећеника, прописивање рокова за обраду одштетног захтева).<sup>26</sup> Одређен утицај на хармонизацију уговорог права има и Директива 87/344/ЕЕЗ о осигурању правне заштите којом је прописан обавезни садржај уговора о осигурању правне заштите као специфичног уговора о осигурању с обзиром на остале врсте уговора о осигурању.<sup>27</sup>

„Унаточ до сада проведеној хармонизацији на подручју уговорног права, уговорно је право држава чланица ЕУ и даље доминантно национално обојено и даље се у значајној мјери разликује од државе до државе.“<sup>28</sup> То значи да је стање у овој области такво да се прописи о уговору о осигурању између држава чланица и даље у великој мери разликују и да су осигураваачи онемогућени да понуде производе осигурања у једном облику у свим државама чланицама ове интеграције већ да морају да их прилагођавају правном оквиру сваке државе чланице ЕУ у којој продају своје производе.<sup>29</sup>

23 Славко Ђорђевић, „Принципи европског уговорног права осигурања – будући опционални инструмент права ЕУ?“, *Ревизија за право осигурања*, бр. 2/2011, доступно на адреси: <http://www.erevija.org>, 9.9.2014, стр. 25.

24 Л. Беланић, *нав. чланак*, стр. 1354.

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 Срећко Јелинић, Дубровка Акшамовић, „Уговорно право Европске уније на прекретници“, *Зборник Правној факултету у Загребу*, Vol. 60, No. 1, фебруар 2012, доступно на адреси: <http://hrcaak.srce.hr/index>, 9.9.2014, стр. 205.

29 Јован Славнић, Слободан Јовановић, „Садржина уговора о осигурању у нацрту општег референтног оквира за европско уговорно право осигурања и законима држава чланица Европске уније“, *Ревизија за право осигурања*, бр. 1–2/2008, доступно на адреси: <http://www.erevija.org/>, 10.9.2014, стр. 20.

## 2. Начела уговорног права осигурања

Поред ове сегментарне регулације уговорног права осигурања, извршене када је било потребно омогућити функционисање јединственог тржишта, за опсежну хармонизацију уговорног права уопште, па и уговорног права осигурања, поставља се питање да ли Европска унија има овлашћење да регулише уговорно право,<sup>30</sup> а и притом, који би се инструменти хармонизације користили.<sup>31</sup> Да ли би то били инструменти тзв. меког права (*soft law*), или правни акти когентног карактера, као што су уредбе ЕУ или директиве, као правни извори нижег степена обавезности од уредби?<sup>32</sup> За сада, хармонизација уговорног права, ван права заштите потрошача (*Consumer Acquis*) је остала на нивоу меког права.

За право осигурања посебно су значајни Принципи европског уговорног права осигурања (*Principles of European Insurance Contract Law*, скр. *PEICL*). Настали су као резултат ширег пројекта под окриљем Комисије ЕУ, чији је циљ био да се сачини нацрт Општег референтног оквира за уговорно право (*Draft Common Frame of Reference for Contract Law*, скр. *DCFR*).<sup>33</sup> Он је пре свега академски текст, а никако политички текст,<sup>34</sup> „што значи да иза њега стоји само радна скупина те да није потврђен нити од једне еуропске или националне институције те, сукладно томе, није обавезујући правни акт“.<sup>35</sup> *PEICL* је пројекат у настајању, заједно са *DCFR* на који се наслања. Основна њихова одлика је да дефиниције и правила које садрже нису обавезујућа у ЕУ.<sup>36</sup> Замишљено је да ови документи служе као „кутија са алатима“ коју би Европска комисија користила приликом израде предлога будућих регулатива и директива у области европског приватног права.<sup>37</sup> Поред тога, предвиђа се вишеструка функција ових докумената: они би могли да послуже као модел-закони

30 Тамара Перишин, „Има ли Еуропска унија овласт регулирати приватно (посебице уговорно) право“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, Vol. 62, No. 5–6, децембар 2012, стр. 1799–1822, доступно на адреси: <http://hrcak.srce.hr/index>, 9.9.2014; С. Јелинић, Д. Акшамовић, *нав. чланак*, стр. 216, Л. Бјеланић, *нав. чланак*.

31 С. Јелинић, Д. Акшамовић, *нав. чланак*, стр. 214; Т. Перишин, *нав. чланак*.

32 С. Јелинић, Д. Акшамовић, *нав. чланак*, стр. 214.

33 С. Ђорђевић, „Принципи европског уговорног права осигурања – будући опционални инструмент права ЕУ?“, стр. 19; Л. Беланић, *нав. чланак*, стр. 1357; С. Јелинић, Д. Акшамовић, *нав. чланак*, стр. 241–245.

34 Супротно: С. Јелинић, Д. Акшамовић, *нав. чланак*, стр. 238.

35 Л. Беланић, *нав. чланак*, стр. 1357; исто: Ана Кеглевић, „Начела еуропског уговорног права осигурања – развој, статус и перспективе“, стр. 670.

36 С. Ђорђевић, „Принципи европског уговорног права осигурања – будући опционални инструмент права ЕУ?“, стр. 20.

37 *Ibid.*

приликом реформи националних права, да се примене као *lex mecatoria* пред трговачким арбитражама, да служе као приручник академској заједници за компаративно изучавање и бављење европским уговорним правом и као помоћно средство судовима држава чланица и Европском суду правде приликом тумачења комунитарног права.<sup>38</sup> Назначена је и могућност да ови документи буду усвојени у облику тзв. опционалног инструмента за европско уговорно право (*optional instrument*), тј. као могући извор права за странке.<sup>39</sup>

## II Уговорно право осигурања у Србији у процесу хармонизације са комунитарним правом

### 1. Домен примене прописа о осигурању

Материја уговорног права осигурања у Србији није регулисана једним правним актом. *Lex generalis* представља Закон о облигационим односима,<sup>40</sup> у коме су посебне одредбе посвећене уговору о осигурању.<sup>41</sup> На пловидбена осигурања се примењује Закон о поморској и унутрашњој пловидби.<sup>42</sup> У том закону одредбе о пловидбеним осигурањима проширују се у одређеним случајевима и на неке облике копненог превоза и других осигурања која су у вези са поморским превозом.<sup>43</sup> Прихваћеним решењем у ЗОО остала је дилема који се закон примењује на осигурања ствари у копненом превозу, када се на њих не примењују правила о пловидбеном осигурању, будући да је појам „пловидбена осигурања“ исувише широк и може се односити на разне врсте пловидбе, а у одређеним случајевима и на копнена осигурања.<sup>44</sup>

38 С. Ђорђевић, „Принципи европског уговорног права осигурања – будући опционални инструмент права ЕУ?“, стр. 20; С. Јелинић, Д. Акшамовић, *нав. чланак*, стр. 236.

39 *Ibid.* Опционални инструмент се може дефинисати као правни акт ЕУ чија примена зависи од аутономије воље уговорних страна, његова сврха је да уговорним странама пружи алтернативни режим уговорног права који може заменити национално уговорно право. С. Ђорђевић, „Принципи европског уговорног права осигурања – будући опционални инструмент права ЕУ?“, стр. 20.

40 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, даље у фуснотама: ЗОО.

41 Члан 897–965 ЗОО.

42 *Службени лист СРЈ*, бр. 12/98, 44/99, 74/99 и 73/00 и *Службени гласник РС*, бр. 85/05 – др. закон и 101/05 – др. закон.

43 П. Шулејић, „Уговор о осигурању у Преднацрту Грађанског законика Србије од 2010. године“, *Евројске (ЕУ) реформе у праву осигурања Србије*, зборник радова, Удружење за право осигурања Србије, 2010, стр. 165.

44 *Ibid.*

У предлозима изнетим у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије<sup>45</sup> и даље се предвиђа да се одредбе које се односе на уговор о осигурању неће 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.<sup>46</sup> Овим решењем се не отклањају недоумице у вези примене правила пловидбених осигурања на осигурање ствари у копненом превозу, као што је учињено у хрватском Закону о обвезним односима, где се предвиђа аналогна примена правила поморског осигурања на уговоре о осигурању ствари у копненом превозу.<sup>47</sup> Законом о поморској и унутрашњој пловидби правила о уговору о осигурању су битно друкчија од правила предвиђених у ЗОО. Пре свега, за пловидбена осигурања важи начело диспозитивности, док за „копнена“ начело императивности. Аутономија воље уговорних страна знатно је шира код пловидбених осигурања, јер се претпоставља да су уговорне стране „професионалци“, односно да им не треба посебна заштита, као што им није потребна код реосигурања и осигурања потраживања. Али то није случај само са овим осигурањима. Постоје и друга осигурања где су уговорне стране лица која професионално обављају своју делатност и којима није потребна законска заштита императивним нормама. Зато треба проширити примену правила пловидбених осигурања и на осигурање оних ризика који се у праву ЕУ сматрају „великим“.<sup>48</sup> Тако би се постигло да се на све уговоре где уговорним странама не треба посебна заштита примењују иста правила, без обзира на место налажења ризика.<sup>49</sup>

Члан 1134 став 4 Преднацрта ГЗ предвиђа могућност одступања од апсолутно принудних, полупринудних и диспозитивних норми код осигурања, саосигурања и реосигурања ризика који су предвиђени као велики. Слично је предвиђено и Принципима европског уговорног права

45 Доступно на адреси: [http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C\\_Obligacioni\\_odnosi.pdf](http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf), 2014., даље у фуснотама: Преднацрт ГЗ.

46 Члан 1133 Преднацрта ГЗ.

47 Члан 923 став 2 Закона о обвезним односима (*Народне новине РХ*, бр. 35/05, 41/08, 125/11).

48 У „велике“ ризике су сврстани ризици који се односе на железничка возила, ваздухоплове, пловила, робу у превозу, одговорност за употребу ваздухоплова и пловила, затим ризици осигурања кредита и гаранција, под условом да уговарач осигурања обавља пословну делатност у индустријском или комерцијалном сектору или се бави слободним занимањима, а ризици се односе на ту делатност, као и ризици пожара, осталих оштећења имовине, опште одговорности и разних финансијских губитака када уговарач осигурања прекорачи ограничења која се тичу прихода друштва и броја запослених (члан 5 Директиве 88/357/ЕЕЗ).

49 Ј. Славнић, С. Јовановић, *нав. чланак*, стр. 34–35, залажу се за различито регулисање садржине уговора о осигурању у зависности од тога да ли су у питању „масовни“ или „велики“ ризици.

осигурања, али је одступање у корист обе уговорне стране омогућено код полупринудних норми.<sup>50</sup> Ово, дакле, представља лоше преузету одредбу Принципа, пре свега јер се оним нормама које су предвиђене као апсолутно принудне штити и јавни поредак и сама установа осигурања, а не само слабија уговорна страна. Стога се не може дозволити одступање од ових одредби, без обзира на карактер уговорних страна.

## 2. „Потрошачке информације“

Што се тиче заштите потрошача осигурања, већ је ЗОО предвидео правила којима се штити уговарач осигурања као слабија уговорна страна. Такве су одредбе којима се предвиђа одступање од одредби закона ако је то у несумњивом интересу осигураника,<sup>51</sup> о дејствима ћутања осигуравача на понуду осигураника,<sup>52</sup> о месту плаћања премије, којим се предвиђа одступање од општег правила за испуњење новчаних облигација...<sup>53</sup> С обзиром на време када је донет, ова правила се могу сматрати прилично прогресивним са становишта заштите потрошача осигурања. Од тада се комунитарно право у овој области значајно развило. Придаје се посебна пажња обавези давања предуговорних информација и информација после закључења уговора о осигурању осигураницима као потрошачима услуга („потрошачке информације“).<sup>54</sup>

При томе треба имати у виду да се у области осигурања слабија уговорна страна не изједначава са потрошачем услуга осигурања.<sup>55</sup> Суштина овог разликовања је у томе да уговарачи осигурања уживају додатну заштиту према законима о уговору о осигурању и онда када не испуњавају услове да буду окарактерисани као потрошачи у смислу прописа потрошачког законодавства, тј. Закона о заштити потрошача.<sup>56</sup> О овом није довољно вођено рачуна, ни у Закону о осигурању, ни у Преднацрту ГЗ и не разликује се слабија уговорна страна, која не мора увек да буде потрошач осигурања, од потрошача осигурања.

Нови Закон о осигурању садржи одредбе о томе које информације осигуравач има обавезу да саопшти уговарачу осигурања пре закључења

50 Л. Беланић, *нав. чланак*, стр. 1361.

51 Члан 900 став 2 ЗОО.

52 Члан 901 ЗОО.

53 Члан 912 став 3 ЗОО.

54 П. Шулетић, *нав. чланак*, стр. 167.

55 Наташа Петровић Томић, „Неправичне клаузуле и Принципи европског уговорног права осигурања“, *Ревивија за право осигурања*, бр. 2/2014, доступно на адреси: <http://www.erevija.org/>, 10.9.2014, стр. 45.

56 *Ibid.*, стр. 46.

уговора о осигурању,<sup>57</sup> а које за време важења уговора о осигурању,<sup>58</sup> чиме су преузете одредбе из директива ЕУ о осигурању.<sup>59</sup> При том је за закључење уговора о неживотном осигурању предвиђен већи број информација који се мора саопштити уговарачу осигурања него у директивама ЕУ, и то без обзира да ли се ради о осигурању „масовних“ или „великих“ ризика. Предвиђена санкција није грађанскоправна, већ јавноправна,<sup>60</sup> а поред овога, одредбе које се тичу уговора о осигурању не би требало да се налазе у статусном закону, већ у прописима којима је регулисан сам уговор о осигурању.<sup>61</sup> Ипак, регулисање статусним законом ове материје оправдава се неопходношћу увођења ове обавезе осигуравача у наш правни систем, која не може да чека доношење Грађанског законика. Мада, и у Хрватској је ова материја регулисана статусним законом и није направљена разлика између „масовних“ и „великих“ ризика,<sup>62</sup> иако је законом дефинисано који се ризици сматрају „великим“. На сличан начин је регулисана обавеза предуговорног информисања и у Црној Гори.<sup>63</sup>

У Преднацрту ГЗ такође се налазе одредбе које предвиђају обавезу осигуравача на предуговорно информисање заинтересоване стране,<sup>64</sup> којима се прави разлика између информација које морају бити достављене код животног и неживотног осигурања,<sup>65</sup> али се обавеза проширује и на случај када уговарач неживотног осигурања није потрошач.<sup>66</sup> Ако

57 Члан 82 Закона о осигурању (Сл. *гласник РС*, бр. 139/2014).

58 Члан 83 Закона о осигурању.

59 Члан 43 Директиве Савета 92/49/ЕЕЗ од 18.6.1992. године о усклађивању закона и других прописа који се односе на директна осигурања осим животног осигурања и измени Директива 73/239/ЗЗЕ и 88/357/ЕЕЗ, *ОЈ Л* 228/1 од 11.8.1992. године и члан 36 и Анекс III Директиве 2002/83/ЕЗ Европског парламента и Савета од 5.11.2002. године о животном осигурању, *ОЈ Л* 345/1 од 19.12.2002. године.

60 Члан 260 став 1 тачка 30 Закона о осигурању.

61 Ј. Славнић, С. Јовановић, *нав. чланак*, стр. 19.

62 Члан 89 и 90 Закона о осигурању РХ.

63 Члан 80 Закона о осигурању Црне Горе. Опширнији упоредноправни преглед регулисања обавезе осигуравача на информисање вид. код: Ј. Славнић, С. Јовановић, *нав. чланак*, стр. 24–34.

64 Члан 1143 Преднацрта ГЗ.

65 У Преднацрту ГЗ није уједначена терминологија поделе осигурања и задржана је подела из ЗОО на осигурање лица и осигурање имовине, док се у неким члановима говори о животном и неживотним осигурањима, па би требало прихватити поделу која је актуелна у комунитарном праву на животно и неживотно осигурања, која је већ прихваћена у Закону о осигурању.

66 Законом о осигурању није на исти начин регулисана обавеза информисања као Преднацртом ГЗ, а и превиђен је већи број информација, као што је информација о ризицима покривеним осигурањем и искључењима у вези са тим ризицима (чл. 82

осигуравач прекрши обавезу информисања, и пре закључења уговора о осигурању и у току његовог трајања, санкција је иста – 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 закључења уговора о осигурању. У том случају осигураник има право на накнаду штете коју је претрпео због раскида уговора.<sup>67</sup> Из овако формулисане одредбе изводи се закључак да ако осигуравач није испунио обавезу информисања у току трајања уговора о осигурању пошто истекне рок од годину дана од дана закључења уговора, осигураник остаје без права да раскине уговор, као и права да тражи накнаду штете.

### 3. Одустанак од уговора

Право на одустанак од закљученог уговора о животном осигурању које је још Другом директивом животног осигурања уведено за уговоре о животном осигурању који се закључују у оквиру слободе пружања услуга, а касније проширено на све уговоре о животном осигурању,<sup>68</sup> у нашем праву признато је уговарачу осигурања, са једне стране, шире – не само за уговоре о животном осигурању, већ за сва осигурања где је уговарач осигурања потрошач, док се, са друге стране, примењује само код уговора закључених на даљину.<sup>69</sup> Рок за одустанак је хармонизован – 14 дана од дана закључења уговора, односно код уговора о осигурању живота на даљину у року од 30 дана од дана закључења уговора.<sup>70</sup> У хрватском праву је исто тако право на једнострано одустанак од закљученог уговора о осигурању предвиђено када је уговор закључен на даљину, али се не ограничава само на уговор о осигурању живота, већ се за уговоре о животном осигурању, као и за добровољно пензијско осигурање

став 1 тачка 4) и начину подношења и року прописаном за подношење одштетног захтева, односно за остваривање права по основу осигурања (чл. 82 став 1 тачка 8), па се поставља питање да ли ће осигуравачи, по усвајању законика бити дужни да поштују одредбе Закона о осигурању као *lex specialis* или Законика према правилу *lex posterior derogat lege priori*, ако законодавац не реши ову дилему.

67 Члан 1144 в Преднацрта ГЗ.

68 Члан 35 Директиве 2002/83/ЕЗ Европског парламента и Савета од 5.11.2002. године о животном осигурању, ОЈ Л 345/1 од 19.12.2002. године. Државама чланицама је остављена могућност да ово право искључе када је уговор закључен на период краћи од 6 месеци, или када уговарачу осигурања није потребна посебна заштита.

69 Члан 29 став 10 Закона о заштити потрошача.

70 Члан 29 став 10 Закона о заштити потрошача. Не може се једнострано раскинути уговор о осигурању путника или пртљага или други уговори о краткорочном осигурању који се закључују на период краћи од месец дана (члан 37 став 2 Закона о заштити потрошача).



предвиђа дужи рок од 30 дана, за разлику од општег рока који износи 14 дана.<sup>71</sup> И црногорски Закон о заштити потрошача је предвидео исте услове као и хрватско право за једнострани одустанак од уговора о осигурању.<sup>72</sup>

У Преднацрту ГЗ исто су се нашле одредбе о праву уговарача осигурања, када је он физичко лице које закључује уговор ван оквира његове комерцијалне или пословне делатности, на одустанак од уговора закљученог између одсутних страна у року од 14 дана од дана закључења уговора, односно 30 дана ако је у питању осигурање живота.<sup>73</sup> Овде се поставља питање да ли је потребно регулисати право потрошача осигурања на једнострани одустанак од уговора општим правилима о уговору о осигурању или треба да остане регулисано посебним законом о заштити потрошача.

#### 4. Општи и посебни услови осигурања

Корак уназад је направљен предлогом да се одреди садржај општих и посебних услова осигурања, посебно одредбом којом се надлежном органу који врши контролу делатности осигурања даје надлежност да може да прошири или смањи број обавезних састојака које општи и посебни услови осигурања треба да садрже, зависно од врсте осигурања и својства осигураних страна.<sup>74</sup> Битни елементи уговора о осигурању су већ прописани као обавезни елементи полисе. Отуда је прописивање елемената које општи услови треба да садрже, уколико није реч само о битним елементима, нерационално и супротно аутономији воље уговорних страна.<sup>75</sup>

Забрана претходног одобрења и контроле општих услова осигурања представља *acquis communautaire*, достигнут Трећом директивом неживотних осигурања, ради омогућавања конкуренције на јединственом тржишту.<sup>76</sup> Слобода одређивања тарифа била је основна идеја система директива треће генерације које су имале за циљ увођење конкуренције на тржиште осигурања.<sup>77</sup> Стога се не види разлог зашто би српско право ишло супротно од трендова комунитарног права, по-

71 Члан 87 став 1 Закона о заштити потрошача РХ (*Народне новине РХ*, бр. 41/14).

72 Члан 82 став 1 Закона о заштити потрошача Црне Горе (*Сл. лист ЦГ*, бр. 2/2014).

73 Члан 1152 Преднацрта ГЗ.

74 Члан 1148 став 2 Преднацрта ГЗ.

75 П. Шулетић, *нав. чланак*, стр. 170.

76 Члан 29 и 39 став 2 Директиве 92/49/ЕЕЗ.

77 Херман Коуси, „Стварање европског унутрашњег тржишта осигурања: сукоб различитих култура осигурања“, *Право осигурања Србије у транзицији ка европском*

готово што контрола услова осигурања и тарифа премија није до сада била предвиђена.<sup>78</sup> При том, спорна је надлежност и компетентност надзорног органа за одређивање садржине уговора о осигурању, поред тога што нису одређени услови на основу којих би надзорни орган проширивао или смањивао број обавезних састојака.

### III Закључак

Комунитарно право осигурања, с обзиром на скромне и споре почетке достигло је значајан степен развоја и усаглашености. Ово се посебно односи на статусно право осигурања, где је увођењем минималних стандарда хармонизације омогућен систем јединствене дозволе и надзора из једног центра. Хармонизација на овом пољу се наставља доношењем Директиве Солвентност II, чијом ће се применом ојачати стабилност пословања друштава за осигурање и тиме остварити њен главни циљ – заштита уговарача осигурања. Али, поред тога, ради стварног функционисања унутрашњег тржишта осигурања, потребно је да се настави започет процес хармонизације уговорног права осигурања држава чланица. Иако и сада овај циљ изгледа недостижно, треба имати у виду да је хармонизација прописа држава чланица који се односе на услове за обављање делатности осигурања трајала скоро четрдесет година, од Римског уговора све до доношења и имплементације директива треће генерације. И при том, она се и даље одвија и развија у новим правцима, како би се омогућио развој делатности осигурања уз пуну заштиту уговарача осигурања, првенствено када су у улози потрошача осигурања.

Уговорно право осигурања Уније је, осим по појединим питањима, још увек у домену академског рада. Имајући у виду трендове развоја, посебно узимање учешћа органа Уније у пројектима у овој области, може се очекивати њен бржи напредак. Стварно омогућавање грађанима држава чланица избора правог производа осигурања на тржишту без граница биће могуће тек када буду постојала иста правила која ће се применити на уговор о осигурању.

Тржиште осигурања у Србији је и даље затворено и неразвијено. Оно што је главна кочница развоја је неразвијена конкуренција друштава за осигурање. Пре свега, постоји мали број осигуравајућих друштва, која су при томе заштићена начелом територијалности, као начелом које је задржано и у новом Закону о осигурању. Измене у српском праву

---

(ЕУ) *праву осигурања*, Зборник радова, Удружење за право осигурања Србије, 2013, стр. 16.

78 Предраг Шулетић, *Право осигурања*, Београд, 2005, стр. 36–37 и 54.

осигурања, по угледу на европско право осигурања, неопходне су како би се омогућила пре свега заштита потрошачима осигурања, док ће право отварање тржишта осигурања Србије бити могуће тек по њеном приступању Европској унији и могућности обављања делатности у оквиру слободе оснивања и слободе пружања услуга.

**Milena VRANČIĆ, M.A.**

**PhD Student at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **INSURANCE CONTRACT IN THE DRAFT CIVIL CODE OF SERBIA IN THE LIGHT OF HARMONISATION OF INSURANCE CONTRACT LAW IN THE EUROPEAN UNION**

### **Summary**

*The paper analyses the state of insurance market in the European Union after implementation of three generations of Insurance Directives that enabled freedom of establishment and freedom to provide services, and reasons for failure of *aquis communautaire* to come to life the internal insurance market. Harmonisation of European insurance contract law is discussed as the differences in contract insurance law of the member states of the European Union are seen as the main obstacle to the achieving full liberalization of insurance market. Finally, Serbian insurance law is analysed, and the degree of harmonization with European insurance law. Also, the necessity of adopting *aquis* of insurance law is denoted, in order to contribute to the development of insurance business.*

**Key words:** *harmonization of insurance law in EU, insurance contract law of European Union, Principles of European Insurance Contract Law, Draft Civil Code of the Republic of Serbia, harmonization of Serbian insurance law with EU insurance law.*

**Милош РАДОВАНОВИЋ**  
правни заступник у Удружењу осигуравача Србије  
– Гарантном фонду

## РЕГРЕСНО ПРАВО ГАРАНТНОГ ФОНДА ПРЕМА ШТЕТНИКУ ПО ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА И ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ

### Резиме

Сврха Гарантног фонда јесте економска заштити оштећених лица од последица саобраћајне незгоде. Оштећеном накнаду штеће солидарно доују Гарантни фонд и штећеник. Одредбе Закона о осигурању имовине и лица и Закона о обавезном осигурању у саобраћају нису уредиле регресно право Гарантног фонда према штећенику. Међушим, те одредбе не искључују примену општих правила грађанског права. Одредбе о регресу испуниоца солидарне обавезе према садужнику, садржане су у Закону о облигационим односима и у Преднацију Грађанског законика. Регресно право Гарантног фонда према штећенику утемељено је у тим одредбама. Штећеник треба да одговара за штету коју је проузроковао и која није покривена осигурањем, чак и ако неко други уместио неће обештећи оштећено лице. Становише да Гарантни фонд има регресно појраживање према штећенику, у складу је са сврхом по фонда. Супошан став ја претвара у инстицију, која без накнаде штећенику јржу заштити од одговорности.

**Кључне речи:** осигурање, обавезно осигурање у саобраћају, осигурање од аутоодговорности, Гарантни фонд, регрес, накнада штеће.

## I Увод

„Без обзира на то што је законом установљена дужност закључења уговора о осигурању од аутоодговорности, што су прописане казне за лица која не испуне ову дужност, што се регистрација моторног возила не може извршити ако није извршено осигурање – има случајева када се после саобраћајне незгоде установи да је штета проузрокована употребом возила које није обухваћено осигурањем.“<sup>1</sup>

Правни институт Гарантног фонда, познат у низу земаља, треба да обезбеди пуну заштиту оштећених лица онда када то обавезно осигурање од аутоодговорности не омогућава. Гарантни фондови установљени су у различитим статусним облицима, али увек са циљем заштите оштећених у саобраћају.<sup>2</sup> Тај циљ детерминише круг субјеката који имају права према Гарантном фонду. Овај фонд не би требало да штити лица која су ван тог круга, а одговорна су за штету по било ком основу.

Питање регреса Гарантног фонда веома је значајно. Циљ због кога је установљено регресно право Гарантног фонда, јесте да терет накнаде штете падне на лице које је одговорно за штету, односно на лице које је штету проузроковало. Домаћи пропис који уређује овај фонд не посвећује довољно пажње питању регреса. Ни Закон о осигурању имовине и лица<sup>3</sup> (у даљем тексту: ЗОИЛ), ни Закон о обавезном осигурању у саобраћају<sup>4</sup> (у даљем тексту: ЗООС) не уређују однос између Гарантног фонда и штетника.

Судска пракса није успела да заштити принцип по коме штетник сноси накнаду штете, у случајевима када поред његове одговорности постоји и одговорност Гарантног фонда. Неке пресуде позивају се на одредбе о регресном праву Гарантног фонда, али истовремено осујећују сврху ради које је то право установљено. По Општем делу Преднацрта Грађанског законика Републике Србије<sup>5</sup> (у даљем тексту: Грађански законик – Општи део) ово би се могло сматрати изигравањем закона.<sup>6</sup>

1 Предраг Шулетић, Ивица Јанковец, Добросав Огривовић, Бранко Рајичић, *Закон о осигурању имовине и лица – Коментар*, Београд 1996, стр. 200.

2 П. Шулетић, „Гарантни фонд у новом Закону о обавезном осигурању у саобраћају“, *Правни живои*, бр. 10/2004, стр. 933.

3 „Службени лист СРЈ“, бр. 30/96, 57/98, 21/99, 53/99 и 55/99 и „Службени гласник РС“, бр. 55/04, 51/09 и 93/12.

4 „Службени гласник РС“, бр. 51/09, 78/11, 101/11, 93/12 и 7/13.

5 Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, „Преднацрт – Грађански законик Републике Србије – Прва књига општи део“, Београд, 2014.

6 Чланом 18 Грађанског законика – Општи део прописије да је свако право признато законом ради постизања одређеног циља (став 1) и да је противно основном пра-

У упоредном праву постоје законска решења којима је питање регреса Гарантног фонда уређено на правичнији и целисходнији начин. Немачки Закон о обавезном осигурању за држаоце моторних возила<sup>7</sup> у члану 12 став 6 предвиђа да право оштећеног на накнаду штете према држаоцу, власнику или возачу моторног возила, као и право оштећеног или држаоца, власника или возача, на накнаду штете према било ком лицу, прелази на Одштетни фонд (немачки Гарантни фонд), ако је тај фонд оштећеном накнадио штету.

Регресно право оваквог фонда постоји и у Републици Хрватској. Одредбом члана 44 став 10 Закона о обавезним осигурањима у промету Републике Хрватске<sup>8</sup> прописано је да Хрватски уред за осигурање има право да се, за износ исплаћен из средстава Гаранцијског фонда, регресира од особе која је одговорна за штету.

Наведена решења из упоредног права спречавају да дође до изигравања сврхе због које је регресно право Гарантног фонда установљено. Оваква законска решења омогућавају да економски терет штете, која није покривена обавезним осигурањем, увек сноси лице које је штету проузроковало.

Могу се јавити извесне недоумице у погледу питања којим одредбама је данас у Србији уређен Гарантни фонд као правни институт. Није најјасније да ли су то одредбе чл. 99–107 ЗОИЛ или одредбе чл. 73–96 ЗООС. Из прелазних одредаба ЗООС произлази да послове Гарантног фонда данас у нашој земљи обавља Удружење осигуравача Србије, у складу са прописима који су били на снази пре ступања на снагу ЗООС, односно у складу са наведеним одредбама ЗОИЛ.<sup>9</sup> Стога ће се у овом раду термин Гарантни фонд односити на Гарантни фонд у смислу ЗОИЛ – Гарантни фонд при Удружењу осигуравача Србије,<sup>10</sup> а не Гарантни фонд у смислу ЗООС.

---

вилу понашања у друштву позивање на слово закона да би се осујетило постизање његове сврхе.

7 *Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter (Pflichtversicherungsgesetz)* објављен у немачком службеном гласилу *Bundesgesetzblatt* 5. априла 1965. године, са изменама и допунама објављеним у немачком службеном гласилу *Bundesgesetzblatt* 24. априла 2013. године.

8 „Народне новине“, бр. 151/05, 36/09, 75/09 и 76/13.

9 Вид. Народна банка Србије, Народна банка није надлежна за надзор постојећег Гарантног фонда, доступно на адреси: <http://www.nbs.rs/internet/cirilica/scripts/showContent.html?id=7779&konverzija=no>, прочитано 13.12.2014. године.

10 Постојећи Гарантни фонд није посебно правно лице већ организациона јединица унутар Удружења осигуравача Србије. Вид. члан 5 став 1 тачка 3 Правилника о систематизацији радних места у Удружењу осигуравача Србије од 22. маја 2012. године, са изменама и допунама од 5. новембра 2012. године, 19. новембра 2012. године, 27. новембра 2012. године и 12. фебруара 2013. године.

Домаћи судови, без обзира што се ЗОИЛ (а ни ЗООС) не изјашњава о праву Гарантног фонда на регрес према возачу одговорном за штету, требало би да заузму становиште да постоји регресно право Гарантног фонда према том лицу. Правила тумачења, која су предвиђена Општим делом Грађанског законика, могу нас довести до тог становишта.<sup>11</sup> Основаност захтева Гарантног фонда према штетнику произлази из права испуниоца солидарне обавезе да се регресира од свог садужника. Опште правило о регресу испуниоца солидарне обавезе садржано је у Закону о облигационим односима,<sup>12</sup> а и у делу Преднацрта Грађанског законика Републике Србије који уређује Облигационе односе<sup>13</sup> (у даљем тексту: Грађански законик – Облигациони односи).

ЗОО и Грађански законик – Општи део утврђују начело забране проузроковања штете.<sup>14</sup> Онај ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је.<sup>15</sup> Стога штетник не би требало да буде ослобођен одговорности у случају кад је накнаду штете оштећеном лицу исплатио Гарантни фонд.

## II Правичност и регресни захтев Гарантног фонда према штетнику

Штету која није покривена осигурањем, а коју је оштећеном лицу накнадило осигуравајуће друштво, према Грађанском законнику – Облигациони односи сноси осигураник или друго лице које је штету проузроковало.<sup>16</sup> Овакво законско решење засновано је на принципу да штету, која није покривена осигурањем од одговорности, сноси штетник. Наведени принцип није споран. Истицање регресног захтева према штетнику омогућава да се тај принцип оствари.

Гарантни фонд пружа економску заштиту путницима и оштећеним лицима, онда када систем обавезног осигурања у саобраћају није довољан. Из средстава тог фонда надокнађује се штета проузрокована моторним возилом за које није закључен уговор о обавезном осигурању, моторним возилом које није познато и моторним возилом за које је

11 Вид. члан 10 Грађанског законика – Општи део.

12 „Службени лист СФРЈ“, бр. 28/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99.

13 Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, „Преднацрт – Грађански законик Републике Србије – Друга књига облигациони односи“, Београд, 2014.

14 Вид. члан 16 ЗОО и члан 16 Грађанског законика – Општи део.

15 Вид. члан 154 став 1 ЗОО и члан 109 Грађанског законика – Облигациони односи.

16 Вид. члан 1197 Грађанског законика – Облигациони односи.

уговор о обавезном осигурању закључен са осигуравајућим друштвом у стечају.<sup>17</sup> Дакле, из тих средстава надокнађује се штета која би требало да буде покривена обавезним осигурањем од одговорности, али која је из неких фактичких разлога ипак остала непокривена осигурањем.

Гарантни фонд финансира се издвајањем доприноса из премије обавезних осигурања од одговорности и из средстава остварених од регресних захтева.<sup>18</sup> То значи да економски терет штета, које нису покривене обавезним осигурањем, у крајњој линији носе или лица које те штете нису проузроковала али су се уредно осигурала, или лица која такве штете проузрокују али се нису осигурала. Није правично да штету, уместо лица које ју је проузроковало, носе лица која штету нису проузроковала а закључила су уговор о осигурању. Стога регресно право Гарантног фонда према штетнику доприноси остварењу правичности.

Правни однос између Гарантног фонда и штетника није уређен одредбама посебног закона. Између тог правног односа и односа између осигуравајућег друштва и штетника, који је проузроковао штету која није покривена осигурањем, има сличности. Грађански законик – Општи део прихвата законску аналогију као метод попуњавања правних празнина.<sup>19</sup> Стога се правила о регресном захтеву осигуравача према штетнику, у случају када је осигуравач накнадио штету која није покривена осигурањем, могу применити и на регресни захтев Гарантног фонда према штетнику.

### III Регресно право Гарантног фонда према власнику неосигураног моторног возила

Одштетно право карактерише плуралитет основа одговорности, а под тиме се подразумева да постоји више разлога на којима се може темељити одговорност за штету.<sup>20</sup> Дакле, једно лице може одговарати за исту штету по различитим правним основама (нпр. по основу кривце и као ималац опасне ствари). Такође, за штету проузроковану у једном штетном догађају може постојати одговорност више лица, а из другачијих разлога.

За штету проузроковану неосигураним моторним возилом оштећеном ће одговарати најмање два лица. То су возач – штетник, који је

17 Вид. члан 99 ЗОИЛ и члан 76 ЗООС.

18 Вид. члан 100 ЗОИЛ.

19 Вид. члан 12 Грађанског законика – Општи део.

20 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд 2013, стр. 10.



истовремено власник возила, и Гарантни фонд. Дужника накнаде штете проузроковане неосигураним моторним возилом може бити и више. До тога ће доћи ако штетник није истовремено и власник возила којим је штета проузрокована. Тада оштећени има право да захтева накнаду од возача – штетника (по основу кривице), власника моторног возила којим је штета проузрокована (по основу одговорности за опасну ствар) и од Гарантног фонда (по основу одредаба ЗОИЛ).

Сваки од ових дужника накнаде штете има обавезу према оштећеном лицу да сам ту штету накнади. То значи да је њихова одговорност солидарна. У пасивним солидарним облигацијама постоје две врсте односа. Први – однос између повериоца и солидарних дужника и други – интерни (регресни) однос између самих дужника. Испуњењем од стране једног солидарног дужника облигациони однос између повериоца и свих дужника се гаси.<sup>21</sup> Истовремено може настати право дужника, који је испунио обавезу, да се регресира од његових садужника. Право на регрес јесте право на враћање новца који је исплаћен уместо другог лица, које је по неком основу било дужно да то плаћање изврши. Оно се оправдава чињеницом да је сваки солидарни дужник обавезан да сноси само онај део обавезе који на њега пада по интерном правном односу.<sup>22</sup>

Право Гарантног фонда да се регресира од власника моторног возила, за које није закључен уговор о обавезном осигурању од одговорности, никада није било спорно. Постоји експлицитна одредба која то право предвиђа.<sup>23</sup>

Судска пракса не двоуми се око питања да ли овај фонд, након што исплати накнаду штете оштећеном лицу, има право регреса према власнику неосигураног возила којим је штета причињена. „Тужилац је у конкретном случају исплатио оштећеном накнаду штете проузроковане неосигураним моторним возилом, па је стекао право да истакне регресни захтев и то према првотуженом као власнику моторног возила.“<sup>24</sup>

#### IV Регресни захтев штетника према Гарантном фонду

Оштећени ће скоро увек када има право на накнаду штете из средстава Гарантног фонда, изабрати да се намири из тих средстава.

21 Слободан Перовић, у: Слободан Перовић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, стр. 831.

22 Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978, стр. 1416.

23 Вид. члан 104 став 2 ЗОИЛ. Идентична одредба садржана је и у члану 91 став 2 ЗООС.

24 Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 173/2014 од 27. фебруара 2014. године.

Међутим, у неким случајевима оштећени ће накнаду штете наплатити директно од штетника. Дешавало се да штетник, након што се оштећени од њега наплати, поднесе регресну тужбу против Гарантног фонда.

Такви парнични поступци били су покретани у случајевима када је штета проузрокована возилом које је било осигурано, али код осигураваача над којим је покренут стечај. Тада може бити рационално да оштећени накнаду захтева од штетника, а не од осигуравајућег друштва или Гарантног фонда. Осигуравајуће друштво, у таквој ситуацији, нема довољно средстава да штету накнади, а потраживање према Гарантном фонду доспева тек даном закључења стечајног поступка.<sup>25</sup>

Начин функционисања Гарантног фонда сличан је обавезном осигурању у саобраћају по томе што оштећени остварује своје право директно од фонда, а не од непосредно одговорног лица.<sup>26</sup>

Постоји сличност између Гарантног фонда и обавезног осигурања од одговорности за штету проузроковану моторним возилом. И један и други правни институт служе економској заштити оштећеног лица – жртве саобраћајне незгоде. Међутим, сличност између циљева ова два правна института ту се завршава. „Задатак и улога осигурања од одговорности услед употребе моторног возила је заштита двоструких интереса – интереса штетника и интереса оштећеног.“<sup>27</sup> Обавезно осигурање у саобраћају представља и инструмент заштите власника и возача моторног возила од последица одговорности за штету.<sup>28</sup> Кауза обавезе осигураваача из уговора о осигурању од одговорности јесте премија осигурања коју наплаћује од штетника, односно осигураника. Гарантни фонд од штетника не прима никакву противчинидбу. Стога не постоји правни основ да исплатом накнаде штете из средстава овог фонда, штетник буде ослобођен грађанске одговорности.

„Средства Гарантног фонда образују се у циљу обезбеђења максималне заштите путника и трећих оштећених лица од негативних последица стечаја осигуравајуће организације са којом је штетник закључио уговор о обавезном осигурању, односно штете настале употребом неосигураног или непознатог моторног возила. Стога и право намирена

25 Правно схватање утврђено на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 7. октобра 2002. године и 9. децембра 2002. године, *Билтен Врховног суда Србије*, бр. 4/2002, стр. 103. Ово правно становиште потврђено је у низу пресуда, нпр. пресуди Врховног касационог суда Рев. 1024/14 од 27. новембра 2014. године.

26 Здравко Петровић, Вељко Кнежевић, *Накнада штетних последица у саобраћајној незгоди*, Београд, 2009, стр. 63.

27 Наташа Петровић, „Међународно осигурање од аутоодговорности“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2006, стр. 100.

28 Јасна Пак, *Право осигурања*, Београд, 2013, стр. 247.

ненакнађеног дела штете из стечајне масе, или штете причињене непознатим или неосигураним возилом, припада само тим лицима.<sup>29</sup>

Најзначајнија пресуда, донета поводом регресног захтева постављеног према Гарантном фонду, свакако је пресуда Врховног суда Србије Пзз. 5/2004 од 1. априла 2004. године. Ова пресуда није донета поводом регресног захтева штетника постављеног према Гарантном фонду. Међутим, њен значај је велики због тога што је овом пресудом дефинитивно утврђен став да је право на накнаду из средстава Гарантног фонда признато само оштећенима.<sup>30</sup>

Став који је заузет у претходно поменутој пресуди, Врховни суд Србије следио је и приликом доношења пресуде Гзз. 7/2005 од 16. јуна 2005. године. У наведеној пресуди из 2005. године Врховни суд Србије конкретно се одредио о праву штетника на регрес од Гарантног фонда. „Право на накнаду штете из средстава Гарантног фонда могу остварити оштећена лица којима је штета причињена употребом моторних возила, уз испуњеност и посебних услова за активирање супсидијарне одговорности Гарантног фонда... Пошто тужилац нема својство оштећеног лица, јер је он кривац за штету – штетник, његов захтев није основан“.<sup>31</sup>

Дилема о основаности регресног захтева штетника према Гарантном фонду не постоји ни у пракси нижих судских инстанци.<sup>32</sup>

Гарантни фонд и штетник јесу солидарни дужници накнаде штете. Испунилац обавезе има право захтевати од свог садужника да му накнади обавезу која на њега пада.<sup>33</sup> Дефинитивно је утврђено да се регресни однос не активира када је штетник испунилац. Према томе, штетник је солидарни дужник на кога обавеза накнаде штете пада. Стога, Гарантни фонд, у случају када је испунилац обавезе према оштећеном лицу, има регресно потраживање према штетнику.

---

29 Драгиша Слијепчевић, „Могућност остварења регресног права осигуравача из средстава Гарантног фонда“, *Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања*, Зборник радова Удружења за одштетно право, Будва 2004, доступно на адреси:, прочитано 2. јануара 2015. године, стр. 318.

30 Вид. пресуду Врховног суда Србије Пзз. 5/2004 од 1. априла 2004. године.

31 Пресуда Врховног суда Србије Гзз. 7/2005 од 16. јуна 2005. године.

32 Вид. пресуду Окружног суда у Шапцу Гж. 718/2005 од 11. маја 2006. године, пресуду Окружног суда у Крушевцу Гж. 207/2007 од 30. јануара 2007. године и пресуду Окружног суда у Новом Саду Гж. 5205/2006 од 17. јануара 2008. године.

33 Вид. члан 423 став 1 ЗОО и члан 391 Преднацрта Грађанског законика – Облигациони односи.

## **V Регресно право Гарантног фонда према штетнику у случају штете проузроковане неосигураним моторним возилом**

Судска пракса има јединствен став о регресном захтеву штетника према Гарантном фонду. Међутим, судови немају усаглашен став о питању регресног права Гарантног фонда према штетнику. Сагласност о овом питању не постоји због тога што се ЗОИЛ експлицитно одредио о регресном праву Гарантног фонда према власнику, али не и према возачу неосигураног моторног возила.

Принцип да штету сноси лице коју је штету скривило треба да буде заштићен, чак и ако оштећени има право на накнаду из средстава Гарантног фонда. Уколико би превладао став да регресно право према штетнику не постоји, штетник би био ослобођен грађанскоправне одговорности. Гарантни фонд би се тада претворио у институт који штити непажљиве возаче нерегистрованих аутомобила. Терет накнаде штете који они проузрокују, пао би на заједницу лица која уредно осигуравају возила.

Новија пракса Апелационог суда у Београду заснива се на ставу да Гарантни фонд нема регресно право према штетнику. Тај суд је, приликом доношења решења Гж. 5728/2012 од 22. јануара 2014. године, оценио да се Гарантни фонд не може регресирати од туженог, због тога што тужени није био власник неосигураног возила којим је причињена штета, већ је „само управљао тим возилом“.<sup>34</sup> Апелациони суд у Београду резолувао је на идентичан начин у низу пресуда.<sup>35</sup>

Другостепени судови доносили су и одлуке које се темеље на становишту да Гарантни фонд има право да се регресира од лица које је, управљајући неосигураним моторним возилом проузроковало штету.<sup>36</sup>

Правни став да Гарантни фонд има право регреса према штетнику, свакако је правичнији од става да се штетник ослобађа обавезе накна-

34 Решење Апелационог суда у Београду Гж. 5728/2012 од 22. јануара 2014. године.

35 Нпр. пресуда Апелационог суда у Београду Гж. 1800/2013 од 13. марта 2013. године, пресуда Апелационог суда у Београду Гж. 7566/11 од 23. новембра 2012. године, пресуда Апелационог суда у Београду Гж. 2836/2012 од 14. фебруара 2013. године и пресуда Апелационог суда у Београду Гж. 7697/12 од 6. фебруара 2013. године.

36 Пресудом Вишег суда у Крушевцу Гж. 503/2013 од 10. децембра 2013. године потврђена је првостепена пресуда којом је обавезан возач да Гарантном фонду рефундира износ исплаћен оштећеним лицима. Апелациони суд у Новом Саду, приликом доношења решења Гж. 1763/13 од 24. јула 2013. године оценио је да „тужени одговара по основу кривице за штету из ког основа Гарантни фонд црпи основаност потраживања, па је погрешан правни закључак првостепеног суда да тужени није одговоран за штету јер није власник возила.“

де штете у случају да Гарантни фонд обештети непосредно оштећеног. Утемељење правичнијег становишта не лежи у одредабама ЗОИЛ. Оно произлази из општијих правила облигационог права.

На правни однос Гарантног фонда и штетника треба применити одредбе облигационог права о регресу испуниоца солидарне обавезе. То омогућавају правила о тумачењу закона, попуњавању правних празнина и забрани изигравања сврхе закона. Она су садржана у Грађанском законнику – Општи део. Међутим, она се као начела грађанског права могу примењивати и пре него што законик ступи на снагу.

## **VI Регресно право Гарантног фонда према штетнику у случају штете проузроковане непознатим моторним возилом**

Средства Гарантног фонда користе се и за накнаду штете због смрти, повреде тела или нарушавања здравља проузроковане употребом непознатог моторног возила.<sup>37</sup> Оштећени, у таквим случајевима, има право на накнаду штете од лица које је штету проузроковало и од имаоца возила којим је штета нанета. Међутим, није познато ко су та лица. Стога фактички није могуће да се од њих захтева накнада штете.

Дужник накнаде штете проузроковане непознатим моторним возилом јесте Гарантни фонд. Ако Гарантни фонд испуни обавезу према оштећеном, а након тога се идентификује возило којим је штета проузрокована, фонд стиче право регреса од осигуравајућег друштва код кога је возило осигурано.<sup>38</sup>

Међутим, у одређеним крајње изузетним случајевима, могуће је да се утврди идентитет возача који је непознатим возилом проузроковао штету, а да то возило не буде откривено. Такав случај постоји у пракси Гарантног фонда.<sup>39</sup>

Законодавац није предвидео ситуацију да се идентификује возач који је проузроковао штету, а да возило којим је штета проузрокова-

37 Вид. члан 99 став 2 тачка 2 и члан 105 став 1 ЗОИЛ.

38 Вид. члан 105 став 2 ЗОИЛ.

39 Поступак пред Гарантним фондом у предмету Гф-00978/14 покренут је поводом саобраћајне незгоде која се догодила у Београду 2014. године. У тој незгоди једна особа је изгубила живот. Возач који је изазвао удес напустио је лице места, али је накнадно идентификован. После критичног догађаја он је побегао у иностранство. Тамо је откривен, лишен слободе и изручен Републици Србији. Међутим, аутомобил којим је саобраћајна незгода изазвана, никада није пронађен нити је идентификован. Сродници погинуле особе обратили су се Гарантном фонду одштетним захтевом. Њихов захтев утемељен је на чињеници да је штета проузрокована непознатим моторним возилом.

на остане непознато. Због тога ЗОИЛ, не садржи одредбу која предвиђа право регреса Гарантног фонда према возачу који непознатим возилом проузрокује штету.

Становиште да регресно право Гарантног фонда извире једино из експлицитних одредаба ЗОИЛ, ослобађа грађанске одговорности возача непознатог моторног возила.

Возачу непознатог возила, који је напустио лице места саобраћајне незгоде а није дао податке о возилу којим је изазвао незгоду, треба изрећи одговарајућу санкцију. Кривични суд би требало да му изрекне кривичну санкцију, а грађански суд грађанску санкцију – накнаду штете. Економски терет његове штетне радње треба он сам да сноси, у мери у којој је то могуће с обзиром на његову целокупну имовину.

Поступци возача непознатог моторног возила идентични су поступцима возача познатог и осигураног моторног возила, који након саобраћајне незгоде напусти место догађаја без остављања релеватних података. Сагласно одредби члана 29 став 1 тачка 7 ЗООС<sup>40</sup> и општим условима пословања,<sup>41</sup> осигуравајуће друштво тада има регресно потраживање према возачу познатог и осигураног моторног возила.

Став да Гарантни фонд нема регресно потраживање према штетнику, у случају када је штета проузрокована непознатим моторним возилом, подстиче штетника да прикрива податке о возилу којим је штета проузрокована. Наиме, ако би открио податке о возилу и осигурању, осигуравач би накнадио штету оштећеним лицима. После би тај осигуравач истакао регресни захтев према штетнику, јер је напустио лице места.

Међутим, уколико би возило којим је штета проузрокована остало непознато, штета би била надокнађена од стране Гарантног фонда. Даље, Гарантни фонд не би имао регресно потраживање према возачу непознатог возила, јер ЗОИЛ изричито не предвиђа регресно право у том случају.

40 Осигурано лице губи права из осигурања ако је возач после саобраћајне незгоде напустио место догађаја, а да није оставио своје личне податке и податке о осигурању.

41 „Компанија Дунав осигурање“ а.д.о. Београд, *Услови за обавезно осигурање власника моторних возила од одговорности за штећу причињену трећим лицима*, члан 5, доступно на <http://www.dunav.com/sites/default/files/Uslovi%20-%20Osigranje%20motornih%20vozila.pdf>, прочитано 20. децембра 2014. године; „Аха осигурање“ а.д.о. Београд, *Услови за обавезно осигурање власника моторних возила од одговорности за штећу причињену трећим лицима (аутоодговорност)* од 24. децембра 2012. године, члан 5, доступно на <http://www.axa.rs/repository/uploads/2014/08/uslovi-autoodgovornost.pdf>, прочитано 20. децембра 2014. године; „Wiener Städtische осигурање“ а.д.о. Београд, *Услови за обавезно осигурање власника моторних возила од одговорности за штећу причињену трећим лицима* од 11. децембра 2014. године.

Врховно начело грађанског права јесте савесност и поштење.<sup>42</sup> Правни ставови требало би да теже правичности, а не да подстичу непоштене активности. Становиште, по коме Гарантни фонд има регресно потраживање само онда када је то изричито предвиђено одредбама ЗОИЛ, доводи до неправичних резултата. Критиковано становиште омогућава да штетник има користи од свог непоштења – прикривања података о возилу.

## **VII Регресни захтев Гарантног фонда према штетнику у случају штете проузроковане моторним возилом осигураним код осигуравајућег друштва у стечају**

### **1. Регресно право Гарантног фонда у случају губитка права из осигурања**

Постоји разлика између возача, који управља неосигураним моторним возилом, и возача који управља моторним возилом осигураним код осигуравајућег друштва над којим је покренут стечај. Возач неосигураног моторног возила, самим учествовањем у саобраћају, чини повреду прописа.<sup>43</sup> Возач моторног возила осигураног код осигуравајућег друштва у стечају, поступа у складу са прописима. Уговор о обавезном осигурању од одговорности, у случају стечаја осигуравајућег друштва, остаје на снази до истека времена на који је закључен.<sup>44</sup>

Постоје одређени случајеви када ће возач уредно осигураног аутомобила, због сопствених пропуста, изгубити права из уговора о осигурању. Тада ће он имати регресну обавезу. Ти случајеви у закону су таксативно набројани (између осталог: када возач управља аутомобилом под дејством алкохола, када нема возачку дозволу или када напусти лице места),<sup>45</sup> као и у општим условима пословања осигуравајућих друштава.<sup>46</sup>

42 Вид. члан 3 Грађанског законика – Општи део.

43 Возач је, према одредби члана 8 став 1 ЗООС, дужан да за време употребе превозног средства у саобраћају код себе има полису осигурања или други доказ о закљученом уговору о обавезном осигурању. Возачу који за време употребе превозног средства нема полису осигурања нити други доказ о закљученом уговору о обавезном осигурању од одговорности, може бити изречена прекршајна казна на основу члана 101 став 1 тачка 1 ЗООС.

44 Вид. решење Привредног апелационог суда Пж. 4643/2010 од 25. октобра 2010. године.

45 Вид. члана 29 став 1 ЗООС.

46 Вид. „Компанија Дунав осигурање“ а.д.о. Београд, *Услови за обавезно осигурање власника моторних возила од одговорности за шtetу иричињену трећим лицима*, члан

Оштећено лице има сопствено право и могућност директне тужбе према осигуравачу.<sup>47</sup> Његов положај ни мало се не погоршава у случају да дође до губитка права из осигурања.<sup>48</sup> Оштећено лице и даље има исте солидарне дужнике накнаде штете. Стога има потраживање према осигуравајућем друштву.

Међутим, међусобни (регресни) односи дужника накнаде штете, у случајевима губитка права из осигурања, јесу промењени. Осигуравајуће друштво тада нема обавезу према возачу да га ослободи одговорности за штету коју је проузроковао. Возач то своје облигационо право према осигуравајућем друштву губи, због сопствених поступака набројаних у закону и општим условима пословања. С обзиром да је изгубио право из уговора о осигурању, штета није покривена осигурањем. Осигуравач тада има право регреса према лицу које је проузроковало штету.

Регресна обавеза штетника према осигуравајућем друштву темељи се на чињеницама које доводе до губитка права из осигурања. Због тога се може помислити да се и регресна обавеза Гарантног фонда према штетнику заснива на истим чињеницама.

Постоји битна разлика између штете за коју осигуравач одговара по основу уговора о осигурању од одговорности и штете за коју одговара Гарантни фонд. Осигуравајуће друштво надокнађује штету која је покривена осигурањем. Само у изузетним случајевима осигуравач ће накнадити штету која није покривена осигурањем. Међутим, из средстава Гарантног фонда исплаћује се накнада штете која није покривена осигурањем. Због ове разлике Гарантни фонд има регресно потраживање и у ситуацијама када осигуравајуће друштво такво потраживање не би имало.

Возач аутомобила осигураног од одговорности код осигуравајућег друштва над којим је покренут стечај, права из уговора о осигурању има само према том осигуравајућем друштву. Он ће наведена права моћи да оствари у мери у којој ограничена средства његовог осигуравача – стечајног дужника, то дозвољавају. Своје потраживање из уговора

5, доступно на <http://www.dunav.com/sites/default/files/Uslovi%20-%20Osiguranje%20motornih%20vozila.pdf>, прочитано 20. децембра 2014. године; „Аха осигурање“ а.д.о. Београд, *Услови за обавезно осигурање власника моторних возила од одговорности за штећу причињену трећим лицима (аутоодговорност)* од 24. децембра 2012. године, члан 5, доступно на <http://www.axa.rs/repository/uploads/2014/08/uslovi-autoodgovornost.pdf>, прочитано 20. децембра 2014. године; „Wiener Städtische осигурање“ а.д.о. Београд, *Услови за обавезно осигурање власника моторних возила од одговорности за штећу причињену трећим лицима* од 11. децембра 2014. године.

47 Вид. члан 941 ЗОО и члан 1196 Грађанског законика – Облигациони односи.

48 Вид. члан 29 став 2 ЗООС.



о осигурању, у мањој или већој мери, неће моћи да оствари, јер је осигуравач у „посебном финансијском стању које га онемогућава да уредно извршава уговорне и законске обавезе“.<sup>49</sup> Негативне последице стечаја погађају возача, иако је поштовао прописе о обавезном осигурању у саобраћају. То на први поглед може изгледати неправично. Међутим, то је оправдано, јер штетне последице стечаја погађају повериоце стечајног дужника. Стога ће возач своја права из уговора о осигурању нужно изгубити (у мањем или већем обиму), ако осигуравач падне под стечај. Штета која не може да се надокнади из стечајне масе, није покривена осигурањем.

Правни однос између штетника и Гарантног фонда није уређен уговором о осигурању. Гарантни фонд није страна у том уговору. Штетник право из уговора о осигурању може имати само према лицу које је исти закључило, односно према лицу које је уговором преузело обавезу. Обавезу уговором о осигурању преузима осигуравајуће друштво, а не Гарантни фонд. Штетник не може изгубити права према Гарантном фонду, јер из уговора о осигурању не произлазе права према Гарантном фонду. Стога чињеница која доводи до губитка права из осигурања нпр. да је штетник управљао аутомобилом под дејством алкохола, не може бити основ његове регресне обавезе према Гарантном фонду.

Регресно право Гарантног фонда према штетнику или постоји увек када је штета накнађена из средстава тог фонда или никад не постоји. Половично решење, по коме регресно право Гарантног фонда постоји само ако наступе околности због којих би и осигуравајуће друштво имало право регреса, није одрживо.

## **2. Регресно право Гарантног фонда у случају када нема губитка права из осигурања**

Виши суд у Београду пресудом Гж. 6195/2012 од 29. маја 2014. године потврдио је првостепену пресуду којом је возач обавезан да намири регресно потраживање Гарантног фонда због тога што „одговорност туженог возача произлази из чињенице да је он непосредно скривио штету“.<sup>50</sup>

У судској пракси било је и другачијих пресуда. Исти суд у пресуди Гж. 2174/2010 од 14. јуна 2012. године наводи: „Може се закључити да је основни циљ, односно сврха установљавања Гарантног фонда економска заштита оштећених лица у тачно прописаним ситуацијама,

49 Д. Слијепчевић, „Стечајни разлог и покретање стечајног поступка над друштвом за осигурање“, *Правни информатор*, бр. 2/2008, стр. 4.

50 Пресуда Вишег суда у Београду Гж. 6195/2012 од 29. маја 2014. године.

које је предвидео законодавац одредбом члана 99. став 2 ЗОИЛ, каква је и у конкретном случају. Међутим, како не постоји изричита законска одредба којом би била прописана могућност Гарантног фонда (овде тужиоца) да оствари право регреса према лицу које је проузроковало штету, коју је тужилац из својих средстава надокнадио оштећеном јер је над осигуравајућим друштвом штетника закључен стечајни поступак, то тужилац с обзиром на сврху због које је основан, односно ради заштите трећих лица од негативних последица штетног догађаја... нема право регреса од било ког лица, па ни од лица које је проузроковало настанак штете.<sup>51</sup>

Сврха Гарантног фонда јесте правно утемељен разлог због кога треба одбити регресни захтев постављен према Гарантном фонду. Она не може бити основ за одбијање регресног захтева фонда према штетнику. Регресно право Гарантног фонда доприноси остварењу његовог циља, јер се регресним захтевима прикупљају новчана средства из којих се намирају потраживања оштећених лица. Виши суд у Београду позвао се у образложењу цитиране пресуде на сврху Гарантног фонда. Међутим, пресудио је као да је сврха Гарантног фонда нешто сасвим друго – заштита штетника од одговорности.

Детаљни разлози због којих Гарантни фонд не може имати право регреса према штетнику изнети су у пресуди Апелационог суда у Београду Гж. 14675/10 од 27. јуна 2012. године. „Гарантни фонд може остварити право регреса по члану 104 став 2 ЗОИЛ у односу на власника неосигураног возила, а по члану 105 став 2 ЗОИЛ (када је исплаћена штета проузрокована употребом непознатог моторног возила, па се после исплате октрије које је возило проузроковало штету) према осигуравачу возила. Овим прописима није предвиђено право на регрес у односу на друга лица одговорна за штету.“<sup>52</sup> Суд је у цитираном делу пресуде исправно интерпретирао законске одредбе. Међутим, приликом даљег тумачења наведених одредаба ЗОИЛ учинио је кључну грешку. „Примена општег прописа о праву испуниоца солидарне обавезе на регрес у односу на остале солидарне дужнике из чл. 423 и 424 ЗОО је искључена одредбама из чл. 99 до 106 ЗОИЛ, тако да околност да су штетник и Гарантни фонд (тужилац) солидарно обавезни да накнаде штету оштећеним лицима, нема значај.“<sup>53</sup>

Апелациони суд у Београду приликом тумачења одредаба члана 104 став 2 и члана 105 став 2 ЗОИЛ није узео у обзир њихову сврху и смисао, нити правила логичког и системског тумачења. Занемарио је

51 Пресуда Вишег суда у Београду Гж. 2174/2010 од 14. јуна 2012. године.

52 Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. 14675/10 од 27. јуна 2012. године.

53 *Ibid.*

циљеве због којих је право регреса установљено, као и општа правила облигационог права. Наведеним законским одредбама предвиђена су два случаја када Гарантни фонд има право регреса. Међутим, принцип да терет накнаде штете, која није покривена осигурањем, треба да падне на штетника, налаже да изричито спомињање та два случаја схватимо као набрајање *exempli causa*, а не *numerus clausus*.

Цитирана пресуда Апелационог суда у Београду донета је поводом штете проузроковане моторним возилом осигураним код осигуравајућег друштва у стечају. На суштински идентичним разлозима заснивају се и пресуде којима се одбија регресни захтев према штетнику, у случајевима када је штета проузрокована неосигураним моторним возилом.<sup>54</sup>

Предраг Шулејић врло успешно указује на неутемељеност тих разлога. „Гарантни фонд има право регреса према штетнику за износ исплаћен оштећеном лицу. То што у ЗОИЛ ништа није речено о накнади Гарантног фонда према лицу одговорном за штету (возачу) не значи да су искључена општа правила о ступању осигуравача (Гарантног фонда) у права оштећеног према штетнику. Примена једног правила може се искључити изричито (у конкретном случају, на пример, одредбом којом се предвиђа да возач моторног возила којим је проузрокована штета не сноси штетне последице) или прећутно (ако се регулиште на другачији начин), а његово искључење не може се подразумевати чињеницом да о томе ништа није речено. Правила о регресу, као општа правила облигационог права, могу се дерогирати само прецизно и у одређеним случајевима.“<sup>55</sup>

## VIII Закључак

Сврха Гарантног фонда јесте заштита оштећених лица – жртава саобраћајне незгоде. Гарантни фонд не сме да се претвори у институцију која, на терет лица која уредно плаћају премију осигурања, штити возаче који неосигураним возилима проузрокују штету. Правично је да возач одговара за штету коју сам проузрокује, чак и ако оштећени има право на накнаду из средстава Гарантног фонд.

Неспорно је да се исплатом накнаде штете од стране лица коју је исту проузроковало не активира регресни однос у коме је Гарантни фонд дужник. То доказује да солидарни дужник, на кога обавеза накнаде штете пада, јесте штетник. Стога Гарантни фонд, након што обештети

54 Вид. пресуду Вишег суда у Београду Гж. 8150/11 од 30. августа 2013. године.

55 П. Шулејић, „Суброгација и регрес у закону и судској пракси – правни положај Гарантног фонда“, *Токови осигурања*, бр. 1/2014, стр. 24.

жртву саобраћајне незгоде, као испунилац солидарне обавезе, по правилима облигационог права садржаним у ЗОО и Грађанском законнику, стиче регресно потраживање према свом садужнику – штетнику.

Треба се држати принципа да економски терет штете, која није покривена осигурањем од одговорности, сноси штетник. Став по коме је регресно право Гарантног фонда ограничено само на две ситуације изричито предвиђене одредбама ЗОИЛ, спречава да се тај принцип оствари. Грађански законик – Општи део у уводним и општим одредбама садржи правила о утврђивању правог значења законских одредаба, попуњавању правних празнина и забрани изигравања закона. Одредбе наведеног посебног закона, по тим правилима, не смеју се тумачити тако да сужавају регресно право Гарантног фонда. Стога два случаја предвиђена одредбама посебног закона када Гарантни фонд има регресно право, треба схватити као набрајање *exempli causa*.

Гарантни фонд исплаћује накнаду штете која није покривена обавезним осигурањем од одговорности. Стога би требало да има регресно право према штетнику и када је штетник предузео активности које воде до губитка права из осигурања, али и када тих активности нема.

**Miloš RADOVANOVIĆ**

**Legal Advisor in Association of Serbian Insurers – Guarantee Fund**

## **GUARANTEE FUND'S RIGHT TO REFUND TOWARD TORTFEASOR UNDER THE LAW ON CONTRACT AND TORTS AND CIVIL CODE**

### **Summary**

*Purpose of Guarantee Fund is material aid to person sustaining damages in a traffic accident. Liability of Guarantee Fund and tortfeasor toward person sustaining damages shall be joint and several. Provisions of Law on insurance of property and persons as well as provisions of Law on compulsory insurance in traffic didn't prescribe that Guarantee Fund is entitled to refund toward tortfeasor. But, these provisions didn't exclude applicability of general rules of civil law. Law on contract and torts, as well as draft of Civil code, contain rules on right to recovery of a person fulfilling the obligation. Guarantee fund right to refund toward tortfeasor is based on these rules. Tortfeasor should be liable for committed damage, if damage is not cover by insurance, even if someone*

*else compensates the damage to person sustaining damage. Guarantee Fund right to refund toward tortfeasor is in accordance with purpose of Guarantee Fund. Opposite viewpoint turns Guarantee Fund into institution for protection a tortfeasor from liability, without consideration.*

**Key words:** *insurance, compulsory insurance in traffic, motor third party liability insurance, Guarantee Fund, refund, redress of damage.*

---

# БАНКАРСКИ ПОСЛОВИ

---

Др *Тайјана* ЈОВАНИЋ, LL.M/Finance  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

*Бранко* ПЕТРОВИЋ, MBA  
Директор Сектора средстава, *Alpha Bank Serbia*  
Председник Одбора за развој финансијских тржишта,  
Удружење банака Србије

## СРПСКИ ОКВИРНИ УГОВОР О РЕОТКУПУ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ (РЕПО)

### Резиме

*Предмет* овој рада је *типи*ски уговор о реоткупу хартија од вредности који би *тре*бало да омогући *сирово*ђење репо *послова*, а *т*име и *позитивно* утиче на *побо*љшање ликвидности и развој *тржиш*та хартија од вредности. Иако је Оквирни уговор донећ *п*од окриљем Удружења банака Србије у *дру*гој *п*оловини 2014. *п*одине, до сада није обављена ни *ти* једна репо *т*рансакција, ван оних у којима је НБС једна од *у*говорних *с*трана, а које *п*редс*т*ављају *п*лавне *о*перације у *с*ировођењу *м*онетарне *п*оли*т*ике. У *ра*ду ће се *у*крајко *о*брадити *е*кономска *с*уш*т*ина и *п*равна *п*рирода овој *и*нструменту као *с*пецифичној *ф*инансијској *у*говору и *о*сновни *е*лементи Оквирној репо *у*говора. *П*осебно ће бити *у*казано на *п*ос*т*ојеће *н*едоумице о *и*звршивости *у*говора и *п*ре*п*ман *п*ребијања (*и*зв. *close-out* *н*егирања).

**Кључне речи:** *репо*, *хартије* од *вредности*, *п*родаја са *п*равом *о*ткупа, *с*тандардизација, *н*егирање.

## I Увод

Саморегулација на финансијском тржишту има дугу историју и значајну улогу. Саморегулаторне организације боље познају од законодавца околности на тржишту, брже реагују на промене и финансијске иновације. Иако су дерегулација финансијског тржишта и саморегулација ванберзанског тржишта пресудно утицалале на појаву системског ризика, то не значи да би саморегулацију као облик регулације ризика требало заобићи, јер она може играти важну улогу у његовој контроли. Регулаторна тела могу забранити обављање одређених послова, уколико сами учесници на тржишту нису способни да уреде међусобне уговорне односе и осмисле адекватне механизме за управљање ризиком, па се стандардизација пословања појављује као пожељан вид решавања проблема комплексних финансијских производа.<sup>1</sup>

Нови стандарди пословања и кодификације постојећих пракси настајали су постепено, као резултат преговора тимова професионалаца у одређеним областима, при међународним организацијама и струковним удружењима.<sup>2</sup> Хармонизација пракси на међународном нивоу усмерена је ка спречавању тзв. регулаторне конкуренције и стварању међународно прихваћених стандарда на локалним тржиштима. Један од примера подстицања правне сигурности и ефикасности не само у међународним финансијским трансакцијама, већ и на локалном нивоу, је стандардизовање репо посла под окриљем струковних удружења.

Одбор за развој финансијских тржишта Удружења банака Србије (УБС), је препознао значај који развијено репо тржиште има за даљи развој финансијског тржишта, због чега је 2012. године формирао Радну групу за израду стандардизованих уговора. Основни циљ радне групе је био да омогући све предуслове за закључивање прве међубанкарске репо трансакције у Србији, а то су: израда домаћег оквирног репо уговора; развој апликације Централног регистра која ће омогућити клиринг и салдирање свих трансакција дефинисаних оквирним репо уговором; указивање на потребу прилагођавања законске регулативе захтевима развијеног финансијског тржишта, у смислу да законски оквир препо-

1 Saule T. Omarova, „Rethinking the Future of Self-Regulation in the Financial Industry“, *Brooklyn Journal of International Law*, бр. 35/3, 2010, стр. 665–706, Iman Anabtawi, Steven L. Schwarcz, „Regulating Systemic Risk: Towards an Analytical Framework“, *Notre Dame Law Review*, бр. 86/4, 2011, стр. 1349–1412; Steven L. Schwarcz, „Regulating Complexity in Financial Markets“, *Washington University Law Review*, бр. 87/2, 2010, стр. 211–268.

2 George A. Walker, „International Standards and Standards Implementation“, у: Mads Andenas, Yannis Avgerinos, *Financial Markets in Europe: Towards a Single Regulator?*, Kluwer, 2003, стр. 283–322, Sean M. Flanagan, „The Rise of a Trade Association: Group Interactions within the International Swaps and Derivatives Association“, *Harvard Negotiation Law Review*, бр. 6/21, 2001, стр. 211–264.

знаје репо посао са свим његовим карактеристикама. Одбор УБС је усвојио Оквирни репо уговор (даље: Оквирни уговор или Уговор) на својој седници одржаној 3. октобра 2014. године,<sup>3</sup> пошто је претходно прибављено мишљење Народне банке Србије (НБС). На истој седници донета је одлука да се свим банкама препоручи примена Оквирног уговора од 1. децембра 2014. године. Међутим, до сада није закључена нити једна међубанкарска репо трансакција, примарно због дилеме у погледу третмана пребијања недоспелих потраживања из терминских послова.

## II Репо послови

### 1. Појам репо посла и његови ризици

Репо посао представља заједнички назив за класичан репо (*sale and repurchase agreement*), продају са правом откупа (*sell – buy back* трансакција) и за позајмљивање хартија од вредности, уз наплату трошкова позајмљивања (*securities lending*).<sup>4</sup> Репо је финансијска трансакција у којој једна уговорна страна (репо продавац) на датум трансакције продаје хартије од вредности другој уговорној страни (репо купцу), а за које је купац сагласан да плати продавцу куповну цену; истовремено, купац се обавезује да ће на уговорени будући датум (датум реоткупа) или на захтев продавца, продати продавцу еквивалентне хартије од вредности,<sup>5</sup> а продавац се обавезује да ће на датум реоткупа вратити купцу примљена новчана средства, увећана за камату, обрачунату приликом уговорене репо стопе за број дана трајања репо трансакције.<sup>6</sup>

Репо посао се, дакле, састоји од две основне трансакције, а одвија се као низ тих трансакција. Прва је продаја хартија од вредности, а обрнути или реверсни репо (*reverse repo*) куповина хартија од вредности.

3 Оквирни уговор може се преузети на интернет презентацији Удружења банака Србије: <http://www.ubs-asb.com/Default.aspx?tabid=324>.

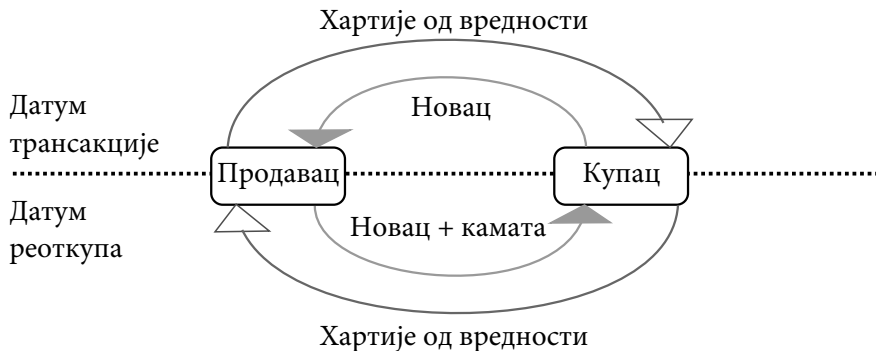
4 Bob Steiner, *Mastering Repos Markets, A Step-by-step Guide to the Products, Applications and Risks*, Financial Times Prentice Hall, London, 1996, стр. 69–116; Moorad Choudhri, *The Repo Handbook*, 2nd ed., Securities Institute Global Capital Markets, Butterworth Heinemann, стр. 115–145; Paul C. Harding, Christian A. Johnson, *A Practical Guide to Using Repo Master Agreements*, Euromoney Books, London, 2004, стр. 2–12.

5 Еквивалентне хартије од вредности су: а) оне које су биле предмет продаје, односно „купљене хартије од вредности“ како се називају у Оквирном уговору; б) хартије издате од истог издаваоца, исте врсте и тржишне вредности, које имаоцу дају иста права као и оне које је купац купио; и в) друге хартије од вредности које су уговорне стране утврдиле као такве у Закључници. Оквирни уговор, чл. 4(6).

6 Слично и Оквирни уговор, чл. 1(2); Одлука НБС о условима и начину спровођења операција на отвореном тржишту (*Службени гласник РС*, бр. 45/2011, 34/2013), тач. 3(2).



Тако би учесник на финансијском тржишту који отпочиње трансакцију продајом радио „репо“, а купац хартија од вредности обављао трансакцију „обрнути репо“.



Иако хартије од вредности прелазе у власништво купца, који постаје њихов формални власник, продавац остаје економски власник хартија, јер због преузете обавезе реоткупа хартија продавац сноси ризик промене њихове цене. Због тога, продавац има право и на сву добит коју хартије носе. Наиме, издавалац хартије ће у току животног века репо трансакције исплатити купон или дивиденду купцу, који је у том тренутку правни власник хартије. Купац је у том случају обавезан да истог тренутка пренесе продавцу износ који је примио (*manufactured dividend*).<sup>7</sup>

Иако репо послови начелно представљају мање ризичне послове, нарочито када за предмет имају квалитетне хартије од вредности, ови послови носе са собом одређене ризике.<sup>8</sup> Основни ризици су: кредитни, тржишни, оперативни, правни и ризик ликвидности. *Кредитни ризик* се јавља у ситуацији када купац или продавац нису у могућности да испуне неку од својих уговорних обавеза у репо трансакцији (*counterparty risk*). Основна сврха хартије од вредности у репо трансакцији је да заштите купца у случају стечаја продавца или неиспуњења обавеза из другог разлога, јер ће у том случају купац моћи да прода хартије од вредности на тржишту и на тај начин намири своје новчано потраживање. У том случају купац може бити изложен *ризиком ликвидности* приликом продаје хартија од вредности, када ће, због системских поремећаја на

7 Исплата главнице се не сматра исплатом прихода од хартије од вредности у смислу одредби српског Оквирног уговора, чл. 4(21). На овај начин се постиже то да ни једна страна током рока доспелости рочног посла не може да се правно неосновано обогати. У смислу: Небојша Јовановић, *Берзанско право*, 2009, Београд, стр. 361.

8 Moorad Choudhri, *нав. дело*, стр. 147–149, 291–304; Bob Steiner, *нав. дело*.

тржишту или неочекиваног пада кредитног рејтинга издаваоца хартија, то урадити по неповољнијим условима. Купац због тога мора бити сигуран да тржишна вредност хартија у најмању руку одговара вредности његовог новчаног потраживања од продавца. Како би се на самом почетку трансакције обезбедио од дневних осцилација цене хартије, пракса је да купац од продавца захтева већу вредност обезбеђења у односу на своје новчано потраживање. Процент одступања вредности обезбеђења у односу на новчана средства у репо трансакцији се назива иницијална маргина (*initial margin* или *haircut*). Процент иницијалне маргине зависи од и обрнуто је пропорционалан кредитном рејтингу издаваоца хартије од вредности (бољи кредитни рејтинг издаваоца – мања иницијална маргина, и обрнуто).

У пракси се може десити да, услед флукуације цене хартије, иницијална маргина није довољно велика да покрије потраживање купца од продавца. Како би се константно одржавао баланс између тржишне вредности хартија и новчаног потраживања купца, користи се варијабилна маргина (*variation margin*). Уколико трансакцијска изложеност једне уговорне стране према другој превазиђе проценат дефинисан варијабилном маргином, страна која има трансакцијску изложеност може упутити другој страни позив за одржање маргине (*margin call*). Ово се у основи своди на право једне уговорне стране да од друге тражи усклађивање вредности међусобних потраживања, до чега долази услед промене тржишне вредности хартије или промена паритета курсева у случају различите валуте хартија и новчаног потраживања, који представљају основне облике *тржишног ризика*.

*Оперативни ризик*, чији је саставни део правни ризик, представља остварење било којег облика спољашњих или унутрашњих фактора која би једну страну спречила у обављању редовних послова. Један од најчешћих оперативних ризика су проблеми у испуњењу обавеза, највише поравнању. *Правни ризик* се примарно огледа у неодговарајућим уговорним одредбама, због чега се и приступа изради стандардизованих докумената, као и ризику правне квалификације овог посла.

## 2. Осврт на правну природу репо послова

Суштина трансакције, која опредељује правну природу репо посла, је у продаји хартија од вредности, а не у зајму обезбеђеном хартијама од вредности.<sup>9</sup> Уговорима о реоткупу хартија од вредности не омогућава се стицање заложног права, што је пракса уговора о давању у закуп хартија од вредности, упркос чињеници да је економска суштина ових хартија

9 Moorad Choudhri, *нав. дело*, стр. 340–342.

обезбеђење потраживања. Економска суштина овог посла, кредитирање са већим степеном обезбеђења уз продају у односу на позајмљивање, је представљала правни ризик у обављању репо трансакција, обзиром да се овај посао могао сматрати симулованим послом (тзв. ризик рекарактеризације).<sup>10</sup>

У почетку су у погледу правне природе овог банкарског посла постојале недоумице: да ли је реч о купопродаји са обавезом реоткупа, уговору о кредиту који је обезбеђен хартијама од вредности (што је био доминантан став у континенталној Европи до периода појаве националних типских уговора) или *sui generis* уговору, односно врсти уговора о финансијском обезбеђењу? Све више је прихваћено становиште да се ради о *sui generis* уговору који је настао у пословној пракси и у себи има елементе уговора о купопродаји и уговора о кредиту, те је кроз националне мастер или оквирне уговоре постао именовани финансијски уговор, али чија је економска функција финансијско обезбеђење потраживања хартијама од вредности (*secured interest*), али правно посматрано долази до преноса власништва.<sup>11</sup> Уговорена обавеза реоткупа, изричита одредба типских уговора да се не ради о обезбеђењу потраживања и уговарање заштите за остварење раскидних услова су основни елементи одређења уговора о реоткупу хартија од вредности.<sup>12</sup>

Иако Преднацрт грађанског законика Републике Србије у глави XVIII, Одељак 2 (чл. 590–598) као један од случајева продаје са нарочитим погодбама уводи „продају са правом откупа“,<sup>13</sup> ове одредбе не одговарају функцији репо послова. Наш Закон о облигационим односима познаје уговор о кредиту на основу залог хартија од вредности, као уговор којим банка одобрава кредит уз обезбеђење залогом хартија од вредности које припадају кориснику кредита или трећем лицу које на то пристане,<sup>14</sup> али овде не долази до преноса власништва.

10 Moorad Choudhri, *нав. дело*, стр. 291–294, 301; Paul C. Harding, Christian A. Johnson, *нав. дело*, стр. 20–22; Joanna Benjamin, „Conflicts of Law and Interests in Securities“, у: Kathleen Tyson-Quah, *Cross-Border Securities Repo, Lending and Collateralisation*, FT Law and Tax, 1997, стр. 26.

11 Philip R. Wood, *Title Finance, Derivatives, Securitizations, Set-off and Netting*, London, Sweet and Maxwell, 1995, стр. 3–6.

12 Roy Goode, *Legal Problems of Credit and Security*, London, Sweet & Maxwell, 2003, стр. 27–28 и 220.

13 Преднацрт грађанског законика, друга књига: Облигациони односи, Београд, 2009, стр. 193–195.

14 *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 – Уст. пов., чл. 1069–1071.

### 3. Мотиви за спровођење репо послова

Репо представља један од најзначајнијих инструмената на финансијским тржиштима, који омогућава развој банкарског пословања, управљање ликвидношћу и представља један од најважнијих инструмената за спровођење монетарне политике. Пошто је примарна сврха обезбеђење ликвидности, репо послови су доминантно инструменти тржишта новца, односно закључују се на рок до годину дана, док половина репо трансакција закључених у свету представља тзв. преконоћне репо трансакције (*overnight repo*). Захваљујући структури репо посла, два су основна мотива за његово закључивање:<sup>15</sup>

а) *Пошреба за њозајмљивањем новчаних средстава (cash-driven repo)* – ово представља најчешћи тип репо трансакција. Репо у овој ситуацији представља инструмент тржишта новца који, у односу на међубанкарски депозит, продавцу омогућава прибављање новчаних средстава по нижој каматној стопи, а купцу смањује кредитни ризик и ризик ликвидности трансакције због високог степена обезбеђења. Код овог облика репо трансакција купцу није толико битно које тачно хартије од вредности купује у трансакцији, све док задовољавају критеријуме дефинисане оквирним репо уговором (*General Collateral*).

б) *Пошреба за њривременим њозајмљивањем њачно одређених хартија од вредности (security-driven repo)* – у ситуацији када инвеститор очекује пад цене одређене хартије од вредности коју тренутно нема у свом портфолију, ту хартију може позајмити у репо трансакцији, затим је продати на тржишту, очекујући да на датум реоткупа исту купи на тржишту по нижој цени, како би је вратио продавцу у репо трансакцији. У овој ситуацији, када купац захтева тачно одређену хартију од вредности, он мора бити спреман да позајми новчана средства по нижој каматној стопи у поређењу са еквивалентном *cash-driven* репо трансакцијом.

У већини земаља централне банке користе репо трансакције као ефикасан инструмент монетарне политике (у оквиру тзв. *buy-back* операција), којим управљају ликвидношћу и контролишу количину новца у оптицају. Централна банка репо трансакцијама такође контролише краткорочне каматне стопе на тржишту новца, па репо стопе представљају облик комуникације централне банке са финансијским тржиштем, чијом променом она свим тржишним учесницима сигнализира промену у спровођењу монетарне политике. НБС од 2005. године, на основу

15 Маријана Јелић, „Уговор о реоткупу (репо посао),“ *Финансијска теорија и ѡпракса*, бр. 24/2000, стр. 603–635.

донетих прописа<sup>16</sup> и појединачних одлука о организовању репо аукција, обавља репо трансакције са пословним банкама, с тим што је сада главна операција реверзна репо трансакција. У спровођењу главних операција примењује се референтна каматна стопа НБС, која представља главни монетарни инструмент.<sup>17</sup>

### III Стандардизација уговора о реоткупу хартија од вредности

#### 1. Стандардизација у упоредној пракси

Поред основног разлога настанка стандаризованих уговора којима се умањује ризик квалификације уговора о реоткупу као симулованог посла кредитирања, односно зајма обезбеђеног хартијама од вредности, и решавања проблема кредитног ризика уговорних страна, оквирни репо уговор као типски уговор поједностављује све трансакције између две уговорне стране. Постојање оквирног репо уговора је основни предуслов за признавање смањеног кредитног ризика у репо трансакцијама приликом обрачуна регулаторних захтева, јер се обрачун потребног капитала за покриће тржишног ризика укључује у књигу трговања, у складу са захтевима Базелског споразума.<sup>18</sup> Постојање оквирног репо уговора, поред повећања правне сигурности уговорних страна, повећава и оперативну ефикасност репо трансакције, јер се потписује само једном и односи се на сваку нову појединачну репо трансакцију. Имајући у виду да су све репо трансакције између две уговорне стране обухваћене једним оквирним репо уговором, јер је репо посао заправо скуп трансакција, олакшано је нетирање ових трансакција.<sup>19</sup>

Поред смањивања правног ризика због лоших уговора или непотпуне документације и повећања оперативне ефикасности појединачних тржишта, стандардизација уговора о реоткупу хартија од вредности

16 Поменута Одлука о условима и начину спровођења операција на отвореном тржишту. НБС је донела и посебно Упутство за спровођење аукцијске куповине/ продаје хартија од вредности, *Службени гласник РС*, бр. 46/2011, 41/2013.

17 Одлуком о измени Одлуке о утврђивању референтне каматне стопе НБС од 9. априла 2015. (*ИО НБС*, бр. 24) сада износи 7,00%.

18 Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework*, 2006, Annex 4 par. 96 (iii); Basle Committee on Banking Supervision, *Revised III leverage ratio framework and disclosure requirements*, June 2013.

19 У том смислу Оквирни уговор обухвата и тзв. „стандардизовани споразум о нетирању“. Одлука о адекватности капитала банке, *Службени гласник РС*, бр. 46/2011, 6/2013 и 51/2014, тач. 2(42).

омогућава лакше обављање прекограничних трансакција.<sup>20</sup> Најзначајнији стандардизовани уговори којим су регулисани права и обавезе купца и продавца у репо послу су: *Global Master Repo Agreement* (GMRA) објављен од стране *International Capital Market Association* (ICMA); *TBMA/ISMA Global Master Repurchase Agreement* иза кога стоје *Public Securities Association* (сада: *The Bond Market*) и *International Securities Market Association*; *European Master Agreement* (ЕМА) објављен од стране *European Banking Federation*, који је највише инспирисао израду српског Оквирног уговора. Оквирни репо уговори се редовно усклађују са променом тржишне праксе и тржишних услова, како би у сваком тренутку могли да задовоље потребе тржишта. Тако је GMRA први пут објављен 1992. године, након чега је усклађиван 1995, 2000. и 2011. године.

Пре него што се приступи потписивању оквирног репо уговора, уговорне стране морају бити сигурне да локална законска регулатива дефинише и препознаје сва права дефинисана тим уговором. У супротном, правни ризик репо трансакције може у потпуности анулирати све предности које репо посао има у односу на обичну необезбеђену новчану трансакцију. Због тога се сачињавају национални оквирни репо уговори или се додају анекси на поменуте оквирне уговоре формулисане од стране међународних финансијских асоцијација, којима се уважавају поједине специфичности правног оквира дате земље (нпр. канадски анекс, руски анекс GMRA из 2011). С тим у вези, веома су важна правна мишљења која дају адвокатске канцеларије, у којима се посебно анализира извршивост споразума о нетирању и порески третман трансакције. Због значаја правног ризика у прекограничним трансакцијама, ICMA сваке године објављује правна мишљења за око шездесет јурисдикција.<sup>21</sup>

## 2. Оквирни уговор о реоткупу хартија од вредности израђен под окриљем УБС

### а) Дејство оквирног уговора о реоткупу хартија од вредности

Српски Оквирни уговор се не ограничава само на финансијске институције, већ оставља могућност да субјекти репо трансакције буду и субјекти ван финансијског сектора. То значи да ово није само банкарски посао, већ термински финансијски уговор, који између осталог обезбеђује могућност пребијања обавеза.<sup>22</sup>

20 Paul C. Harding, Christian A. Johnson, *нав. дело*, стр. 31; David Clare Nelson, „Customising Repo Documentation“, у: Kathleen Tyson-Quah, *нав. дело*, стр. 80–94.

21 Поменута правна мишљења доступна су само члановима на интернет порталу: <https://www.icmagroup.org>.

22 Звонимир Слакопер, Јосиф Штајфер, „Темељна обиљежја терминских уговора и послова“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 25/1, 2007, стр. 61–95.

Оквирни уговор стране закључују само једном и не обавезује их да обављају трансакције, већ о томе одлучују зависно од својих потреба. Свака појединачна трансакција подразумева закључивање Закључнице, која је дата као саставни део модела Оквирног споразума. У случају противречности између одредби Оквирног уговора и посебних услова за појединачну трансакцију утврђених Закључницом, примењиваће се посебни услови из Закључнице. Значај Закључнице огледа се и у томе што се претпоставља да су стране сагласне да неизвршење обавезе једне уговорне стране, по било којој трансакцији из било које закључнице, представља неизвршење односно повреду Оквирног уговора, ако другачије није уговорено.<sup>23</sup> Као битан састојак посла, ова исправа служи и као форма посла и као доказ његовог постојања и садржине.<sup>24</sup>

На предлог купца или продавца, елементи у Закључници могу бити усаглашени електронски, у писаној форми или усмено (телефоном). Појединачни уговор сматра се закљученим када продавац прими од купца примерак закључнице који садржи потпис обе уговорне стране.

У погледу извршења обавеза постоји разлика између трансакције до опозива и трансакције са фиксним роком. У првом случају тачан датум реоткупа се не утврђује приликом закључења трансакције, већ накнадно, у обавештењу које једна уговорна страна у писаном облику шаље другој.<sup>25</sup> Ако се ово обавештење не пошаље, сматраће се да датум реоткупа наступа годину дана након датума куповине. У случају трансакције са фиксним роком, приликом закључења трансакције утврђује се тачан датум реоткупа.

### *б) Управљање изложеношћу и приходи из хартија од вредности*

Пре него што укажемо на режим управљања изложеношћу, било би корисно одредити појам трансакцијске изложености. То је разлика између износа: а) куповне цене увећане за износ обрачунате а неисплаћене камате, увећан за износ маргине у новцу које је купац исплатио продавцу, као и за износ тржишне вредности маргине у еквивалентним хартијама од вредности које је купац пренео продавцу и б) тржишне вредности еквивалентних хартија од вредности у тренутку обрачуна, умањене за износ тзв. *haircut*-а (процент умањења тржишне вредности ради утврђивања куповне цене), увећано за износ маргине у

23 Оквирни уговор, чл. 3.

24 О правој природи закључнице: Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 274–275.

25 Једна уговорна страна мора писаним путем обавестити другу уговорну страну о датуму реоткупа најмање два радна дана пре датума реоткупа. Оквирни уговор, чл. 8(3)(б).

новцу које је продавац исплатио купцу, као и за износ тржишне вредности маргине у еквивалентним хартијама од вредности које је продавац пренео купцу. У оба случаја на износ маргине се обрачунава камата по стопи утврђеној у Закључници почев од датума пријема маргине до (али искључујући) датума када се врши повраћај маргине. Ако се каматна стопа и временски интервали камате не утврде, каматна стопа ће бити једнака репо стопи за појединачни посао, а камата ће се плаћати на дан када се од примаоца маргине захтева да исту врати.<sup>26</sup>

Нето изложеност се обрачунава за сваки датум вредновања одређен у Закључници, а у случају да такав датум није одређен, обрачун се врши сваког радног дана до 11 часова, применом тржишних параметара из закључнице.<sup>27</sup> Ова вредност нето изложености се обрачунава због преноса маргине у новцу или у еквивалентним хартијама од вредности између уговорних страна ради надокнаде трансакцијске изложености, применом коефицијента активације преноса маргине (*margin call-a*). Ако коефицијент није утврђен на прописани начин у Закључници, за сваку појединачну трансакцију пренос се врши сваки пут када се утврди нето изложеност у складу са Уговором. Пошто се испуне услови за пренос маргине, њен прималац обавештава даваоца маргине, захтевајући пренос маргине која ће бити најмање једнака нето изложености, на начин прописан у члану 9 Оквирног уговора.

Након пријема овог обавештења, давалац маргине има обавезу да изврши пренос маргине у износу који је најмање једнак утврђеној нето изложености у року утврђеном у Закључници, а ако то није утврђено у истој, сходно правилима предвиђеним у чл. 10 ст. (1) Оквирног уговора. Примљена маргина представља новчану обавезу примаоца маргине према даваоцу маргине.<sup>28</sup> На дан доспећа трансакције, било која пренета односно плаћена маргина која није враћена, мора бити враћена уговорној страни која је исту пренела односно платила, увећана за припадајућу камату, која се обрачунава применом репо стопе на куповну цену, применом простог интересног рачуна.

Члан 11 Оквирног уговора детаљно регулише односе између купца и продавца у погледу прихода из хартија од вредности. Уговор садржи посебна правила о преносу слободно преносивих права уписа, као и преносивих акција добијених у виду бонуса и сличних права.<sup>29</sup>

26 Оквирни уговор, чл. 10. ст. (6) и (7).

27 Напомена, појам радног дана и конвенције у радном дану дефинисан је у оквиру значења појмова, чл. 4 ст. (22), (23) и (24) Оквирног уговора.

28 Оквирни уговор, чл. 10 ст. (5).

29 Оквирни уговор, чл. 10 ст. (7) и (8).



*в) Плаћање и пренос хартија од вредности*

Пренос хартија од вредности и плаћање куповне и реоткупне цене, уз обезбеђење потребне документације за пренос хартија од вредности, врши се на датум, у месту и на рачун предвиђен у Закључници. Уколико не постоје законска ограничења, сва новчана плаћања која се врше на основу Оквирног уговора и Закључнице се врше у нето износу, без одбитка пореза, такси или других давања.<sup>30</sup>

Значај Уговора је и у томе што обезбеђује механизам пребијања доспелих новчаних обавеза и узајамних обавеза преноса хартија од вредности.<sup>31</sup> Наиме, ако у току трајања Уговора између уговорних страна на исти датум доспевају две или више узајамних новчаних обавеза у истој валути, на дан доспећа ове новчане обавезе се међусобно пребијају, тако да једина преостала обавеза остане нето износ који ће једна уговорна страна бити дужна да исплати другој. Узајамне обавезе испоруке односно преноса хартија од вредности истог издаваоца, врсте, деноминације, валуте и серије, обрачунавају се на дан доспећа пребијањем, па би као једина преостала обавеза настала обавеза испоруке разлике нето количине хартија од вредности коју би једна страна била дужна да пренесе другој уговорној страни.

*г) Право замене (субституције) и посебне гаранције*

Уговор предвиђа и право замене (супституције) хартија од вредности које су предмет трансакције. О свом трошку и уз сагласност купца, продавац може заменити било које еквивалентне хартије од вредности новим хартијама од вредности, које у моменту када је дата сагласност за замену имају тржишну вредност најмање једнаку тржишној вредности еквивалентних хартија које су предмет замене. Ове нове хартије од вредности сматраће се еквивалентним хартијама од вредности моментом преноса, али је изричито предвиђено да „замена нема дејство новације на правне односе из Трансакције који остају на снази“.<sup>32</sup> Као посебна гаранција истиче се одредба да при преносу хартија од вредности једна страна гарантује другој страни да предметне хартије нису оптерећене заложним и/или било којим другим правима односно теретима у корист трећих лица, те да се у вези са истима не води никакав судски или други поступак који би утицао на права друге уговорне стране у вези са предметним хартијама.<sup>33</sup>

30 Оквирни уговор, чл. 12.

31 Оквирни уговор, чл. 13.

32 Оквирни уговор, чл. 16(4).

33 Оквирни уговор, чл. 17(2).

*g) Намирење и оӣраживања и иоравнање*

Свака трансакција у репо пословима између уговорних страна у случају повреде уговорних одредби подразумева наступање дана реоткупа, односно доспелост свих међусобних потраживања и обавеза, осим ако је другачије уговорено Закључницом. На дан доспећа, који у том случају представља нови датум реоткупа, уговорна страна која није прекршила уговорне одредбе обрачунава изложеност према другој страни и о томе је писменим путем обавештава. Уговорна страна која је прекршила уговорне одредбе има обавезу да надокнади све трошкове настале због повреде уговора, заједно са затезним каматама, док јој друга уговорна страна мора без одлагања вратити евентуални вишак средстава настао затварањем свог потраживања по основу Уговора. Међутим, Уговором је изричито предвиђено да уговорне стране немају право на измаклу добит која би настала повредом уговорних одредби од стране друге уговорне стране.<sup>34</sup>

Једна од најзначајнијих одредби Уговора је дефинисање разлога за раскид уговора, односно чињења, нечињења или пропуштања којим се крше уговорне одредбе.<sup>35</sup> Члан 18 Уговора наводи „повреде уговора“ међу којима се истичу следеће: неплаћање куповне цене од стране купца или реоткупне цене од стране продавца; пропуштање да се испоруче купљене хартије од вредности на датум куповине, односно испоруке еквивалентних хартија од вредности на датум реоткупа; кршење одредби Уговора о преносу маргине и прихода из хартија од вредности, као и давање нетачних односно неистинитих гаранција о одсуству права или терета у корист трећих лица.

Повредом Уговора се, даље, сматра доношење одлуке надлежног органа купца или продавца о добровољном престанку рада, увођење принудне управе или одузимање дозволе за рад у складу са прописима о пословању банака. Повреду Уговора представљаће и ситуација када се у случају трајне или претеће неспособности плаћања купца или продавца створе услови за примену Закона о стечају, у случају подношења предлога за отварање стечајног поступка једној од страна или ако једна од страна изјави да није у могућности или да не намерава да испуни било коју од својих обавеза преузетих на основу Уговора и/или било које закључнице. Такође, сматраће се да постоји повреда Уговора уколи-

34 Оквирни уговор, чл. 19(9).

35 Ова уговорна одредба је основ за тзв. ликвидационо нетирање, нетирање „затварањем“ уговора (енгл. *close-out netting*, нем. *Glattstellung nach Vertragsbeendigung*, франц. *la compensation avec déchéance du terme*) којом се отвара могућност пребијања недоспелих потраживања и подразумева три операције: раскид уговора, обрачун вредности међусобних обавеза и испуњење пребијањем. Више: Татјана Јованић, „Правна природа споразума о нетирању и предуслови његове извршивости“, *Банкарство*, бр. 3–4, 2008, стр. 43.

ко било која од страна прекрши било коју другу обавезу из уговора и не испуни је у накнадном року од пет радних дана, након пријема писаног захтева друге уговорне стране за накнадним испуњењем те обавезе.

У сваком наведеном случају, уговорна страна која није прекршила уговорне одредбе или је захтевала испуњење обавезе мора другој страни доставити Обавештење о повреди, осим у случају неспособности плаћања, отварања стечајног поступка или ако једна страна другој писаним путем изјави да није у могућности или не намерава да испуни неку обавезу – што би представљао основ за аутоматско пребијање које познаје важећи Закон о стечају. У обавештењу о повреди наводи се разлог, износ нето изложености и начин утврђивања тржишне вредности хартија од вредности које су купљене или продате ради намирења потраживања, обавештава о котацијама у случају куповине или продаје хартија од вредности на релевантном тржишту и даје објашњење која је котирана цена изабрана, кориговано за трошкове трансакције.<sup>36</sup> Алтернативно, страна која није прекршила уговорне одредбе изјављује да је у доброј вери безуспешно покушала да прода или купи хартије од вредности и/или прибави котације или да је проценила и одлучила да не би било разумно прибавити или користити било које котације, и да је утврдила нето вредност одговарајућих еквивалентних хартија или маргине узимајући у обзир цене хартија од вредности сличних доспећа, услова и кредитних карактеристика, те да узима такву нето вредност као тржишну вредност у случају повреде уговора.<sup>37</sup>

Изузетно од одредбе члана 18 Уговора којим се дефинишу случајеви повреде уговора, у ситуацији када продавац купцу не испоручи купљене хартије од вредности на уговорени дан куповине, купац који је платио куповну цену може захтевати повраћај плаћеног износа без одлагања. Односно, ако купац не плати продавцу куповну цену на уговорени дан куповине, продавац који је испоручио купљене хартије од вредности може захтевати повраћај тих хартија без одлагања. Уколико до повраћаја плаћеног износа односно хартија не дође без одлагања, сматраће се да је дошло до повреде уговора.<sup>38</sup>

#### **IV Уместо закључка: да ли је правни оквир репо послова адекватан?**

Захваљујући високом степену финансијског обезбеђења, развој локалног репо тржишта ће дати импулс побољшању ликвидности међу-

36 Оквирни уговор, чл. 19(4)(А и Б).

37 Оквирни уговор, чл. 19(4)(Ц).

38 Оквирни уговор, чл. 19(7 и 8).

банкарског тржишта, како са аспекта обима, тако и са аспекта рокова доспећа. Такође ће позитивно утицати на повећање ликвидности секундарног тржишта дужничких хартија од вредности издатих од стране Републике Србије. Све ово ће довести до формирања транспарентне динарске криве приноса, која представља неопходан предуслов за не-сметано функционисање и развој сложенијих финансијских инструмената. Међутим, иако је Оквирни уговор израђен и објављен на интернет страници УБС, до сада није закључена нити једна репо трансакција између две финансијске институције, те се у пракси спроводе само репо операције НБС, кроз Оквири репо уговор,<sup>39</sup> који не треба изједначавати са Оквирним уговором који је предмет овог рада, због специфичности односа централне банке са пословним банкама, потребе већег обезбеђења потраживања НБС и спровођења аукцијским методом.

Одлука о адекватности капитала банке препознаје репо трансакције и предвиђа одговарајући реулаторни режим. У складу са тачком 74(2) Одлуке, хартије од вредности примљене по основу репо и *reverse* репо трансакција сматрају се подобним инструментима кредитне заштите.<sup>40</sup> За признавање третмана репо уговора морају бити испуњени следећи услови: банка, односно друга уговорна страна преносе право власништва над предметом уговора, а исти се може пренети само једној уговорној страни.<sup>41</sup> Сходно тачки 324 Одлуке, позиције које произилазе из трансакција по основу репо и *reverse* репо трансакција банка може укључити у књигу трговања ради израчунавања капиталног захтева за тржишни ризик ако су испуњени услови из тачке 322 Одлуке, међу којима основни услов преставља намера трговања хартијама или заштита од ризика. Уколико се позиције распоређују у банкарску књигу, као ванбилансне ставке по којима може доћи до плаћања, предмет класификације било би и плаћање по основу преноса маргине, али се то не односи и на хартије од вредности примљене као обезбеђење које се воде у ванбилансној евиденцији по основу којих не може доћи до плаћања.<sup>42</sup>

39 Доступно на адреси: [http://www.nbs.rs/export/sites/default/internet/latinica/20/mon/ooot\\_okvirni\\_repo\\_ugovor.pdf](http://www.nbs.rs/export/sites/default/internet/latinica/20/mon/ooot_okvirni_repo_ugovor.pdf).

40 Сходно тач. 285(4) Одлуке, банка може, ради израчунавања капиталног захтева за ризик друге уговорне стране по основу ових трансакција као подобна средства обезбеђења користити сва материјална средства обезбеђења која испуњавају опште услове прописане тачком 86 Одлуке да би била призната за ублажавање кредитног ризика, као и услове прописане тач. 88 Одлуке.

41 Одлука о адекватности капитала, чл. 2(69).

42 Одлука о класификацији билансне активе и ванбилансних ставки банке (*Службени гласник РС*, бр. 94/2011, 57/2012, 123/2012, 43/2013, 113/2013 и 135/2014), чл. 3(1)(8), 3(2) и 4(1).

Иако чл. 13 Оквирног уговора може да се третира као стандардизовани споразум о нетирању у смислу Одлуке о адекватности капитала, у погледу испуњења пребијањем (компензацијом) у репо уговорима, као рочним пословима, постоје одређене дилеме које се односе на тумачење правног ризика, нарочито у вези са третманом пребијања потраживања/обавеза по основу репо уговора у стечајном поступку. Наиме, Оквирни уговор подразумева аутоматско пребијање, па се поставља питање да ли је потребна сагласност стечајног управника или репо посао има посебан третман и ограничава право избора стечајног управника предвиђено чл. 94 Закона о стечају. Примена овог члана Закона о стечају обесмислила би саму суштину постојања репо посла као посебног уговора, који иако има функцију инструмента кредитне заштите, представља посебни термински посао. Наиме, један од најважнијих разлога за закључење Оквирног уговора је доспевање потраживања/обавеза, наступањем неке од таксативно набројаних околности за које се сматра да представљају повреду уговора. Наступањем било које повреде уговора (а то је и предлог за отварање стечајног поступка) доспевају међусобна потраживања и обавезе по основу свих трансакција (осим ако је другачије уговорено Закључницом) и код сваке трансакције наступа датум реоткупа.<sup>43</sup>

Правни режим установљен чл. 82 ст. 3 Закона о стечају је изузетак од начела равномерном намирања поверилаца, па представља посебну привилегију, у складу са општепривађеном праксом на међународном нивоу.<sup>44</sup> Ова привилегија се у Србији не даје само банкама, већ свим субјектима који учествују у репо трансакцијама као купац или продавац, што значи да Закон уводи изузетак *ratione materiae*, а не *ratione personae*. Наиме, овај изузетак се односи на финансијске уговоре закључене између истих страна на основу оквирног уговора „*који њредвиђа обавезу једне или обе уговорне стране на вршење некој њлањања или исјоруку одређене робе, који за њредмеј има њтрансакцију са финансијским деривативима њоууј својова, ојција, фјучерса, форварда и друјих неименованих дериватива, репо њтрансакцију или зајам харњија од вредности, а који је закључен у њисаној форми или усмено, уколико о садржини њаковој усменој финансијској ујовора њосјоји њисани њтрај у складу са уобичајеном њословном њпраксом за закључивање ујовора њакве врше.*“<sup>45</sup> Додатна

43 У том смислу, обавештење о повреди које на основу Оквирног уговора једна страна доставља другој страни која је прекршила уговорне одредбе, као и изјава једне стране да не може или не жели да испуни обавезу представља основ за доспелост и ван стечајног разлога, подношења предлога или отварања поступка.

44 ISDA, *Memorandum on the implementation of netting legislation: A guide for legislators and other policy makers*, March 2006; UNIDROIT, *Principles on the operation of close-out netting provisions*, December 2013.

45 Закон о стечају, чл. 82 ст. 4. Ово је, може се рећи, рогобатна дефиниција финансијских уговора, а једноставније је могло бити одређено као пребијање узајамних

гаранција заштите ових послова налази се и у чл. 126 ст. 3 Закона о стечају којим се, између осталог, искључује побијање радњи предузетих на основу оквирног споразума.

Ако се и може сматрати привилегијом, овај чл. 82 ст. 3 Закона другој страни у репо трансакцији даје статус компензаторног повериоца, чија се потраживања пребијају у стечајном поступку са противпотраживањем дужника, чиме се опет обезбеђује једнакост лица између којих постоје узајамна потраживања. У том смислу, може се рећи да делује да се враћа решење које је предвиђао Стечајни законик за Краљевину Југославију о ограничењу побијања пребијања због раније преузете обавезе према стечајном дужнику, а у време када се на то поверилац обавезао није знао или могао знати да је дужник неспособан за плаћање.<sup>46</sup>

Требало би истаћи да је недавно усвојеним Законом о изменама и допунама Закона о банкама предвиђено да доношење решења о покретању поступка реструктурирања и примена инструмената и мера у том поступку, као ни било која друга околност у непосредној вези са истима, сама по себи не може бити разлог за другу уговорну страну да раскине или анексира закључене уговоре, нити да захтева пребијање или активирање средстава обезбеђења, ако се обавезе из тих послова несметано извршавају.<sup>47</sup> Даље, ради заштите друге уговорне стране у финансијском уговору, чл. 128у ст. 3 тачке 2 и 3 Закона о банкама предвиђено је да се у поступку реструктурирања на стицаоца не могу пренети само права према другој уговорној страни у репо трансакцији, већ и обавезе предвиђене Оквирним уговором, и обрнуто.

Међутим, пошто ће у нашем банкоцентричном систему, барем у почетку, банке бити најважнији субјекти репо послова, поставља се питање дејства Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање.<sup>48</sup> Уређујући питање коначности пребијања, чл. 12 ст. 1 овог закона дозвољава пребијање међусобних обавеза и потраживања у складу са Законом о облигационим односима (ЗОО), који је као та-

---

потраживања из терминских послова који се закључују на организованом тржишту. Миодраг Мићовић, „Пребијање потраживања у стечајном поступку“, *Правни живот*, бр. 11/2010, стр. 240.

46 Ante Verona, Srećko Zuglia, *Stечајни закон*, Zagreb, 1930, стр. 65–69, цитирано према: Миодраг Мићовић, *нав. дело*, стр. 237.

47 Закон о банкама, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015, чл. 128 ст. 8. Напомена: у складу са чл. 128ј ст. 2(10) Закона, НБС може привремено обуставити сва плаћања и извршења по уговорима које је закључила банка, суспензију права друге уговорне стране на отказивање уговора и активирање обезбеђења, од објављивања решења о привременој обустави до поноћи наредног радног дана, осим, између осталог у погледу система за обрачун хартија од вредности који су законом одређени као битни системи.

48 *Службени гласник РС*, бр. 17/2015.

кав *lex posteriori*, као и *lex specialis* у односу на Закон о стечају према врсти привредних субјеката. Међутим, Закон о стечају препознаје не само одредбу о нетирању, већ у чл. 83 ст. 4 изричито наводи репо посао на основу типског уговора, па би могао да представља *lex specialis* у односу на одредбе ЗОО о пребијању (компензацији) према природи обавезе. То отвара питање да ли чл. 22 Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање упућује на одредбе Закона о стечају и у погледу права на пребијање потраживања финансијских уговора, које као специфичне уговоре препознаје и Закон о банкама у контексту реструктурирања. Режим пребијања из ЗОО подразумева изјаву о пребијању, уз отворено питање одређења истоврсности тражбина, док Закон о стечају омогућава аутоматско пребијање.

Нормирање пребијања потраживања из терминских послова и подзаконски акти НБС о регулаторном третману репо трансакција представљају солидан подстрек за развој репо послова и ван оквира главних операција НБС, јер се чини да наш правни оквир сада препознаје одредбу о нетирању по раскиду трансакција („затварањем“ уговора – *close-out netting*), али је ипак изостала суштинска дефиниција овог института. Доношење стандардизованог уговора иза кога стоји професионално удружење (УБС) говори о значају типских уговора који се наводе као услов за изузетак из чл. 82 ст. 3 Закона о стечају. Битно је напоменути да се очекује доношење закона о финансијском обезбеђењу, којим би се имплементирала Директива о споразумима о финансијском обезбеђењу.<sup>49</sup> Ова директива предвиђа одсуство било какве формалне обавезе за извршење уговора о финансијском обезбеђењу, у који се изричито убраја и репо посао и захтева безусловну извршивост *close-out netting*-а у случају повреде уговора, укључујући и стечај. Наведени приказ правног оквира указује на чињеницу да постоје одређене дилеме о извршивости уговора и дејству пребијања, које представљају правни ризик и коче развој репо посла. Упоредивањем правних мишљења о извршивости терминских уговора у појединим јурисдикцијама, долази се до закључка да би наш правни оквир, иако препознаје битне елементе, могао бити окарактерисан као недовољно јасан.

---

49 Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements, OJ L 168 of 27.6.2002.

**Tatjana JOVANIĆ, M.A., LL.M, PhD**  
Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

**Branko PETROVIĆ, MBA**  
Manager of Treasury Division, Alpha Bank Serbia  
President of Financial Market Committee, Association of Serbian Banks

## SERBIAN FRAMEWORK AGREEMENT ON REPURCHASE OF SECURITIES (REPO)

### Summary

*This Paper focuses on the framework agreement on repurchase of securities, which should enable the implementation of repo operations, and consequently enhance liquidity and securities market development. Although the Framework agreement was adopted under the auspices of the Association of Serbian Banks in the second half of 2014, repo transactions had not been initiated, other than those in which the NBS is one of the contracting parties, and which are the main monetary policy operations. This paper will briefly discuss the economic substance of the legal nature of this financial instrument, which is a specific financial contract and the basic elements of the Framework repurchase agreement. The existing uncertainty relating to the enforceability of contract and the treatment of the close-out netting will be addressed in particular.*

**Key words:** repo, securities, repurchase, standardisation, netting.



Др Зоран ВАСИЉЕВИЋ  
доцент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци

## ДОЦЊА КОРИСНИКА СА ОТПЛАТОМ КРЕДИТА

### Резиме

*У раду се анализира основна обавеза корисника из уговора о кредиту, и то с аспекта времена, мјеста и начина испуњења, као и посљедице неиспуњења или неуредног испуњења, прије свега кроз права кредитора на заштитне камате и раскид уговора, али и могућности продужавања рокова отплате и друга права која кредитор стиже услед наведене повреде уговора. Упоредиће за рјешења спорних питања, осим у теоријским савременостима, позитивном и уредном праву, се изражи и de lege ferenda, тј. у одредбама Преднацрта Грађанског законика Србије.*

**Кључне речи:** уговор о кредиту, доцња дужника, заштитна камата, раскид уговора.

### I Уводна разматрања

Обавеза враћања кредита је најважнија обавеза из уговора о кредиту, након пуштања одобрених средстава у течај, и то посматрано са аспекта обавеза обију уговорних страна. Самим тим, то је и најзначајније право даваоца кредита. Сва остала права даваоца независно од њихове природе, као што су право на средства обезбјеђења (које је имовинске природе) или неимовинско право на контролу пословања дужника, су у функцији реализације обавезе враћања кредита. Дакле, ради се о главној обавези из уговора о кредиту чијим се уредним испуњавањем неутралише потреба за коришћењем других права даваоца кредита.

Тренуци извршавања ове обавезе корисника кредита представљају кључне тачке егзистенције уговора о кредиту након пуштања одобреног износа у течај, чијим се потпуним испуњењем окончава и сам уговорни однос. Могло би се стога закључити и да суштина уговора о кредиту лежи у реализацији двије основне обавезе, а то су пуштање кредита у течај од стране даваоца и враћање уговореног износа од стране корисника кредита.

## II Испуњење обавезе корисника кредита

Закључивање и спровођење уговора о кредиту је теретни правни посао који представља и основну дјелатност, прије свега, банака, али и микрокредитних организација и других овлашћених финансијских организација, те је логичан закључак да је њихов основни циљ остваривање добити. Да би се профит остварио, потребно је да корисник врати већи износ од примљене главнице, а то се остварује кроз обрачунавање камата, али и других накнада и провизија којима банка покрива трошкове свог рада и смањује ризик могућих губитака због уласка у уговорни однос са одређеним клијентом.

Различите су могућности реализације наведене обавезе, како у погледу начина израчунавања каматне стопе, тако и у погледу уговарања начина враћања обрачунатих износа. Бројни фактори утичу на изабрани начин, почев од законске регулативе (нпр., ограничавање максималног износа каматне стопе, утврђивање метода за обрачун ефективне каматне стопе, и сл.), стања на тржишту (односа понуде и тражње за новцем), врсте кредита (према року трајања, намјени, субјекту – кориснику, и сл.), општих услова пословања банака, односа са клијентом, његовог бонитета и величине, и сл. У сваком случају, у мноштву могућих комбинација, примјениће се она коју писмено уговоре банка и њен клијент.

### 1. Начин отплате кредита

На који начин ће се вршити отплата главнице и камате уређује се отплатним планом, који је саставни дио уговора о кредиту и који корисник мора поштовати. Његова је дужност да га се придржава, јер ће у супротном бити у обавези да банци плаћа и затезне камате, те надокнади и евентуалну штету коју банка докаже. И сама банка може водити рачуна о уредном отплаћивању кредита благовременим обавјештавањем клијента о обавези уплате износа који доспијевају на наплату. За овакву услугу, међутим, банка наплаћује и посебну накнаду. Једна од могућности осигурања благовремене отплате је коришћење услуге

трајног налога, али под условом да клијент има довољно средстава на рачуну (или рачунима) са којих овлашћује банку да скине одређени износ по доспијећу ануитета. У сваком случају, уколико дође до кашњења у испуњавању уговорених обавеза, банка стиче и право на раскид уговора, а само у случају невраћања из оправданог разлога и уз оцјену да је извршење уговора ипак могуће, банка може да продужи рок враћања путем репрограма или да кредит обнови, тј. револвира.<sup>1</sup>

Постоји могућност извршења уговора и без сачињавања отплатног плана, и то уговарањем једнократне исплате на крају уговорног односа. У овом случају отплатни план није ни потребан, с обзиром да се кредит (и главница и камата) враћа одједном у цјелости и тиме се окончава уговорни однос. Овакав начин отплате се ријетко уговара и то углавном само код краткорочних кредита, а у теорији носи назив неотплатни кредит.<sup>2</sup> У новије вријеме се одомаћио и израз „отплата метак“ (*bullet repayment*), који се користи у англосаксонској литератури.<sup>3</sup>

Могуће је и раздвајање плаћања главнице и камата, тако што ће се камате плаћати кроз цијели период трајања кредита, а главница тек на крају. Слично овоме је и уређивање неједнаких рата кредита тако што се у почетку плаћају мањи износи, а тек на крају отплатног периода се плаћа највећи дио дуга (нпр. 30%). И овакав начин отплате има за назив сленг англосаксонског поријекла – тзв. „балон отплата“ (*balloon repayment*).<sup>4</sup> Циљ овог начина уређивања отплате је излажење у сусрет кориснику кредита, поготово уколико је кредитом финансирана нека инвестиција, те се претпоставља да ће она и доносити веће приходе кориснику крајем отплатног периода, из којих ће се лакше отплаћивати кредит. И саме рате кредита не морају бити распоређене у равномјерним временским интервалима, већ је могуће подешавање и одређених „вакуума“ у отплати, у складу са интересима корисника и омогућавања лакше и безболније отплате кредита.

Рате кредита носе назив ануитети.<sup>5</sup> И поред свог етимолошког поријекла не мора се радити о ратама кредита које доспијевају на

1 Слично и Војин Бјелица, *Банкарство*, Нови Сад, 1995, стр. 214.

2 Види: Асим Страњак, *Теорија иоипрошачкој кредити*, Загреб, 1971, стр. 20.

3 Види: Е. Р. Ellinger, Eva Lomnicka, *Modern Banking Law*, Oxford, 2002, стр. 654. Ипак, постоји и нешто другачије тумачење наведеног појма према коме се само главница враћа одједном, по доспјелости, а камата у редовним интервалима – нпр., полугодишње, годишње, и сл. Види: Iftekhar Hasan, Cristiano Zazzara, „Pricing risky bank loans in the new Basel 2 environment“, *Journal of Banking Regulation*, Apr-Jul. 2006, Vol. 7, Issue 3/4, стр. 264.

4 Види: Edmund Kwaw, *The Law and Practice of Offshore Banking and Finance*, Westport, 1996, стр. 120.

5 Лат. *annus* – година.

годишњем нивоу, већ је могуће уговарање и других временских интервала.<sup>6</sup> Ануитети не морају бити ни једнаког износа, већ могу и да се разликују тако што се каматна стопа смањује а износ главнице код сваке рате остаје исти. Код једнаких износа ануитета, пак, главница се повећава а камата смањује и тако се одржава исти износ.

Могуће је, коначно, и да период отплате не почиње са моментом коришћења кредита, већ по протеклу извјесног периода. Овакви кредити се називају кредитима са мировањем отплате (који такође имају свој назив англосаксонског поријекла – „период милости“)<sup>7</sup> и обично се овај начин отплате уговара код дугорочних инвестиционих кредита. Тако се, нпр., може уговорити да ће обавеза на отплату кредита почети тек кад фабрика, која ће се изградити из одобрених средстава, почне са производњом.<sup>8</sup> На тај начин се кориснику такође олакшава отплата, а за вријеме мировања тече камата на цијели износ одобрених средстава, која се назива интеркаларном. Обрачун интеркаларне камате престаје моментом почетка враћања кредита у складу са отплатним планом (нпр. почетком отплате ануитета по истеку периода мировања). Сама интеркаларна камата се може плаћати одвојено у току коришћења кредита (нпр. полугодишње) или се може обрачунати и приписати главном дугу, те касније враћати кроз ануитете или одједном, по истеку коришћења кредита.<sup>9</sup>

Поједине врсте кредита садрже и одређене специфичности у погледу начина израчунавања каматне стопе и њене презентације кориснику, као и у погледу враћања позајмљеног износа. Нпр., код контокорентних кредита се обрачун камате врши приликом сваког салдирања, без обзира у којим интервалима се то чини (по правилу, најмање једном годишње, а могу и дневно),<sup>10</sup> а приписује се у предвиђеним интервалима (нпр. мјесечно). Могуће је одобравање и бескаматних минуса по рачуну у краћим интервалима (нпр. 30 или 45 дана), у којима се дуг мора

6 У њемачком Грађанском Законику (у даљем тексту: BGB; *Bürgerliches Gesetzbuch* 1896, у верзији од 2.1.2002. год., *Bundesgesetzblatt*, I p. 42, 2909; 2003 I p. 738, са амандманима од 19.2.2007, *Bundesgesetzblatt*, I p. 738, и 4.12.2008, *Bundesgesetzblatt*, I 2586, те 28.9.2009, *Bundesgesetzblatt*, I p. 316. Превод на енглески: Langenscheidt Translation Service, доступно на адреси: [www.gesetze-im-internet.de/english\\_bgb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/english_bgb/index.html), 2011 juris GmbH Saarbrücken) је, прије брисања, у пар. 608 управо била предвиђена претпоставка да камате на зајам, ако шта друго није предвиђено уговором, доспијевају по истеку сваке године. Види: Klaus Hopt, Peter Mülbert, *Kreditrecht (Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht)*, Berlin, 1989, књига II, стр. 216.

7 Односно, *grace period*, који обично траје од једне до пет година.

8 Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1999, стр. 612.

9 Видјети Милан Голијанин, *Банкарство Југославије*, Београд, 1983, стр. 291.

10 Видјети Arwed Koch, *Kredit im Recht*, Jena, 1925, стр. 30.

измирити јер се у супротном камата обрачунава на цјелокупни период задужења.<sup>11</sup>

Код ове врсте кредита није потребно израђивати ни отплатни план (као и код свих оквирних кредита), с обзиром да се такви кредити враћају из прилива који пристигну на клијентов рачун.<sup>12</sup> Стога се овдје поставља и питање права кредитора да захтијева плаћање у било које вријеме, независно од клијентовог интереса. Могло би се закључити да клијент, уколико жели да се осигура од оваквих неугодности, треба да уговори искључење наведеног права кредитора. Дакле, кредитор би се морао експлицитно или имплицитно одрећи од коришћења овог права. Овакав закључак потврђује и англосаксонска судска пракса, гдје је у једном случају одбијен став одбране да се банка одрекла наведеног права, јер то није учинила изричито нити прећутно, а околности случаја, које су се састојале у томе да је клијентово пословање било у силазној путањи, су указивале на оправданост захтјева да се врати позајмљени износ прије него што то буде немогуће. На крају је истакнуто да би захтјев одбране био уважен да банка није изричито задржала своје право да захтијева враћање кредита у било које доба.<sup>13</sup> Уосталом, из наведених специфичности произлази и чињеница да су контокорентни кредити обично јефтинији за кориснике од других врста кредита.<sup>14</sup>

Супротно контокорентним кредитима, код оквирних кредитних линија код који се не могу унапријед утврдити датуми повлачења средстава, свако такво повлачење се сматра посебним кредитом за који се израђује отплатни план са исказаном ефективном каматном стопом (у даљем тексту: ЕКС).<sup>15</sup>

## 2. Мјесто отплате кредита

У погледу мјеста гдје се може вршити отплата кредита не би требало бити много дилема кад су у питању кредитни односи у националним оквирима. То је, у складу са општим правилима облигационог права, мјесто сједишта повјериоца новчане престације. Као такво се, у конкуренцији обостраних новчаних престација узима сједиште оне

11 Видјети Татјана Јованић, *Пошрошачки кредити*, Београд, 2004, стр. 155.

12 Видјети Т. Ш. Упутства за примјену Одлуке о јединственом начину обрачуна и исказивања ефективне каматне стопе на кредите и депозите, Агенција за банкарство Р. Српске, 15.2.2012. год.

13 Случај *Williams & Glyn's Bank v. Barnes*, (1981) Com. LR 205. Преузето од Е. Р. Ellinger, Е. Lomnicka, *нав. djelo*, стр. 641–642.

14 *Ibid*, стр. 636. Иако аутори на другом мјесту указују да и ово правило не мора да се спроводи потпуно досљедно у пракси. Види: стр. 11–12.

15 Т. Ш наведеног Упутства.

стране која се професионално бави дјелатношћу одобравања кредита, тј. банке или друге овлашћене финансијске организације. Осим тога, обавеза кредитора код неких врста кредита, попут робних, не мора уопште бити новчаног карактера. Обично се сједиште кредитора уноси и у садржај уговора о кредиту као мјесто закључења уговора. Плаћање се, међутим, може обављати и преко филијала банке, која може бити разграната и у интернационалним оквирима, као и код било које друге организације овлашћене за платни промет, које у том случају средства морају пребацити на рачун кредитора и могу се позивати на одговорност у случају доцње.

У случају међународних кредита, одређивање мјеста плаћања је од много већег значаја, с обзиром да се трансакција може обављати и у иностранству, а даваоци кредита могу имати зависна друштва у више држава. Обично се уговара да ће мјесто плаћања бити у сједишту банке у земљи валуте у којој је уговорена отплата. На тај начин се избјегавају ризици конверзије валуте, евентуалне блокаде плаћања и омогућава примјена права валуте плаћања, с обзиром да се оно одређује као мјеродавно право. На овај начин се избјегавају и проблеми временских разлика који могу изазвати дилеме око тога да ли је плаћање извршено на вријеме. Наиме, и вријеме и метод плаћања се одређују према праву валуте плаћања. Према наведеном праву се одређују и евентуални порези.<sup>16</sup>

### 3. Вријеме отплате кредита

И вријеме, као и мјесто плаћања кредита, треба бити одређено самим уговором о кредиту и мало је вјероватно да банка, као професионална организација за обављање ових послова, пропусти то учинити. Вријеме плаћања се тачно прецизира отплатним планом и то може да се уреди тачним одређивањем датума када поједине рате кредита доспијевају за наплату или пак одређивањем периода (нпр. мјесец дана, и сл.), рачунајући од момента закључења уговора о кредиту или од момента пуштања кредита у течај.

Уколико би се, пак, догодила више теоретска могућност него практична реалност да банка не одреди вријеме доспјелости кредита за наплату, могло би се примјенити опште правило дужничко-повјерилачких односа да је дужник у обавези враћања позајмљеног износа по позиву повјериоца у разумном року.<sup>17</sup> Тешко је вјероватно да је овакав ис-

16 Видјети Philip R. Wood, *International loans, bonds and securities regulation*, London, 1995, стр. 25-27.

17 Према чл. 314 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 17/93 и 3/96), ако рок није одређен, а

ход могућ у пракси, поготово из разлога што је вријеме испуњења битан састојак уговора о кредиту и по самом закону.<sup>18</sup> Уколико се кредит враћа одједном, тада није потребно сачињавање отплатног плана, већ само одређивање датума доспјелости новчане обавезе дужника.

Прецизирање времена доспјелости има велики значај приликом испитивања да ли је дошло до доцње и тиме проузрокована обавеза плаћања затезних камата или активирано право кредитора на раскид уговора и захтијевање враћања и недоспјелих износа, затим и одређивања да ли је до плаћања дошло прије или послје давања налога за замрзавање плаћања или момента отварања стечајног поступка над дужником, што може имати утицаја на судбину извршене уплате.<sup>19</sup>

За одређивање тачног момента кад се сматра да је плаћање извршено може се прихватити опште правило о моменту испуњења новчаних обавеза из чл. 318 Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО).<sup>20</sup> Према томе, најмање дилема производи ситуација када клијент врши директну уплату на кредитну партију отворену у банци кредитору за сврху отплате кредита. На овом рачуну се врши књижење свих уплата, како благовремених, тако и оних извршених прије или послје доспјелости. Примљени износи ануитета се распоређују на одговарајуће дијелове главнице и камата и зарачунавају се евентуалне затезне камате, те врше и посебна књижења.<sup>21</sup>

Дужник, међутим, не мора вршити директну уплату кредитору, већ може то учинити и преко банке код које има отворен рачун или

---

сврха посла, природа обавезе и остале околности не захтијевају извјестан рок за испуњење, повјерилац може захтијевати одмах испуњење обавезе, а дужник са своје стране може тражити од повјериоца да одмах прими испуњење. Ова одредба је задржана и у Преднацрту Грађанског законика Србије упућеном на јавну расправу (чл. 297 Преднацрта). Садржај Преднацрта Грађанског законика (у даљем тексту: ГЗ) доступан је на адреси: [http://www.kopaonikschool.org/gradjanski\\_zakonik.html](http://www.kopaonikschool.org/gradjanski_zakonik.html), 31.1.2015. год. Међутим, у алтернативној верзији чл. 1409 Преднацрта (који је у основној верзији идентичан члану 1065 ЗОО-а) се предвиђа конкретно рјешење за уговор о кредиту према којем разумни рок износи најмање три мјесеца (ово је, у ствари, и отказни рок).

18 Види: ЗОО, чл. 1066. Ово рјешење је задржано и у Преднацрту ГЗ-а, па чак и још детаљније разрађено, поготово у алтернативној верзији чл. 1409а ст. 2, у којој се изричито захтијева да уговором о кредиту буду уређени и „метод код отплате у ратама, висина рате и њено доспеће“. Наведеном одредбом се захтијева и додатно одређење висине каматне стопе за случај доцње корисника кредита.

19 Више о значају времена плаћања: Р. Wood, *нав. гјело*, стр. 27.

20 Ово рјешење је садржано и у чл. 301 Преднацрта ГЗ-а, с тим да је изостало регулисање плаћања преко поште. Такође, када је у питању плаћање путем чека, у ст. 2 наведеног члана је извршено додатно прецизирање да се моментом исплате сматра „дан кад је дужникова банка задужила рачун издаваоца, а банка од повјериоца примила уплату“.

21 Види: Радомир Стевановић, *Банке и банкарско йословање*, Београд, 1976, стр. 95.

чак и преко неке друге финансијске организације овлашћене за послове платног промета. Тад ће се сматрати да је плаћање извршено оног момента кад тој банци или организацији стигне новчана дознака у корист кредитора или вирман банци или финансијској организацији да одобри кредитору износ означен у налогу.<sup>22</sup> Било би неправично захтијевати да уплата стигне на кредитни рачун прије доспјелости, јер би то значило да корисник кредита мора водити рачуна о времену које је потребно да уплаћени износ путем платног промета стигне на рачун кредитора, а био би оштећен и за тај период у којем би му се зарачунавала камата иако није у могућности да користи позајмљена средства.<sup>23</sup> Ово правило се, наравно, примјењује уколико уговорне стране не уговоре другачији начин плаћања.

Од уговореног времена отплате се, под одређеним условима може одступити на штету корисника кредита, када кредитор може имати право на захтијевање враћања кредита прије доспјелости. Ово право се може користити само ако је изричито уговорено, као нпр. у случају дугорочних кредита са фиксном каматном стопом гдје кредитор може резервисати за себе право да послѣе извјесног периода (нпр., пет година) захтијева враћање кредита и преговарање о условима новог кредита.<sup>24</sup> Друга могућност постоји у случају поступања корисника противно одредбама уговора, као нпр. недостављања средстава обезбјеђења. Коначно, овакав исход је могућ и у случају наступања одређених околности које неминовно воде гашењу уговорног односа, као што је отварање стечајног поступка над имовином корисника кредита.<sup>25</sup> Кредитор наведено право може уговорити и за случај наступања одређених околности које не зависе од воље и поступака ниједне од уговорних страна, као нпр. у случају измјена легислативе и установљења забране таквих плаћања (мораторијума плаћања) – тзв. клаузула нелегалности. Ова клаузула је посебно значајна код међународних кредита како би се банка заштитила од губитака. Наиме, може доћи до накнадног стварања тзв. „шепајућих уговора“ тако што ће, нпр., по јурисдикцији сједишта даваоца кредита бити забрањено извршење уговора (примјера ради, мораторијум на трансакције, наредба о блокирању или замрзавању рачуна, и сл.), док би по праву мјеродавном за уговор, исти и даље могао да

22 Види: ЗОО, чл. 318 ст. 1. У чл. 301 ст. 1 Преднацрта ГЗ-а изостало је регулисање плаћања путем вирмана дужникове банке.

23 Тако и Илија Брковић, *Крайкорочно кредитирање и финансирање обрћних средстава*, Загреб, 1959, стр. 146.

24 Види: Здравко Глушица, *Франшизинг*, Нови Сад, 1991, стр. 94.

25 Слично објашњење даје и Слободан Перовић, *Облигационо право I*, Београд, 1986, на стр. 650, у случају уговора о зајму.



се реализује. У овим случајевима кредитор има право да откаже уговор и тражи враћање позајмљеног износа од стране корисника кредита.<sup>26</sup>

### III Посљедице доцње корисника кредита

Питање доцње корисника кредита у вези са извршавањем основне уговорне обавезе, а то је његова отплата, је логичан наставак расправе о проблему времена плаћања кредита, поготово што може завршити испуњењем обавезе прије доспјелости, те не представља питање чија се анализа врши само у контексту права кредитора на раскид уговорног односа. Начелно, новчана обавеза се не гаси аутоматски наступањем доцње. У вези са овим потребно је испитати какве посљедице оставља извршење уговорне обавезе по истеку доспјелости, односно у чему је разлика у односу на благовремено плаћање.

#### 1. Испуњење обавезе након доспјелости

Несумњиво је да продужавање рока плаћања изазива и повећање трошкова за корисника кредита, али се ова посљедица може манифестовати на различите начине. Једна од могућности се јавља већ приликом самог закључења уговора о кредиту, а то је уговарање опције продужетка рока плаћања, за шта се кредитору плаћа и посебна накнада (тзв. *extension fee*).<sup>27</sup> Свакако да је непожељно већ у самом старту прогнозирати такву могућност, али постоје компликовани и комплексни пројекти у чијој реализацији постоји већа вјероватноћа да може доћи до застоја, па је пожељно укалкулисати и додатно вријеме за враћање кредита и на тај начин избјећи ситуацију да се корисник кредита нађе у доцњи.

Ипак, у одређеним случајевима може доћи до немогућности отплате и због разлога који нису кривица дужника или бар не представљају посљедицу његове искључиве одговорности,<sup>28</sup> па и кредитор у таквим случајевима излази у сусрет допуштајући продужење рока отплате. Понекад се кредитор одлучује за такав чин и независно од разлога који су довели до доцње сматрајући да ће кредит ипак бити исплаћен у додат-

26 P. Wood, *нав. гјело*, стр. 57–58.

27 Видјети Ira W. Nachem, *The complete guide to financing real estate developments*, New York, 2007, стр. 455.

28 Управо из наведених разлога, у Преднацрту ГЗ-а се сасвим оправдано предлаже додавање новог ст. 3 у чл. 309 (који је идентичан члану 324 ЗОО-а), према којем „дужник не долази у доцњу ако докаже да је задоцнио са испуњењем услед више силе или неких других околности за које он не одговара“. Али ако до дјелимичне или потпуне немогућности испуњења обавезе дође услед више силе која је наступила тек након што је дужник већ пао у доцњу, тада ће он одговарати за штетне посљедице задоцњења (видјети и чл. 310 ст. 2 наведеног Преднацрта).

ном року, а желећи да на тај начин задржи и добре пословне односе са клијентом. Поред тога, кредитор и у овим случајевима често остварује додатну накнаду, која се нпр. састоји у повећању каматне стопе за додатни период који је остављен за испуњење дуга.<sup>29</sup>

Поједини аутори сматрају да се у овим случајевима може говорити о новацији уговора о кредиту, међутим, не бисмо могли прихватити такво становиште с обзиром да разлика између старе и нове облигације мора бити у предмету и основу, што није случај са продужењем рока за отплату.<sup>30</sup> У сваком случају, продужење рока за отплату мора бити уговорено писменим путем, као и сам уговор о кредиту, јер се практично ради о измјенама уговора, и то мора бити потврђено од овлашћених лица. У случају банке као даваоца кредита о томе би морао да одлучи кредитни одбор који је одлучивао и о одобравању кредита. Дакле, исти орган треба да да престанак, а не неко други, па чак ни директор.<sup>31</sup>

У случајевима доцње са отплатом кредита повјериоци често активирају и претходно резервисана права из тзв. рестриктивних клаузула.<sup>32</sup> На овај начин се они мијешају у само пословање дужника и слободно се може рећи да стичу статус „директора из сјенке“, те практично постају доминантнији од регистрованих власника задуженог привредног друштва.<sup>33</sup> То се може спроводити кроз низ различитих мјера, као

- 29 Тако је било у некадашњој регулативи – Наредби о затезним каматама, коју је до- нио Државни секретаријат за послове финансија (*Сл. листи ФНРЈ*, бр. 5/57, 11/58, 19/58), према којој ако је банка из оправданих разлога одобрила дужнику одлагање плаћања доспјелог дуга, може умјесто затезне камате зарачунати и наплатити по- вишено редовну камату по стопи која не може бити већа од првобитно уговорене редовне каматне стопе увећане за 2%. Видјети И. Брковић, *нав. дјело*, стр. 148.
- 30 Наведени став заступа и Мирољуб Савић, *Правни облици кредитирања у међународним односима*, необјављена докторска дисертација, Београд, 1977, стр. 182–183.
- 31 Овакво становиште је заузето и у пресуди Врховног привредног суда, *Сл. 1969/70 од 1.3.1971. год. Види: Младен Косовац (ур.), Облици уговори кроз судску прак- су*, Београд, 1978, стр. 175–176.
- 32 И у Преднацрту ГЗ-а се чланом 1411 уводи појам „рестриктивних клаузула“, и то у ужем смислу. Наиме, под наведеним клаузулама се сматрају клаузуле које ограничавају располагање средствима дужника, додатно задуживање и друге ис- плате (ст. 2 наведеног члана). С друге стране, у оквиру истог наслова се у ст. 1 говори о сасвим другом праву кредитора да у случају доцње корисника кредита, као и у случају отказа даваоца кредита, има право у складу са уговором о кредиту да потраживање по основу датог кредита наплати из свих средстава које корисник кредита има на депозитима код банке као кредитора, као и из других потраживања корисника кредита према банци кредитору. Овдје се, у ствари, и не ради о рестрик- тивним клаузулама, већ о институту пребијања међусобних потраживања.
- 33 Тиме наведене уговорне одредбе попримају и статусни карактер. За више, видјети Зоран Васиљевић, „Статусни карактер рестриктивних клаузула из уговора о кре- диту“, *Правна ријеч*, бр. 36/2013, стр. 523–533.

што су условљавање избора одређених чланова управе, захтијевање доношења одређених одлука (нпр., о отпуштању радника), забрани доношења одлука (нпр., о набавци нове опреме или о реорганизацији) или захтијевањем добијања претходне сагласности на одређене одлуке (нпр., на сва располагања имовином велике вриједности). Остваривање права оваквог карактера мора да исходи и одговорношћу за проузроковање евентуалних штетних посљедица, како самом кориснику кредита, тако и погођеним трећим лицима, аналогно положају лица која у складу са правилима компанијског права имају одговорност за управљање привредним друштвима. С друге стране, у циљу спречавања пропуста дужника и заштите његових имовинских права према трећим лицима, кредитори би могли у случају падања у доцњу вршити његова имовинска права (у име и за рачун дужника) према трећим лицима која он не врши на штету повјерилаца, изузев оних која су искључиво везана за дужникову личност. Друга страна у наведеним случајевима би могла кредитору истаћи све приговоре и друга средства одбране која има и према дужнику (односно свом повјериоцу). Ако кредитор успије овим путем остварити неко дужничково имовинско право, онда би могао стећи и право наплате из вриједности тог права.<sup>34</sup>

Коначно, банка може у случају доцње дужника искористити и право на зарачунавање затезне каматне стопе у складу са Законом о висини стопе затезне камате.<sup>35</sup> Ово право се може остварити уколико није унапријед предвиђено плаћање већ споменуте накнаде за доцњу. Ово право банка може остваривати независно од коришћења права на раскид уговора. Банке зарачунавају наведену стопу почев од дана доспјелости дуга, па до дана извршеног плаћања, иако у упоредноправној теорији, као и нашој, постоји став да се ова камата треба зарачунавати од датума достављања позива на плаћање или обраћање суду.<sup>36</sup> У САД, пак, у појединим државама, стопа затезне камате не зависи само од коришћења математичких метода, већ се разликује зависно од фазе у којој се налази поступак извршења над средствима обезбјеђења. Обично се узима виша стопа све до доношења пресуде о извршењу и продаји, након чега се

34 И то првенствене наплате, према рјешењу чл. 259 Преднацрта ГЗ-а.

35 *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 19/01, 52/06 и 103/08. Преднацртом ГЗ-а Србије се такође у чл. 256 ст. 2 предвиђа да се стопа затезне камате утврђује посебним прописима, али се даје и напомена да је у претходној стручној расправи сугерисано да се стопа затезне камате регулише управо овим Законом, као што је учињено и у Хрватској.

36 Види: Alan et Marie Claire Piedelievre, *Droit du credit*, Paris, 1985, стр. 22; Дарко Терек, „Сличности и разлике уговора о зајму и уговора о кредиту“, *Рачуноводство и финансије*, Загреб, бр. 4/1998, стр. 86. Овај аутор истиче да се затезне камате називају и процесним управо из разлога што теку од подношења захтјева суду.

каматна стопа враћа на законом прописану у односној држави.<sup>37</sup> Дакле, постоје упоредноправно посматрано различити методи одређивања ове врсте каматне стопе, као и субјекти који имају утицаја на тај процес.

У нашем праву би морало да се уважи рјешење из чл. 279 ст. 2 ЗОО-а према коме „на износ неисплаћене камате може се захтијевати затезна камата само од дана када је суду поднесен захтјев за њену исплату“.<sup>38</sup> Такође, постојала је дилема и у вези могућности обрачуна затезне камате заједно са уговорном. Ова могућност је некад била допуштена и у нашој судској пракси.<sup>39</sup> Доношењем ЗОО-а, наведена дилема је разријешена у смислу да се може примјењивати једна или друга каматна стопа, али не и обе заједно. То произлази из рјешења да „ако је стопа уговорене камате виша од стопе затезне камате, она тече и послје дужникове доцње“.<sup>40</sup>

Могло би се закључити да је одређивање права на затезну камату императивног карактера, те га се ималац не би могао унапријед уговорно одрећи, а може га искористити независно од штете коју је претрпио и питања да ли ју је уопште претрпио услјед закашњења са отплатом дуга. Корисник кредита је дужан платити затезну камату независно од тога да ли је крив за закашњење.<sup>41</sup> Уколико је, пак, кредитор претрпио

37 Видјети Alan Wolf, Bruce J. Bergman, „The 20 Greatest Loan Servicing MYTHS“, *Mortgage Banking*, Sep. 2005, Vol. 65, Issue 12, стр. 91. (т. 18).

38 Тако и чл. 258 ст. 2 Преднацрта ГЗ-а.

39 Видјети Пресуду Врховног привредног суда П 407/67 од 9.4.1968. год., у којој се ни не поставља дилема око могућности заједничког обрачуна редовне и затезне камате, већ се расправља о питању да ли ове двије стопе заједно могу да износе преко 12% и на крају закључује да могу, с обзиром да ниједним прописом то није забрањено. Видјети М. Косовац (ур.), *нав. гјело*, стр. 183–184.

40 Видјети ЗОО, чл. 277 ст. 2 (овакво рјешење је садржано и у чл. 256 ст. 3 Преднацрта ГЗ-а, али постоји и алтернативна верзија према којој би наведени став био брисан). Тако и Д. Терек, *нав. чланак*, стр. 86. Овај аутор се бави и питањем одређивања висине затезне камате на страну валуту, те закључује да уколико се конверзија врши у домаћу валуту, од момента конверзије се обрачун врши као и за кредите у домаћој валути, док у случају кредита искључиво у иностраној валути или за период до момента конверзије у домаћу валуту треба прихватити рјешење судске праксе о примјени рјешења из чл. 399 ст. 1 ЗОО-а према коме повјерилац има право на затезне камате по стопи коју банка у мјесту испуњења плаћа на девизне штедне улоге по виђењу. Аутор се позива на пресуде Врховног суда Хрватске: Рев-2514/89 од 9.10.1990. и Рев-37/87 од 3.6.1987. Види стр. 89 наведеног чланка. Рјешење из чл. 399 ЗОО-а је садржано и у чл. 364 Преднацрта ГЗ-а, с тим да је у ст. 3 прецизирано да се ради о уобичајеној (просјечној) каматној стопи која се у мјесту испуњења плаћа на штедне улоге по виђењу. Међутим, предвиђен је и алтернативни чл. 364 који би донио сасвим ново рјешење, према коме, „ако је каматна стопа уговорена а није одређена њена висина, важи стопа законске затезне камате, ако за поједине обавезе није друкчије прописано“.

41 Видјети Иван Буклаш, „Уговор о зајму“, *Привредно-правни йриручник*, Београд, бр. 10/80, стр. 22.

већу штету од износа који му се надокнађује путем затезне камате, мора да је докаже. Притом, има право како на накнаду стварне штете, тако и изгубљене добити.

## 2. Раскид уговора о кредиту

Иако по посљедицама не би требало бити разлике између коришћења права на раскид и права на отказ уговора, ипак је могуће и потребно извршити и њихово разграничење. Наиме, отказ трајног дуговинског односа, какав је уговор о кредиту, је законски предвиђен начелно само за случајеве када вријеме трајања тог односа није одређено.<sup>42</sup> Ово не би ни теоријски требало бити могуће код уговора о кредиту, с обзиром да су услови враћања и законски наведени као битан елемент уговора, а поготово практично с обзиром да даваоци кредита строго воде рачуна о роковима у којима корисник кредита треба да им измири своје обавезе и то унапријед предвиђају у самом садржају уговора. Такође, посебно сачињавају и план отплате који достављају кориснику. Из ових разлога би терминолошки исправније било служити се изразом „раскид“, него „отказ“ уговора о кредиту. И поред тога, наш ЗОО, а и банке у пракси, се служе другим наведеним термином.<sup>43</sup> У прилог ставу да је исправније коришћење термина „раскид“ говори и рјешење самог законодавца на другом мјесту, када се ради о раскиду уговора о зајму, и то из истог разлога као и у случају уговора о кредиту, тј. ненамјенског коришћења.<sup>44</sup> Ово је још један аргумент у прилог коришћења термина „раскид“, с обзиром да се право на отказ користи превасходно у неконфликтним односима када нема повреде уговорних обавеза, што није случај како у наведеном примјеру, тако и код доцње корисника са отплатом кредита. Стога ћемо се и ми определијелити за термин „раскид“ уговора о кредиту.

У нашој регулативи, као уосталом ни било гдје у упоредном праву, се не наводе сви могући разлози за раскид уговора о кредиту, нити

42 Види: ЗОО, чл. 358 ст. 1. Овакво рјешење је садржано и у чл. 349 Преднацрта ГЗ-а.

43 Види: ЗОО, чл. 1067. Термин „отказ“ је задржан и у Преднацрту ГЗ-а. Видјети чл. 1410, који садржи и додатни ст. 3 у односу на чл. 1067 ЗОО-а, према коме, „у случају отказа кредита све преостале рате сматрају се доспелим даном отказа“. Такође, и у алтернативној варијанти чл. 1410 се говори о праву банке на отказ уговора прије истека уговореног рока. Дакле, према садашњем стању, ни ГЗ неће извршити корекцију постојеће нелогичности из ЗОО-а.

44 Види: ЗОО, чл. 566. Такође, и чл. 581 Преднацрта ГЗ-а, али постоји и алтернативно рјешење, према којем „ако је уговором одређена сврха у коју зајмопримац може употребити позајмљени новац, па га он употреби у неку другу сврху, зајмодавац може захтевати да му се позајмљени новац одмах врати“. Дакле, не наводи се да ли уговорни однос престаје на основу отказа или раскида.

се то чини једнако уопштено. У посебним одредбама ЗОО-а, које се односе на уговор о кредиту, се као разлог наводе: а) коришћење кредита у супротности са његовом намјеном; б) инсолвентност корисника, чак и кад није утврђена судском одлуком; в) престанак корисника правног лица или смрт физичког лица, ако би давалац кредита дошао у битно неповољнији положај.<sup>45</sup> Овоме се могу додати још три основа која се односе на све уговорне односе: а) неиспуњење уговора, б) промијењене околности, в) немогућност испуњења.<sup>46</sup>

Пожељно је зато да се и самим уговором о кредиту прецизирају основи и поступак раскида (нпр., остављање рока за отклањање повреда уговора или просто, отказног рока, односно предвиђање аутоматског раскида), како би се избјегле спорне ситуације.<sup>47</sup> У случају односа са елементом иностраности, од користи је и уношење клаузула о мјеродавном праву и надлежном суду за рјешавање евентуалних спорова и одређивање оправданости основа за раскид уговора.<sup>48</sup>

Што се тиче прва три посебна разлога за раскид уговора о кредиту, закон није дефинисао сам поступак њихове реализације, те би се могла аналогно примијенити рјешења предвиђена за отказ уговора, с обзиром да се ЗОО ионако и служи наведеним термином, али то би се могло учинити и независно од тога. Дакле, с обзиром да овдје није ријеч о гашењу уговора на основу самог закона, уговорна страна која жели остварити право на раскид уговора, тј. давалац кредита, мора доставити изјаву сауговорачу, тј. кориснику кредита. Кредитор то може учинити у свако доба, само не у невријеме. Притом, законска претпоставка је да се кориснику кредита треба оставити и примјерен отказни рок, који се може прецизирати самим уговором. Обично се у банкарској пракси користи рок од 30 дана. Уговором би се, ипак, могло предвидјети и да до раскида може доћи аутоматски након обавјештавања, без остављања отказног рока.<sup>49</sup>

У упоредном праву се могу наћи и другачија рјешења. Интересантно је било рјешење њемачког Грађанског законика прије извршене ревизије, које је разликовало редовни и ванредни отказ код уговора

45 Види: ЗОО, чл. 1067.

46 ЗОО, чл. 124–138. Упоредити са чл. 76–92 Преднацрта ГЗ-а.

47 У алтернативној верзији чл. 1409а ст. 2 Преднацрта ГЗ-а се као један од битних дијелова садржаја уговора о кредиту управо наводи и одређивање услова и поступка раскида уговора.

48 Више о наведеном проблему код међународних кредита види: Carsten-Thomas Ebenroth, Ulrich Parche, „Schiedsgerichtsklauseln in internationalen Konsortialkreditverträgen und Umschuldungsabkommen“, *Recht der internationalen Wirtschaft*, Heidelberg, бр. 5/1990, стр. 342–343.

49 Види: ЗОО, чл. 358 (а посебно ст. 5 наведеног члана).

о кредиту. Прва варијанта је садржавала и отказни рок, а друга врста се могла истицати из важних разлога и са тренутним дејством.<sup>50</sup> Такав разлог би било нпр., кашњење са отплатом кредита на основу кога кредитор нема више интереса за испуњењем уговора и стиче право на повраћај датог, уз накнаду штете.<sup>51</sup> Други разлог би било ненамјенско коришћење кредита, када је намјена уговорена. Сада се кредитор на раскид уговора са тренутним дејством у њемачком праву може позивати на општу одредбу из пар. 314 *BGB*-а, која му даје то право уколико постоји убједљив разлог, а за дефиницију истог се користи недовољно прецизна формулација да треба да се ради о случају када, узимајући у обзир све околности одређеног случаја и цијенећи интересе обију страна, не може да се разумно очекује да страна која тражи раскид настави уговорни однос до договореног окончања или до истека отказног рока.<sup>52</sup>

Да финансијска способност корисника кредита представља једнако важан разлог за опстанак кредитора у уговорном односу, говори директно указивање на инсолвентност као разлог за раскид кредитног односа како у нашем, тако и у њемачком праву. Штавише, инсолвентност не мора бити утврђена судском одлуком ни у једном од два наведена права, већ је довољно и само постојање опасности доласка до битног умањења финансијске способности дужника која може имати утицаја и на извршење обавеза из уговора о кредиту.<sup>53</sup> У њемачком праву ово представља и једини основ код уговора о кредиту за који се предвиђа могућност раскида уговора са тренутним дејством.<sup>54</sup>

И у англосаксонском праву и пракси се предвиђа не само формално покретање стечајног поступка и њему сличних процедура, већ и сама опасност од инсолвентности дужника, као разлог за раскид уговора о кредиту. Тако се у текст уговора уносе и клаузуле о „материјално штетним промјенама“, које се односе на све промјене у имовини корисника које по мишљењу кредитора могу бити штетне по његову финансијску способност. Кредитори се кроз уговарање овакве клаузуле штите од свих могућих догађаја у пословању корисника које нису могли предвидјети, а који им могу дати повода за бригу.<sup>55</sup> Међутим, код примјене наве-

50 Види: Bernd Stauder, *Der bankgeschäftliche Kreditschließungsvertrag*, Bielefeld, 1968, стр. 157.

51 Видјети *ibid.*, стр. 126. Такође, К. Нопт, Р. Мүлберт, *нав. гјело*, II књига, стр. 193–196.

52 Ст. 1. наведеног параграфа *BGB*-а.

53 Упореди чл. 1067 ЗОО-а и пар. 490 ст. 1 *BGB*-а.

54 К. Нопт, Р. Мүлберт, *нав. гјело*, књига II, стр. 284, наводе ово као практично најважнији основ за раскид уговора о кредиту.

55 Види: Sue Wright, *International loan documentation*, Hampshire-New York, 2006, стр. 179. Такође, Р. Вуд, *нав. гјело*, стр. 50–51.

дене клаузуле се мора водити рачуна и о споменутом начелу забране злоупотребе права како не би, коришћењем њене непрецизности и субјективним тумачењем, кредитори неоправдано довели корисника кредита у безизлазну позицију. Поред клаузуле „материјално штетних промјена“, у англосаксонском праву се користи још једна клаузула под називом „*cross-default*“, која има за циљ да заштити кредитора од инсолвентности корисника и немогућности намирења потраживања. Наиме, овом клаузулом се дозвољава кредитору да раскине уговор и када корисник уредно отплаћује рате кредита, уколико он то не чини у односу према другом кредитору или уколико други кредитор покрене поступак извршења на имовини корисника кредита због неплаћања дуга, или макар стекне право да покрене такав поступак.<sup>56</sup>

Примјери уношења наведених опасности као разлога за раскид уговора се могу наћи и у нашој банкарској пракси, али не груписани у облику наведених клаузула, већ појединачно, као нпр., „сазнање да се против корисника води извршни или други поступак који би утицао на његово извршавање уговорних обавеза“. Такође, могуће је и уношење уопштених израза који дају повода за разна тумачења, као и могућност за злоупотребе, попут слиједеће одредбе: „ако наступе околности због којих би даље извршавање обавеза за банку представљало значајно повећање ризика“. Наиме, сваки уговорни однос има одређену дозу ризика у погледу могућности неиспуњења или неуредног испуњења, а нарочито кредитни однос, те га банке као субјекти који се професионално баве овом дјелатношћу морају узети у обзир, па им се остварење права на раскид треба допуштати само у случајевима када заиста, по објективним мјерилима, постоји значајно повећање ризика неиспуњења обавезе, а не и у случају сваког ризичнијег догађаја у пословању њиховог клијента, а поготово с њим повезаних субјеката.

Према томе, разлог за раскид уговора о кредиту може бити не само дужничка доцња, већ и постојање основане сумње у могућност падања корисника кредита у дужничку доцњу. С обзиром на то, постоји и опште рјешење о могућности раскида било ког уговорног односа, па тако и кредитног, због неиспуњења уговорне обавезе.<sup>57</sup> Према наведеном рјешењу, када једна страна не испуни своју обавезу, друга страна може, уколико није шта друго одређено, захтијевати испуњење обавеза или под законским условима раскинути уговор простом изјавом ако раскид уговора не наступа по самом закону, а у сваком случају има право на накнаду штете.<sup>58</sup> Под ову одредбу се може, дакле, подвести

56 Видјети Р. Wood, *нав. дјело*, стр. 48; S. Wright, *нав. дјело*, стр. 171.

57 Видјети ЗОО, чл. 124-132.

58 ЗОО, чл. 124. Такође, чл. 76 Преднацрта ГЗ-а.



свако неиспуњење уговорне обавезе, а поготово оне основне из уговора о кредиту, а то је отплата кредита, тј. главнице и камата.

Доцња са отплатом кредита, дакле, представља основ за раскид уговорног односа, што је сасвим разумљиво рјешење, с обзиром да се ради о основној обавези корисника кредита чије је уредно испуњење и главни мотив закључења уговора од стране кредитора. Штавише, с обзиром да је рок испуњења ове обавезе битан састојак уговора о кредиту,<sup>59</sup> могло би се примијенити и законско рјешење да се у случају њеног неиспуњења о року, уговор раскида по самом закону.<sup>60</sup> Давалац кредита, ипак, може одржати уговор на снази захтијевањем испуњења обавезе, те уколико је корисник не испуни ни у накнадно остављеном року, може тражити раскид уговора.

У пракси се и сами даваоци кредита користе могућношћу остављања накнадног рока корисницима кредита у коме, уколико дође до измирења дуга, уговор и даље остаје на снази, с тим да задржавају право на затезне камате које зарачунавају дужницима за вријеме доцње.<sup>61</sup> Ипак, с обзиром да закон предвиђа изјашњавање повјериоца о остављању накнадног рока у случајевима фиксних уговора код којих је предвиђено да раскид наступа по самом закону, интересантно би било рјешавање случајева кад дужник у доцњи ипак измири обавезу прије него што је кредитор покренуо судски поступак намирења, у случајевима кад самим уговорима о кредиту није предвиђено остављање отказног рока. Тумачењем законског рјешења морало би се даваоцу признати право на раскид и поред накнадног измирења дуга.<sup>62</sup>

59 Ипак, у алтернативној варијанти чл. 1409 (који је у основној верзији идентичан члану 1065 ЗОО-а) се у ст. 2 оставља могућност закључења уговора о кредиту и без одређивања рока враћања, па се за такве ситуације предвиђа и обавеза поштовања отказног рока од најмање три мјесеца прије раскида уговора. Дакле, тек протеком наведеног рока дужник пада у доцњу са отплатом кредита.

60 Види: ЗОО, чл. 125 ст. 1. Ради се о тзв. аутоматском раскиду (видјети и чл. 77 ст. 1 Преднацрта ГЗ-а). Ипак, и сам кредитор ово може посебно нагласити у уговору тзв. касаторном клаузулом. Види: И. Букљаш, *нав. чланак*, стр. 23. Преднацрт ГЗ-а у одјељку који се односи на вријеме испуњења обавезе уводи два нова члана у односу на садржај из ЗОО-а (чл. 302 и 303). Тако чл. 303 ст. 1 садржи и једну допуну у односу на претходно наведени став о праву кредитора на аутоматски раскид уговора, предвиђајући следеће: „Кад је уговорено да ће дужник изгубити рокове ако задоцни са испуњењем неке обавезе, губитак рокова не наступа ако је дужник задоцнио са испуњењем незнатног дела обавезе, изузев кад је другачије уговорено.“ Такође, у ст. 2 наведеног члана се уводи претпоставка да се повјерилац одрекао права из ст. 1 ако прими задоцњело испуњење без резерве.

61 О оваквом исходу смо писали у оквиру претходног поднаслова.

62 Некадашња судска пракса је заузимала супротан став и предвиђала да је примањем испуњења давалац кредита прихватио одржавање уговора на снази и изгубио право на раскид уговора. Видјети Пресуду Врховног привредног суда П 476/67 од

Друго је, међутим, питање какав интерес може имати кредитор да не одржи уговор на снази и раскине га, с обзиром да у том случају губи могућност захтијевања преосталих камата до тренутка кад је уговор уредним испуњавањем обавеза требао бити угашен. Теоретски посматрано, такви случајеви би се могли појавити уколико би дошло до наглог скока каматних стопа на тржишту, а да кредитор није предвидио могућност њиховог мијењања у односу са тренутним корисником (уговорена фиксна каматна стопа), па оцјењује да може више да добије раскидом постојећег и закључењем новог уговора (уколико постоји довољно велика потражња за средствима на тржишту новца). Такође, за разлику од чисто финансијских кредита, интерес би могао постојати посебно у случају робних кредита кад продавац у својству кредитора нема више интереса за накнадну испоруку робе кориснику.<sup>63</sup>

Што се тиче само права на накнаду штете, код чисто новчаних кредита затезна камата је, по правилу, довољне висине да се надокнади и евентуална штета коју давалац кредита, иначе, не мора доказивати. Само уколико је стварна штета већа од износа који добија на основу обрачунате затезне камате, кредитор може да добије накнаду, уколико је докаже, и то само у односу на корисника кредита који је одговоран за доцњу, а то је обично случај, осим ако је нпр. наступила правна немогућност плаћања (примјера ради, мораторијум плаћања уведен од стране власти државе корисника кредита). Остали случајеви би требали улазити у пословни ризик корисника на који он мора рачунати (нпр., кад његов дужник задоцни са плаћањем, па корисник кредита не дође до потребних средстава за отплату ануитета).<sup>64</sup> Стога, уколико штета није већа од износа затезне камате, питање раскида уговора је ирелевантно за кредитора, с обзиром да може чак и више да добије ако уговор задржи на снази, а право на затезну камату и даље може да остварује због доцње корисника.

Имајући у виду чињеницу да се овдје ради о повреди уговора неиспуњењем обавезе чији је рок фиксно одређен, не би требало бити спорно ни питање дужине доцње.<sup>65</sup> Ипак, с обзиром на успостављену

22.11.1967. год. (М. Косовац, *нав. гјело*, стр. 185-186). Међутим, у вријеме доношења овакве пресуде ЗОО још није био донесен.

63 Види: И. Јанковец, *нав. гјело*, стр. 325.

64 Више: *ibid.*, стр. 323-324.

65 Такав је уосталом став и свих значајнијих грађанских законика упоредног права, који предвиђају да стављање у доцњу није ни потребно, односно да дужник долази у доцњу без опомене. Видјети рјешења пар. 285 њемачког *BGB*-а, односно француске судске праксе, уз чл. 1139 *Code Civile*-а (француског Грађанског законика од 1804. год.), које анализира и Александар Голдштајн, *Привредно уговорно право*, Загреб, 1967, стр. 354. Овај аутор даје преглед и других упоредноправних рјешења.

праксу да банка оставља, по правилу, одређени рок за испуњење обавезе, може се поставити и питање дужине доцње, када банка може раскинути уговор о кредиту.<sup>66</sup> То би у овом случају требало да буде вријеме за испуњење обавезе накнадно остављено од стране даваоца кредита. Судска пракса, међутим, познаје и другачија рјешења. Једно од таквих је признавање права на раскид ако корисник не отплати двије доспјеле рате, уколико давалац кредита тако уговори.<sup>67</sup> На кредитни однос се, пак, не би могло примијенити законско рјешење о праву дужника да одржи уговор на снази ако да одговарајуће обезбјеђење, што је допуштено код уговора са узастопним обавезама,<sup>68</sup> с обзиром да је рок испуњења битан састојак уговора и кредитор није дужан остављати накнадни рок за испуњење.<sup>69</sup>

Уколико кредитор ипак остави дужнику накнадни рок за испуњење обавезе, он би у том периоду могао примати и дјелимичне исплате без посљедица по коришћење права на раскид уговора ако по протеклу

---

66 Код потрошачких кредита, у циљу заштите потрошача као економски слабије стране, управо преовлађује схватање да, и поред фиксног рока за испуњење обавезе, до раскида уговора не долази по самом закону, већ тек на основу изјаве продавца (кредитора). Види: Т. Јованић, *нав. гјело*, стр. 256.

67 *Ibid.*, стр. 258. Код робних кредита је ово рјешење предвиђено и самим ЗОО-ом. Наиме, према рјешењу чл. 546 ст. 2 ЗОО-а (идентично рјешење је садржано и у чл. 532 ст. 2 Преднацрта ГЗ-а), продавац послје плаћања прве рате може раскинути уговор ако купац дође у доцњу са најмање двије узастопне отплате, које представљају најмање осмину цијене, а изузетно и само једне отплате уколико се ради о првој рати или уколико нема више од укупно 4 ануитета. Више о праву кредитора на раскид уговора код продаје са оброчним отплатама цијене: Силвија Петрић, „Заштита потрошача у банкарским кредитним пословима у хрватском праву у односу на право ЕУ-а“, *Зборник радова Правног факултета у Силици*, бр. 1-2 (65-66), 2002, стр. 140-143. У сваком случају, очито је да је положај продавца оваквим рјешењем отежан у односу на положај повјериоца према општим правилима о раскиду уговора са узастопним обавезама, која допуштају раскид уговора због неиспуњења и само једне обавезе, ако је из околности јасно да ни будуће обавезе неће бити испуњене. Видјети ЗОО, чл. 129. Такође, чл. 82 Преднацрта ГЗ-а.

68 Види: ЗОО, чл. 129 ст. 3. Ова одредба није садржана у алтернативној верзији чл. 82 Преднацрта ГЗ-а.

69 Преднацрт ГЗ-а уводи и термин „битна повреда уговора“, у случају које се уговор може раскинути и без обавезе остављања накнадног рока за испуњење обавезе. Сматра се да оваква повреда постоји кад неиспуњење уговорне обавезе од стране дужника проузрокује такву штету повјериоцу која га суштински лишава користи коју је од уговора оправдано очекивао или услијед које повреде се за повјериоца више не може остварити сврха уговора. Увођењем наведене одредбе се омогућава раскидање уговора без остављања отказног рока и у оним случајевима који нису били обухваћени одредбама ЗОО-а, односно независно од тога да ли рок испуњења представља битан састојак уговора. У сваком случају неопходно је да је изјава о раскиду саопштена дужнику, и то на несумњив начин. Видјети чланове 79 и 83 Преднацрта ГЗ-а.

остављеног рока не дође до потпуног измирења дуга. Да би спријечио евентуалне спорове у вези прихватања дјелимичног испуњења, пожељно је да се то констатује у писменом обавјештењу дужнику, уз упозорење да се не одриче права на раскид и покретање поступка извршења на средству обезбјеђења уколико у року дуг не буде у потпуности намирен.<sup>70</sup> Ако, пак, корисник понуди кредитору потпуно измирење обавезе, а овај то не прихвати, не би се могло радити о дужничкој доцњи, под условом да је неприхватање испуњења обавезе неосновано, већ ће повјерилац бити у доцњи са прихватањем испуњења.<sup>71</sup> Исто тако, нема дужничке доцње уколико је претходно наступила повјерилачка доцња, а то би конкретно био случај непштања кредита у течај.<sup>72</sup>

И самим уговорним клаузулама се може предвидјети искључење одговорности корисника кредита за неиспуњење обавезе плаћања у року, уколико до тога дође услјед административне или техничке грешке или неког спољног догађаја који то омета (нпр., мораторијум плаћања), те уколико обавеза буде испуњена у предвиђеном року по отклањању сметњи.<sup>73</sup>

Посљедица раскида уговора због неиспуњења је доспјелост свих преосталих рата главнице, неизмирених камата, затезних камата за вријеме доцње, као и накнада евентуалне штете. Кредитор не би могао уговорити као санкцију уговорну казну, с обзиром да се новчане чинидбе не могу осигуравати на овај начин, те би таква одредба била ништава. Раскидом уговора бивши сауговорачи се ослобађају свих уговорних обавеза.<sup>74</sup> Што се тиче саме камате, ни затезна ни уговорна камата не престају тећи када достигну износ главнице, тако да се може десити да суд досуди и већи износ по основу камате него што износи главница дуга.<sup>75</sup>

70 Видјети А. Wolf, В. J. Bergman, *нав. чланак*, стр. 97 (т. 1).

71 Видјети узансу бр. 217 Општих узанси за промет робом (*Службени листи ФНРЈ*, бр. 15/54). Такође, видјети А. Голдштајн, *нав. гјело*, који на стр. 378 указује на слична упоредноправна рјешења попут оног из њемачког ВGB-а.

72 *Ibid.*, стр. 352.

73 S. Wright, *нав. гјело*, стр. 168.

74 Постоје и специфичне врсте кредита, попут акцептних или авалних, код којих су нешто другачија дејства раскида уговора у односу на она општа. Наиме, с обзиром да се у овим односима банке обавезују и мјеничноправно, оне и послје раскида остају дужне да испуне своју обавезу према савјесном трећем лицу које дође у посјед мјенице. То је дужност банке као акцептанта, односно авалисте, и та обавеза произлази из апстрактне природе мјенице, на коју немају утицаја одредбе и статус основног посла на основу ког је издата (конкретно, уговора о кредиту).

75 Више: И. Јанковец, *нав. гјело*, стр. 321. Ова чињеница би се, у Србији, могла промијенити, уколико у будућем ГЗ-у буде прихваћена алтернативна варијанта из Преднацрта према којој би био додат нови чл. 366, према којем „камата престаје

На крају, када се ради о повреди уговора као основу за раскид, треба нагласити да англосаксонско право познаје један скупни термин којим се означава овај правни основ, а то је „*default*“. Под овим термином се подразумејева како неплаћање дугованог износа (при чему се Директивом 2006/48/ЕС, која усваја наведени термин, наводи да се под тим подразумејева доцња дужника више од 90 дана са извршењем било које материјалне обавезе кредитној институцији, матичном или зависном друштву), тако и претходно упозорење (нпр., инсолвентност корисника), када кредитна институција оправдано сматра да дужник неће бити у стању да измири своје обавезе у вријеме доспијећа, па не мора ни да чека њено наступање. Притом је ирелевантно постојање средстава обезбјеђења. Поједини аутори овоме као трећу врсту додају и неновчане обавезе, попут негативне залогe, и сл., чије кршење такође може угрозити измирење обавеза према кредитору.<sup>76</sup> Фактички овај појам може обухватати кршење било које обавезе из уговора о кредиту и може довести било до аутоматског раскида уговора или након протекa отказног рока у коме се може допустити отклањање повреде и омогућавање опстанка уговора на снази. Тако нпр., корисник кредита може бити обавезан и да обавијести кредитора одмах по сазнању за учињену повреду, те у случају пропуштања може изгубити право на накнадни рок за исправљање повреде.<sup>77</sup>

#### IV Закључак

Сваки уговорни однос има одређену дозу ризика у погледу могућности неиспуњења или неуредног испуњења, а нарочито кредитни однос, који банке као субјекти који се професионално баве овом дјелатношћу морају узети у обзир, па им се остварење права на раскид треба допуштати само у случајевима када заиста, по објективним мјерилима, постоји значајно повећање ризика неиспуњења обавезе, а не и у случају сваког ризичнијег догађаја у пословања њиховог клијента, а поготово с њим повезаних субјеката. Ипак, постоје и одређене врсте кредита гдје даваоци могу имати посебно оправдан интерес за раскидањем

тећи кад износ доспјелих а неисплаћених камата достигне главницу“. Ово рјешење је било предвиђено и у чл. 401 ЗОО-а прије брисања извршеног Законом о измјенама ЗОО-а, *Службени лист СФРЈ*, бр. 57/89.

76 Видјети Анекс VII, дио IV, т. 44. Директиве 2006/48/ЕС (Directive 2006–48 relating to the taking up and pursuit of the business of the credit institutions, *OJL* 177 of 30.6.2006, amending act: Directive 2007/18/ЕС, *OJ L* 87 of 28.3.2007). Такође, P. Wood, *нав. гјело*, стр. 46–47; Edmund Kwaw, *The Law and Practice of Offshore Banking and Finance*, Westport, 1996, стр. 123; S. Wright, *нав. гјело*, стр. 41.

77 E. Kwaw, *нав. гјело*, стр. 123.

уговора, попут контокорентних или револвинг кредита, када корисник на основу њих има право повлачења средстава до одређеног износа или у одређеним периодима, а над њим је, нпр., покренут извршни поступак. Да би спријечила извршење на позајмљеним средствима, банка мора кориснику саопштити раскид уговора о кредиту.

Раскид уговора услед доцње са отплатом кредита производи доспјелост свих преосталих рата главнице, неизмирених камата, затезних камата за вријеме доцње, као и накнаду евентуалне штете. Што се тиче саме камате, она не престаје тећи када достигне износ главнице, тако да се може десити да суд досуди и већи износ по том основу него што износи главница дуга. Усвајање Грађанског законика Србије у садашњој верзији би могло довести до промјене овог, као и појединих других рјешења актуелног позитивног права.

**Zoran VASILJEVIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka**

## **OVERDUE OF THE DEBTOR WITH LOAN REPAYMENT**

### **Summary**

*This article analyses the main obligation of beneficiary from the loan contract, from the point of time, place and mode of fulfilment, as well as the consequences of default or irregular performance, primarily through the rights of creditor to the penalty interests and termination of the contract, but also through the possibility of extending the repayment period and other rights which creditor acquires due to the alleged violation of the contract. The focus for the solution of controversial issues, in addition to the theoretical viewpoints, positive and comparative law, also has been sought de lege ferenda, i.e. in the preliminary draft provisions of The Civil Code of Serbia.*

**Key words:** *loan contract, debtors' overdue, penalty interest, contract termination.*

**Марија ВИЋИЋ**

студент докторских студија Правног факултета Универзитета  
у Београду

## РЕГУЛАТИВА ОПШТИХ УСЛОВА ПОСЛОВАЊА БАНАКА У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА

### Резиме

*Општии услови пословања као једнострани услови уговора које једна уговорна страна намеће другој, значајно доприносе убрзању правној промени и скраћују време преговора о свим условима будуће уговора. Преднацрт Грађанског законика се регулативом општих услова пословања бави у општем делу облиационих односа на идентичан начин како то чини још увек важећи Закон о облиационим односима. Регулативу општих услова пословања ионавља у делу банкарских послова осврћући се на специфичности односа банке и клијената и потребу за још јачаном заштитом клијената.*

*Аутор овим радом анализира потребу за двоструким регулисањем општих услова пословања у Преднацрту, и то кроз анализу правне природе општих услова у првом делу, затим кроз анализу решења која предвиђа Преднацрт и, на крају, кроз анализу услова побних за укључење општих услова у уворе клијената и банке.*

**Кључне речи:** *општии услови пословања, банкарски послови, двострука регулатива, Преднацрт Грађанског законика, услови за укључење општих услова.*

## I Увод

Банкарски послови регулисани су у седмом делу Преднацрта Грађанског законика Републике Србије (даље у тексту и фуснотама: Преднацрт Грађанског законика или само Преднацрт).<sup>1</sup> У члану 1355 Преднацрта банкарски послови су дефинисани као депозитни, кредитни и други послови који за свој предмет имају новац, хартије од вредности и одређене услуге које банка обавља за своје клијенте. У истом члану предложена је и алтернатива. Према њој, банкарски послови су правни послови којима банке могу да се баве у складу са законом који уређује банкарску делатност. У оба случаја, банкарски послови су дефинисани преко субјекта који их обавља – то мора бити банка. Разлика је у томе што предложени члан 1355 таксативно наводи послове који спадају у банкарске и наводи шта мора бити предмет тих послова да би се они сматрали банкарским пословима. Алтернатива нуди поједностављено решење и банкарске послове дефинише позивајући се на релевантне прописе статусног банкарског права у којима се одређују послови које може да обавља банка. Тренутно је то важећи Закон о банкама<sup>2</sup> који у члановима 4 и 5 одређује који послови спадају у делатност банке и који су то послови које може да обавља само банка. Преднацрт прави разлику између лица која са банком улазе у банкарске послове. У члану 1356 Преднацрта прави се разлика између клијента и корисника банкарске услуге – клијента који у погледу конкретног банкарског посла има својство потрошача. Разлика се прави због потребе за појачаном заштитом клијента – потрошача што је видљиво већ из члана 1358 (додуше његове алтернативе) где се прави разлика у примени прописа на правне односе банке и клијента, односно банке и корисника банкарских услуга. Наиме, одредбе Преднацрта остају *lex generalis* за питања уређена посебним законима која регулишу банкарску делатност или платне услуге, када су у питању односи банке и клијента, односно који регулишу заштиту корисника финансијских услуга, односно заштиту потрошача, када су у питању односи банке и корисника банкарских услуга.

Преднацрт таксативно наводи и регулише поједине банкарске послове и то чини шире него важећи Закон о облигационим односима<sup>3</sup> предвиђајући притом генерално правило у члану 1364 да сви банкарски уговори морају бити закључени у писаној форми, осим ако законом није

1 Преднацрт Грађанског законика, званична верзија Преднацрта доступна на: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 24.3.2015.

2 Закон о банкама (Сл. гласник РС, бр. 107/2005, 91/2010, 14/2015), чл. 4–5.

3 Закон о облигационим односима (Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93, Службени лист СЦГ, бр. 1/2003; даље у фуснотама: ЗОО).



другачије одређено. У пракси банкарски уговори се најчешће закључују потписивањем унапред састављених формулара, а саставни део тих уговора су готово увек општи услови пословања банке. Несумњиво је да је значај регулисања општих услова пословања у материји банкарског права посебно изражен због њихове готово свакодневне употребе. У Преднацрту општи услови пословања су регулисани у општем делу уговорног (облигационог) права и та правила се примењују на све правне послове регулисане у Преднацрту, па тако и на банкарске послове. Међутим, у делу банкарских послова, законодавац поново регулише питање укључења општих услова у банкарске уговоре.

## II Појам општих услова пословања

Општи услови пословања јесу унапред формулисани услови уговора од стране једног саговорача, под којима ће се закључивати уговори одређене врсте са било којим саговорачем без преговарања.<sup>4</sup> Општи услови имају двоструку правну природу: до тренутка закључења уговора они представљају генералну, општу понуду за закључење уговора без претходних преговора, а ако уговор буде закључен, они постају његов саставни део.<sup>5</sup>

„Општост“ је карактеристика која опште услове одваја од диспозитивних уговорних одредби које уговорне стране уговарају конкретно за сваки уговорни однос. Дакле, због своје генералне природе, општи услови су прилагођени већем броју будућих уговорних односа које поставља једна уговорна страна без преговарања о њиховој садржини. Циљ оваквог формулисања појединих одредби уговора јесте да се унапред регулишу одређена универзално спорна питања која се учестало појављују код уговора одређене врсте, а о којима се обично не исплати

4 Ивица Јанковец, *Привредно право*, Службени преглед, Београд, 1996, стр. 226; Зоран Антонијевић, „Облигациони односи у привреди“, у: зборнику радова *Уговорно и облигационо право по Закону о облигационим односима*, Београд, 1979, стр. 55; *Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC)*, Art. 2.1.19 (2), званичан коментар, стр. 66–67, доступно на сајту: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, 24.03.2015; Тјакје Науде, „Article 2.1.19“, у: Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, стр. 318–320; Јелена Вилус, „Општи услови уговора“, у: Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 366; Владимир В. Водинелић, *Грађанско право: Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Правни факултет Унион и Службени гласник, Београд, 2012, стр. 111.

5 И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 227, Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 58–59.

преговарати због несразмерног утрошка времена и великих трошкова. Управо у томе се огледа опасност примене општих услова у уговорном односу – једна страна бива лишена права да о њиховој садржини преговара и излаже се опасности да пристане на уговор под неправичним условима.<sup>6</sup>

Када страна пристане на закључење уговора који садржи опште услове пословања, ризик да је тиме пристала на уговор који можда садржи по њу неповољне одредбе је повећан самом чињеницом да она није имала могућност да о садржини општих услова на које је пристала преговара. Заштита стране која пристаје на опште услове огледа се или у строгим условима за њихово укључење или у појачаној интервенцији суда који је дужан да одбије примену неправедних општих услова.<sup>7</sup> Колико год ефикасна заштита била, уговорна страна која предлаже примену општих услова може у уговор да инкорпорише поједине одредбе које не иду у прилог њеном саговорнику, било да јој изричито не укаже баш на те одредбе или да саме опште услове учини тешко доступним, нечитким или преобимним. Међутим, постојање и регулатива општих услова је неопходна јер се њима пре свега убрзава правни промет и смањују трошкови преговарања о појединим одредбама уговора које се учестало појављују у уговорима одређене врсте.<sup>8</sup>

Ефикасну заштиту стране која приступа општим условима неопходно је омогућити без обзира да ли се ради о професионалцу, трговцу, који се редовно бави закључивањем одређене врсте уговора, или потрошачу који се са својим саговорником налази у очигледно неравноправном односу.<sup>9</sup> Потреба за ефикасном заштитом у сваком од ових случајева постоји јер је страна која нуди закључење уговора применом општих услова аутоматски у повлашћеном положају. Наиме, она је те услове сачинила сама или су они сачињени у њену корист, о њиховој садржини је могла сама да одлучује и са њом је унапред упозната. За њу неће бити скривених и неповољних одредби приликом закључења уговора. Ризик да страна која пристаје на опште услове буде оштећена

6 Милош Вукотић, „Критички осврт на правни режим општих услова пословања у српском праву“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2014, стр. 376–377; Марко Ђурђевић, *Уговор ио њрисујуу*, необјављена докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд, 2001, стр. 34.

7 Борислав Т. Благојевић, *Уговори ио њрисујанку: формуларни уговори*, Привредник, Београд, 1934, стр. 119; Friedrich Kessler, „Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contracts“, *Columbia Law Review*, No. 629/1943, стр. 176–177.

8 Philip Hellewege, „Standard Contract Terms“, у J. Basedow *et al.* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Max-Planck-Gesellschaft, Oxford University Press, Oxford, 2012, стр. 1591.

9 М. Вукотић, *нав. чланак*, стр. 378; Јелена Вилус, *Ојшјуи услови формуларних уговора*, Савремена администрација, Београд, 1976, стр. 42.

њиховим укључењем у уговор је већа ако је реч о непрофесионалцу, лицу у чију редовну делатност не спада закључење уговора одређене врсте, а још више се повећава ако је то лице потрошач, који можда нема никакво предзнање о природи уговорних односа у које улази и који најчешће потражује одређене услуге од професионалца који на тржишту редовно послује бавећи се управо том врстом послова.<sup>10</sup> Међутим, ефикасна заштита није неопходна само када је реч о уговорним односима код којих се стране налазе у очигледно неравноправним односима, већ и у свим осталим случајевима када једна страна пристаје на закључење уговора под општим условима наметнутим од стране свог саговорника без преговарања.

### III Регулатива општих услова пословања у Преднацрту Грађанског законика

Општи услови пословања регулисани су на два места у Преднацрту. Одсек 8. Преднацрта носи назив Општи услови формуларних уговора. Готово идентичне одредбе са мањим допунама преузете су из чланова 142 и 143 Закона о облигационим односима.<sup>11</sup> Међутим, у седмом делу Преднацрта у коме се уређују банкарски послови, у члановима 1359 и 1360 регулисани су општи услови пословања банака, односно општи услови пословања који се примењују на сваки уговор који банка закључује са клијентима – корисницима банкарских услуга.

Јасно је да је циљ законодавца био да приликом регулисања материје банкарских послова посебно истакне значај и учесталост примене општих услова пословања на уговорне односе банке и клијента. Међутим, поставља се питање да ли се регулатива општих услова пословања у делу који се односи на банкарске послове своди само на понављање правних правила која су већ наведена у општем делу или се њима можда уносе нека нова правила и детаљније уређује питање заштите корисника банкарских услуга од пристајања на неправичне уговорне одредбе.

10 Р. Hellewege, *нав. дело*, стр. 1591; Ј. Вилус, *нав. дело*, стр. 42. Из тог разлога на нивоу Европске уније постоји директива која се детаљно бави питањем заштите потрошача од неправичних уговорних одредаба која се примењује на уговоре закључене између трговца и потрошача. У предметно подручје примене тих правила улазе све врсте уговора, и то како именованих и неименованих, тако и формалних и неформалних. Директивом 93/13/ЕЕЗ су предвиђена и посебна правила којима се искључује примена њених одредаба на одређене врсте уговора или само на одређене уговорне одредбе; вид. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L* 95, 31.04.1993, стр. 29–34.

11 ЗОО, чл. 142–143.

## 1. Општи услови формуларних уговора

Преднацрт у члану 95 прописује да се општим условима сматрају како уговорне одредбе садржане у формуларном уговору, тако и додатне одредбе на које се уговор позива и које допуњују посебне услове уговора. Као алтернатива предложено је додавање става којим се дефинише шта су формуларни уговори – уговори који садрже општу и сталну понуду једне уговорне стране и којој друга страна само приступа без преговарања. Овакво дефинисање блиско је традиционалном ставу наше правне теорије да су општи услови увек део формуларних уговора, односно уговора по приступу које друга страна прихвата без преговарања о њиховој садржини.<sup>12</sup> У истом члану у Преднацрту наведени су услови који се захтевају за укључење општих услова: објављивање на уобичајен начин и чињеница да су другој страни били или морали бити познати у часу закључења уговора. Једино тада ће се сматрати да су уговорне стране постигле споразум о укључењу општих услова у уговор. Ова два услова су скоро универзално прихваћена када је реч о укључивању општих услова.

Други члан који регулише опште услове пословања бави се питањем њихове пуноважности. Први став наведеног члана 96 прописује генерално правило о ништавости одредби општих услова које су противне самом циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, чак и ако су одобрени од стране надлежног органа. У другом ставу садржано је овлашћење суда да одбије примену оних одредби општих услова које другу страну лишавају права да стави приговоре или на основу којих она губи права из уговора или рокове или које су иначе за њу неправичне или претерано строге према њој. Реч је о судској контроли општих услова и овлашћењу суда да одбије примену општих услова који садрже одредбе којима се онемогућава страни која на уговор пристаје да врши права која би редовно имала да такве одредбе нису део уговора.<sup>13</sup>

Као алтернативу Преднацрт предвиђа и члан 97 који би носио назив Однос општих услова и формуларних уговора. У овом члану се

12 Више о томе вид. Б. Благојевић, *Уговори по њписанку: формуларни уговори*; Ј. Вилус, *Општи услови формуларних уговора*; М. Ђурђевић, *Уговор по њписанку*.

13 Спорно је да ли је у овом члану реч о разлозима апсолутне (став 1) и релативне ништавости (став 2). С обзиром на то да став 2 не садржи стриктне критеријуме за одређивање релативне ништавости, сматрамо да је ипак реч о судској контроли садржине општих услова. При том дискреционо овлашћење суда да процењује да ли одређене одредбе општих услова треба да примени или одбије није неограничено, већ се креће у границама закона и објективних критеријума. Супротно становиште у погледу природе судске контроле општих услова, односно разлога за релативну ништавост имају Ненад Ђурђевић, „Контрола општих услова пословања по основу правичности“, *Правни жибои*, бр. 11-12/1994, стр. 1553; М. Ђурђевић, *нав. дело*, стр. 154-155.

одређује обавеза јавних предузећа и осталих привредних субјеката да утврђени општи услови буду део свих индивидуалних уговора које би они закључили у вези са испоруком робе или вршењем услуга које спадају у њихову редовну делатност. Исто је предвиђено и за уговоре који се закључују са организацијама потрошача које намећу своје опште услове. Сматрамо да циљ ове одредбе може бити само успостављање равноправног односа свих саговорника који са привредним субјектима који обављају делатност од општег интереса закључују уговоре прихватањем општих услова који увек морају бити саставни део уговора и, свакако, убрзање правног промета и смањење трошкова преговарања.

## 2. Општи услови пословања банака

Преднацрт одвојено регулише опште услове пословања у делу који се односи на банкарске послове. Наиме, када у обзир узмемо посебности односа између банке и клијента, видимо да потреба за појачаном заштитом у тим случајевима постоји. Специфичности у односу банка-клијент нису условљене само односом неравноправног положаја уговорних страна, већ и чињеницом да је реч о уговорима који за свој предмет увек имају вршење неких новчаних услуга и да врло често утичу на платежну стабилност клијента банке.

Општи услови пословања банака тренутно су регулисани одредбама двају закона: Законом о банкама и Законом о заштити корисника финансијских услуга.<sup>14</sup> Закон о банкама опште услове пословања дефинише као сваки документ који садржи стандардне услове пословања који се примењују на све клијенте банке, који се користе за успостављање односа клијента и банке и поступак комуникације међу њима, као и опште услове за обављање трансакције између клијента и банке.<sup>15</sup> Дакле, према Закону о банкама, општи услови пословања морају да представљају јединствен документ којим се регулишу правни односи између клијента и банке и то не само по питању конкретне трансакције, већ и по питању њиховог преговарања и комуникације. Овим ширим постављањем дефиниције општих услова пословања банака тежи се једној континуираној заштити клијента за време његовог целокупног односа са банком. Иако се та заштита постиже подвргавањем клијента општим условима пословања банке, њоме се постиже равноправно поступање банке према свим клијентима и ствара се обавеза за банку да сваки вид комуникације са клијентом правно регулише. Ова заштита ће за клијенте бити ефикасна тим пре што Закон о банкама предвиђа

14 Закон о банкама, чл. 42 и Закон о заштити корисника финансијских услуга (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 139/2014), чл. 9–10.

15 Закон о банкама, чл. 42 ст. 4.

и право клијента да тражи појашњења и инструкције која се односе на примену општих услова. Предвиђа се такође и право Народне банке Србије да пропише ближе услове и начин објављивања и примене општих услова пословања банака.<sup>16</sup>

Закон о заштити корисника финансијских услуга под општим условима пословања давалаца финансијских услуга (у овом случају то је банка) подразумева услове пословања који се примењују на корисника (клијента) и даваоца (банку), као и на успостављање односа и поступак комуникације међу њима, и за обављање пословања између њих.<sup>17</sup> Видимо да и Закон о заштити корисника финансијских услуга детаљно и широко регулише обим примене општих услова пословања, управо ради обезбеђивања адекватне заштите корисницима услуга банке (клијентима) у свакој фази њиховог односа са банком. То је потпуно у складу са духом закона и начелима равноправности и информисања клијента не само за време трајања уговора, већ и у предуговорној фази.<sup>18</sup> Овај закон експлицитно предвиђа и правило да општи услови обухватају и акте којима се утврђују накнаде и други трошкови које банка наплаћује клијенту. Из дефиниције општих услова пословања банака у Преднацрту овај део је изостављен, а цела регулатива значајно поједностављена, али сматрамо да њоме појам општих услова пословања банака није сужен и да опште услове треба применити на целокупан однос банке и клијента, а не само на конкретни уговорни однос. Ако у обзир узмемо начела заштите клијената банке која прокламује Преднацрт у члану 1362 (начело равноправности уговорних страна, начело недискриминације, начело обавеза предуговорног и уговорног информисања, начело одређености или одредивости уговорне обавезе, начело заштите права и интереса), јасно је да Преднацрт има за циљ да клијентима банака пружи подједнако адекватну заштиту као што то чине поменути важећи закони. У члану 1359 Преднацрт делимично преузима и поједностављује дефиницију општих услова Закона о банкама и Закона заштити корисника финансијских услуга и дефинише опште услове пословања банака као оне стандардне услове који се примењују на клијенте и којима се регулишу односи банке и клијента. Преднацрт напомиње да учешће у формулисању општих услова пословања банака има и Народна банка Србије, исто као и Закон о банкама. Наведени члан садржи и одредбу којом обавезује банку која доноси опште услове да њима обезбеди примену добрих пословних обичаја и добре пословне праксе према клијенту. Идентичну одредбу о поштовању начела савесности и поштења садржи и важећи Закон о за-

16 Закон о банкама, чл. 42 ст. 3-5.

17 Закон о заштити корисника финансијских услуга, чл. 9 ст. 1.

18 Закон о заштити корисника финансијских услуга, чл. 5, 17.

штити корисника финансијских услуга.<sup>19</sup> Ако алтернатива члану 1358 Преднацрта буде усвојена, одредбе Закона о банкама и Закона о заштити корисника финансијских услуга ће се примењивати на питање општих услова пословања као *lex specialis*, док одредбе Преднацрта остају само као генерални оквир за регулативу овог питања и минимум који у сваком случају мора бити испуњен.

Члан 10 Закона о заштити корисника финансијских услуга предвиђа услове за примену општих услова. Они морају да буду објављени тако да клијент са њима може да се упозна, а има право и да захтева инструкције и појашњења о појединим одредбама општих услова.<sup>20</sup> Идентично решење садржи и Преднацрт где је као алтернатива предвиђен члан у коме је дата нешто другачија дефиниција општих услова пословања. Према алтернативи, општи услови пословања банака су унапред формулисани, стандардизовани услови под којима банка закључује све или одређену врсту банкарских послова. Исти члан садржи и услове за укључење општих услова пословања, готово идентичне као и члан 95 Преднацрта. То су услов објављивања, односно чињења доступним општих услова и услов да је клијент за њих знао или морао знати. Преднацрт се посебно бави и условима за измену општих услова. Иако је дефиниција општих услова садржана у члану 1359 формулисана језички шире од дефиниције коју предвиђа алтернатива овом члану, сматрамо да, ако алтернатива буде прихваћена, и њу треба тумачити у духу заштите клијента банке и начела из члана 1362 Преднацрта за време целокупног трајања односа клијента и банке – комуникације у преговорној фази и преговора, а не само на закључење конкретног уговора.

#### IV Услови за примену општих услова пословања банака

У самом члану 1359 Преднацрта није поменуто које услове треба да испуне општи услови пословања банака да би се сматрали саставним делом уговора између банке и клијента. Уколико би оваква формулација члана 1359 остала као коначна верзија Грађанског законика, сматрамо да би се за питање услова за укључење општих услова применио члан 95 Преднацрта који је идентичан важећем члану 142 Закона о облигационим односима.

Међутим, у Преднацрту предложена је алтернатива члану 1359 где се експлицитно наводе услови који морају да буду испуњени како би се општи услови сматрали делом уговора. Услови које садржи алтернатива члану 1359 идентични су условима које предвиђа члан 95 Преднацрта.

19 Закон о заштити корисника финансијских услуга, чл. 9.

20 Закон о заштити корисника финансијских услуга, чл. 10.

Стога, без обзира на то да ли алтернатива буде прихваћена као текст члана 1359, услови за укључење општих услова остају исти: неопходно је да банка учини доступним опште услове и да на изричит начин укаже клијенту на њих и, кумулативно, да клијент банке буде упознат са њиховом садржином. Једино тада се може сматрати да се клијент банке сагласио са општим условима пословања и да су они постали део уговора.

## 1. Објављивање општих услова пословања банака

И према члану 95 и према алтернативи члану 1359 Преднацрта, општи услови пословања морају бити објављени да би се сматрали делом уговора. Алтернатива члана 1359 одлази још даље и детаљније одређује шта се сматра објављивањем општих услова. Општи услови су ваљано објављени ако је банка клијенту изричито указала на њих или их је видљиво истакла у својим просторијама или на другом месту где је уговор закључен ако би изричито упућивање на опште услове банци представљало несразмерно оптерећење. Идентичну одредбу о објављивању општих услова садржи и Закон о банкама и Закон о заштити корисника финансијских услуга, према којој је, поред објављивања општих услова на видном месту у пословним просторијама банке, могуће и да општи услови буду објављени на интернет страници на српском језику и да клијенту буде омогућен приступ тој страници најмање 15 дана пре почетка примене тих општих услова.<sup>21</sup>

За уговоре о кредиту, депозиту, текућем рачуну и сл. увек говоримо да су формуларни уговори и њихов саставни део су општи услови пословања банака.<sup>22</sup> У пословној пракси банака објављивање општих услова пословања најчешће се и врши њиховим истицањем у пословној просторији банке у којој се уговор закључује, што је у потпуности у складу са нашом законодавном регулативом. Међутим, није ретко да се општи услови пословања објављују на интернет страници банке. Могућност да се општи услови сматрају објављеним ако су постављени на интернет страници саговорника спорно је питање и у страниој правној теорији.<sup>23</sup> Када су у питању остали привредноправни уговори,

21 Закон о банкама, чл. 42; Закон о заштити корисника финансијских услуга, чл. 10.

22 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 356; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 522; Стеван Шогоров, *Банкарско право*, Пословни биро, Нови Сад, 2004, стр. 77.

23 Богата је литература на тему услова за укључење општих услова пословања у уговорима о међународној продаји робе код којих је за меродавно право одређена Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Закон о ратификацији Конвенције Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84). О томе вид. Peter



а не банкарски уговори, многи аутори сматрају да текст општих услова треба да буде саставни део понуде и да треба да буде послат другој страни заједно са текстом будућег уговора. Једино тако ће се сматрати да је страна која пристаје на опште услове била у могућности да им приступи и упозна се њиховим садржајем.<sup>24</sup> Ако су општи услови објављени на интернет страници понудиоца, неки аутори сматрају да ће они постати саставни део уговора само ако је и уговор закључен путем интернета.<sup>25</sup> Код оваквог објављивања општих услова постоји опасност по страну која на опште услове пристаје да они буду измењени или скинути са интернет странице за време трајања уговорног односа.<sup>26</sup>

Иако Преднацрт не предвиђа експлицитно могућност да општи услови пословања банке могу да буду објављени и на интернет страници банке, сматрамо да то није забрањено, нарочито с обзиром на чињеницу да је све учесталија пракса обављања банкарских услуга путем интернета. И Закон о заштити корисника финансијских услуга предвиђа могућност да се општи услови пословања сматрају објављеним ако су истакнути на интернет страници банке.<sup>27</sup> Управо из разлога правне сигурности када су у питању општи услови објављени на интернет страници банке, али и када су општи услови учињени доступним у пословним просторијама банке, Преднацрт је у члану 1360 прописао правила која важе у случају измене општих услова пословања за време трајања уговорног односа између банке и клијента. Наиме, банка је у обавези

---

Schlechtriem, „Article 14“, у: Peter Schlechtriem, Ingerborg Schwenzer (уп.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2. издање, Oxford University Press, Њујорк, 2010, стр. 200; Martin Schmidt-Kessel, „Article 8“, у: Ingerborg Schwenzer (уп.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3. издање, Oxford University Press, Њујорк, 2010, стр. 175; Ulrich Magnus, „Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG“, у: Camila B. Andersen, Ulrich Schoeter (уп.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of the Eightieth Birthday*, London, 2008, стр. 318.

24 Ingerborg Schwenzer, Florian Mohs, „Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World“, *Internationales Handelsrecht*, Vol. 6, 2006, доступно на: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-mohs.html>, 4.4.2015, стр. 241; Ulrich Magnus, *нав. дело*, стр. 318.

25 Peter Huber, „Standard Terms under the CISG“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Vol. 13, No. 1, 2009, доступно на: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bib2.html>, 4.4.2015, стр. 133; Ulrich Schroeter, „Article 14“, у: Ingerborg Schwenzer (уп.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3. издање, Oxford University Press, Њујорк, 2010, стр. 284.

26 Sonja Kriusinga, *Incorporation of Standard Terms under the CISG and Electronic Communication*, доступно на: <http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/241956>, 4.4.2015, стр. 76–77.

27 Закон о заштити корисника финансијских услуга, чл. 10.

да клијента унапред обавести о планираним изменама општих услова који се примењују на њихов уговорни однос и то најкасније месец дана пре почетка њихове примене, у супротном учињене измене неће производити правно дејство на конкретан уговорни однос. Овим правилом биће пооштрено важеће правило садржано у Закону о банкама и Закону о заштити корисника финансијских услуга којим се предвиђа дужност банке да о свакој промени општих услова обавести клијента најкасније 15 дана пре њихове примене.<sup>28</sup>

Преднацрт такође предвиђа у члану 1360 да је клијент у обавези да стави приговор на примену измењених општих услова банци јер ће се у супротном они примењивати на његов уговорни однос са банком. Такође, банка је у обавези да га о том правилу обавести заједно са обавештењем о примени измењених општих услова. Једино промене камата и мењачких курсева које почивају на подацима који се објављују производе правно дејство и без претходног обавештавања клијента.

## 2. Могућност да се клијент банке упозна са садржином општих услова

Начелно када се говори о укључењу општих услова пословања у привредноправним уговорима, поред тога што су општи услови објављени на уобичајен начин, што се сматра објективним критеријумом, неопходно је да буде задовољен и субјективни критеријум – страна која прихвата опште услове мора да буде упозната са њиховом садржином.<sup>29</sup> Међутим, наведени субјективни критеријум је веома тешко утврдити. Чак и ако су страни која прихвата опште услове они били на одговарајући начин доступни и тиме је створена реална могућност да се она са њиховом садржином упозна, није лако утврдити да ли је до тога заиста дошло. Сматра се да нарочито од тренутка када уговор почне да се извршава, странка која је потписала уговор под објављеним општим условима више не може да им приговори јер се потписивањем уговора на њих прећутно обавезала.<sup>30</sup> Наиме, у брзини правног промета, а пре свега у свакодневним трансакцијама банке и њених клијената, није реално очекивати да ће клијент пре потписивања сваког уговора са банком читати

28 Закон о банкама, чл. 42; Закон о заштити корисника финансијских услуга, чл. 10.

29 Seig Eiselen, *The requirements for the Inclusion of Standard Terms in International Sales Contract*, доступно на: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html>, 5.4.2015, стр. 8; Franco Ferrari, „Comments on Article 8 of the CISG“, *Remarks on the UNCITRAL Digest's, Journal of Law and Commerce*, Vol. 6, 2005, стр. 235.

30 U. Magnus, *нав. дело*, стр. 318; Martin Schmidt-Kessel, „Article 8“, у: Ingerborg Schwenzer (ур.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3. издање, Oxford University Press, Њујорк, 2010, стр. 175.

њене опште услове. Стога се, када је реч о странама које се налазе у другим пословним односима често претпоставља да је сама чињеница дугорочног пословања, односно пословна пракса, довољна да се сматра да је уговорна страна која пристаје на опште услове упозната са њиховом садржином.<sup>31</sup> Међутим, сматрамо да због начела заштите клијената банке, дужност банке да клијента упозна са садржином општих услова мора да буде појачана у односу на ситуацију када је у питању уговорни однос две равноправне уговорне стране.<sup>32</sup> Стога, одредбу алтернативе члану 1359 Преднацрта, односно члан 95 Преднацрта, ако алтернатива не буде прихваћена, треба тумачити строже када су у питању односи клијента и банке у светлу начела из члана 1362 Преднацрта. Поред тога што банка има дужност да клијенту објави на прикладан начин опште услове и да му омогући да се упозна са њиховом садржином, она мора и да клијенту пружи тражена објашњења и значења појединих израза из општих услова у доброј вери и на тај начин онемогући евентуалне приговоре клијента садржини појединих одредби општих услова.<sup>33</sup> Ова обавеза банке је видљива и из члана 1359 Преднацрта којим је предвиђена дужност банке да у свом пословању обезбеди примену добрих пословних обичаја, добре пословне праксе према клијенту као потрошачу банкарских услуга.

У правној теорији спорно је и питање језика на коме општи услови могу да буду објављени. Питање језика укључује и питање да ли су општи услови написани довољно читко и јасно, дакле техничку страну језика, али и да ли су написани на језику који је разумљив уговорној страни која општим условим приступа.<sup>34</sup> Свакако је неспорно да језик општих услова мора бити језик за који је основано сматрати да ће га друга страна разумети – нпр. језик уговора, преговора, претходне пословне праксе, али се поставља питање да ли се објављивање општих услова на неком од тзв. светских језика може сматрати довољним за валидно укључење општих услова.<sup>35</sup> У пословању банке и клијената и овај услов се мора

31 F. Ferrari, *нав. дело*, стр. 235; U. Schroeter, *нав. дело*, стр. 283–285.

32 Управо из тог разлога се доносе посебни „потрошачки“ закони којима се пружа заштита клијентима банака. Вид. Закон о заштити корисника финансијских услуга, Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014.

33 Из тог разлога важећи Закон банкама у члану 42 и Закон о заштити корисника финансијских услуга у члану 10 прописују обавезу банке да клијенту пружи потребна објашњења и инструкције у вези са применом општих услова пословања.

34 U. Schroeter, *нав. дело*, стр. 285–286; F. Ferrari, *нав. дело*, стр. 236–237; Larry DiMatteo, „Critical Issues in the Formation of Contracts Under the CISG“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, No. 3, 2011, стр. 80.

35 U. Schroeter, *нав. дело*, стр. 285–286; F. Ferrari, *нав. дело*, стр. 236–237; L. DiMatteo, „Critical Issues in the Formation of Contracts Under the CISG“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, No. 3, 2011, стр. 80.

тумачити рестриктивно. Наиме, с обзиром на то да клијенти банке нису професионалци, било би разумно тумачити да језик општих услова пословања мора да се подудара са језиком уговора, преговора или праксе клијента са банком, ако таква пракса постоји. Не може се очекивати од клијента ни познавање „светских“ језика, будући да клијенти банке могу бити и врло често јесу потрошачи различитих нивоа образовања. Преднацрт не предвиђа посебну одредбу о језику на ком општи услови морају да буду објављени да би се сматрало да је клијент у могућности да се упозна са њиховом садржином, али Закон о заштити корисника финансијских услуга то чини изричитом формулацијом у члану 10 – општи услови морају бити објављени на српском језику.<sup>36</sup> Стога, у складу са чланом 1359 Преднацрта да је банка дужна да се руководи добрим пословним обичајима приликом објављивања општих услова пословања, треба тумачити да није дозвољено објављивање општих услова пословања на језику за који се не може основано очекивати да је познат другој страни и да је у том случају клијенту банке онемогућено да се са њиховом садржином упозна. Наведеном тумачењу иде у прилог и члан 96 који говори о ништавости општих услова ако су они супротни добрим пословним обичајима. Објављивање општих услова пословања на језику за који банка зна да њен клијент неће бити у стању да разуме, свакако треба сматрати супротним добрим пословним обичајима.<sup>37</sup>

### 3. Постојање споразума о укључењу општих услова у уговор банке и клијента

Из наведена два услова произлази да се укључење општих услова у уговор између банке и клијента може сматрати валидним само ако између уговорних страна постоји споразум о примени општих услова. Прихватањем понуде чији су општи услови саставни део, довољно је да се сматра да је прихватањем понуде створена обавеза стране која је приступила општим условима да њиховом садржином буде обавезана, ако су они пре тога објављени на прописан начин и ако је друга страна имала могућност да се упозна са њиховом садржином.<sup>38</sup> Међутим, могуће је да се у току извршења уговора испостави да је страна пристала на опште услове одређене садржине, али да јој поједине одредбе представљају оптерећење приликом извршења уговора или су претерано строге или неправичне према њој. У правној теорији уговора у привреди под термином „изненађујући“ општи услови пословања сматрају се општи

36 Вид. Закон о заштити корисника финансијских услуга, чл. 10.

37 Исто и ЗОО, чл. 143.

38 U. Magnus, *нав. дело*, стр. 318; F. Ferrari, *нав. дело*, стр. 233; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 58; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 228.

услови који садрже једну или више одредаба које понуђени није очекивао или основано није могао очекивати, а који су „изненађујући“ по свом језику, садржају или презентацији. Таквим појединачним одредбама општих услова саговорник може да приговори, ако се са конкретним одредбама није експлицитно сагласио, чак иако је пристао на опште услове у целини.<sup>39</sup> Такође и Преднацрт у одељку у коме се бави општим условима пословања у члану 96 предвиђа ништавост појединих одредби општих услова које су противне циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, чак и ако су такви општи услови одобрени од стране надлежног органа. У следећем ставу истог члана Преднацрт овлашћује суд да у одређеним случајевима може да одбије примену појединих одредби општих услова ако они другу страну лишавају права да стави приговоре, ако она на основу њих губи права и рокове из уговора или су оне неправичне или претерано строге према њој.<sup>40</sup>

Дакле, из наведеног се може сматрати да и Преднацрт познаје тзв. „изненађујуће“ опште услове и да предлаже начин како да се њихова примена сузбије. Иако то није предвиђено у делу у коме су регулисани општи услови пословања банака, применом релевантног члана из општег дела Преднацрта долази се до жељеног решења и угроженој страни, клијенту банке се пружа адекватна заштита.

## V Закључак

Одвојено регулисање општих услова пословања када су у питању банкарски послови у Преднацрту Грађанског законика свакако има своје оправдање. Наиме, реч је о уговорима у којима је видљива неравнотежа преговарачких позиција банке и клијента, и то не само зато што банка клијенту намеће опште услове, што је и иначе случај када говоримо о општим условима, већ и зато што се банка увек јавља као професиона-

39 Robert Koch, „Surprising Terms in Standard Contracts Under the CISG“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution: Festschrift for Liber Amicorum Eric Bergsten on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Kluwer Law International, Хар, 2011, стр. 611; Stefan Volgenauer, Jan Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Њујорк, 2010, стр. 318.

40 Ова решења садржана су и у важећем Закону о облигационим односима у чл. 143. Судови у пракси су ову одредбу примењивали уз доста забуне. Наиме, наведени члан предвиђа два различита основа за одбијање примене појединих одредби општих услова. Те одредбе у складу са ставом 1 наведеног става могу бити оглашене ништавим по самом закону, а према ставу 2 у посебним случајевима суд има дискреционо овлашћење да одбије примену поједини одредби из наведених разлога. Вид. М. Вукотић, *нав. чланак*, стр. 384; М. Ђурђевић, *нав. дело*, стр. 154–155; Н. Ђурђевић, *нав. чланак*, стр. 1553.

лац, специјализовано друштво у чију редовну делатност спада пружање финансијских услуга. Такође, и предмет банкарских уговора је специфичан – то је увек новац или друге сличне вредности. Управо из тог разлога, појам општих услова пословања банака је постављен шире и обухвата не само правила која се примењују на конкретан уговорни однос, већ и правила која се примењују на целокупну комуникацију и преговоре клијента и банке поводом закључења једног или више уговора. Такође, с обзиром на то да је целокупна материја банкарских послова регулисана у посебном делу Преднацрта, згодно је управо на том месту поново подсетити на правила о укључењу општих услова пословања будући да се готово сви банкарски уговори закључују применом општих услова пословања банке.

Преднацрт је дефинисањем општих услова пословања банака прецизирао шта се под општим условима пословања сматра када су у питању банкарски уговори. Такође у члану 1359 поменута су и овлашћења Народне банке Србије у овој материји. Алтернатива члану 1359 која дефинише услове за укључење општих услова у уговор банке и клијента заправо само садржи поновљено правило из члана 95. Ако узмемо у обзир одвојено и јединствено регулисање банкарских послова у Преднацрту, ово понављање има смисла јер је тиме извршена концентрација свих одредби Преднацрта које се примењују на банкарске послове, тим пре што се појам општих услова пословања банака не подудара у потпуности са општим условима пословања осталих привредних субјеката. Иако су услови за укључење исти и иако општи услови и у случају банкарских послова имају исту сврху – убрзање правног промета, њихово одвајање и посебно регулисање само додатно скреће пажњу на њихов значај у пословању банке и клијента и на њихову готово свакодневну употребу.

*Marija* VICIĆ

PhD Student at the Faculty of Law University of Belgrade

## REGULATION OF STANDARD TERMS AND CONDITIONS UNDER THE SERBIAN CIVIL CODE PRELIMINARY DRAFT

### Summary

*Standard terms and conditions as unilateral contract conditions proposed by one party to another contribute significantly to the acceleration of legal transactions and shorten the future contract terms negotiating. Preliminary Civil Code Draft prescribes the regulation of standard terms firstly in the general provisions similarly to the still applicable Law on Contracts and Torts. Then, standard terms and conditions are regulated once again in the part of Preliminary Draft concerning the Banking agreements with the special reference to the relations between banks and their clients and, thus, enhanced clients' protection.*

*In this paper author analyzes the need on double regulation of standard terms and conditions through their legal nature in the first part, then through the analysis of the Preliminary Draft provisions and, in the end, through the issues of specific conditions for valid inclusion of standard terms in banking agreements.*

**Key words:** *standard terms and conditions, banking agreements, double regulation, Serbian Civil Code Preliminary Draft, conditions for valid incorporation.*

---

# ПРАВО ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА И УГОВОР О ОРТАКЛУКУ

---

Др Зоран АРСИЋ

редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## УГОВОРИ О ГЛАСАЊУ АКЦИОНАРА И ПРЕДНАЦРТ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

### Резиме

*Уговор којим се акционар обавезује да ће гласати по уједињенима друштва, чланова одбора директора или надзорног одбора, је ништак. Ништак је и уговор којим се акционар обавезује да ће користити своје право гласа, у замену за поједности или друге услуге које му одобри друштво, директор или члан надзорног одбора.*

*Физичко лице ће се казни за прекршај ако понуди или да новчану накнаду или другу корист акционару јавног акционарског друштва за гласање или негласање на одређени начин.*

**Кључне речи:** акционар, право гласа.

Вршење права гласа акционара је, начелно, слободно. Ипак, постоје одређена ограничења. Осим, акцијскоправних ограничења (чл. 362, чл. 360 ст. 7) могућа су и облигационоправна ограничења. У том смислу се говори о уговорима о гласању акционара (чл. 359 Закона о привредним друштвима из 2011. год.).



## I Појам уговора о гласању

Акционар се облигационим уговором може обавезати да своје право гласа врши на одређени начин. Могућ је и уговор којим се акционар обавезује да неће вршити своје право гласа, када се ради о уговору о искључењу права гласа.<sup>1</sup>

Уговори о гласању су, како смо указали, начелно допуштени. Пре свега треба имати у виду да је у чл. 15 предвиђена могућност закључивања уговора између акционара којим би се уредило гласање у скупштини по одређеним или свим питањима. У чл. 359 нормиране су ситуације у којима је овакав уговор ништав. *Argumentum a contrario* у свим осталим ситуацијама уговор је допуштен. Исто важи и у погледу регулативе из чл. 587.<sup>2</sup> У погледу начелне допуштености уговора о гласању у литератури се износи и додатна аргументација, која се заснива на могућности давања пуномоћја од стране акционара. На основу тога се, пре свега, закључује да право гласа није високо лично право акционара. Друго, на основу добијеног пуномоћја пуномоћник, за разлику од гласника, има одређену самосталност.<sup>3</sup> На основу тога се закључује да вршење права гласа не мора бити засновано искључиво на личној одлуци акционара, што указује на допуштеност вршења сопственог права гласа у координацији са другим на основу уговора о гласању.<sup>4</sup> Овоме треба додати и нормативну подршку ван закона којим се регулишу привредна друштва – предвиђа се постојање уговора о гласању и они су основ за урачунавање гласова (чл. 58 Закона о тржишту капитала). Нормативна подршка за постојање уговора о искључењу права гласа у домаћем праву постоји у чл. 587 где се санкционише нуђење или давање накнаде или друге користи за то да неко „гласа или не гласа на одређени начин“. Независно од недовољно добре формулације<sup>5</sup> („гласа или не гласа на одређени начин“) и ограничавања регулативе само на јавна друштва, сматрамо да је постојање уговора о искључењу права гласа неспорно и у домаћем праву. Овоме треба додати и регулативу из чл. 359 ст. 2 где се спомиње обавезивање акционара „да неће гласати“.

1 Timo Holzborn у: Tobias Bürgers, Torsten Körber, *Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*, Heidelberg, 2008, стр. 1222; Gerald Spindler у: Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz*, Köln, 2008, стр. 1603.

2 Peter Coenen, *Die Konzernrechtliche Relevanz von Stimmbindungsvereinbarungen*, Düsseldorf, 2014, стр. 48.

3 У случају да није добио упутство за вршење права гласа, пуномоћник има обавезу да гласа у интересу акционара, што претпоставља његову процену. Осим тога, под одређеним околностима пуномоћник може да одступи од примљеног налога.

4 P. Coenen, *нав. дело*, стр. 8.

5 Формулација треба да гласи „гласа на одређени начин или не гласа“.

Према постојећем ставу у судској пракси, националним законодавствима и теорији, оваква уговорна обавезивања, и када садрже уговорну казну,<sup>6</sup> су пуноважна. У том смислу се указује да такви уговори не повређују основе акцијског права, а посебно нису у супротности са аутономијом друштва.<sup>7</sup> Осим тога, наглашава се да овакви уговори нису у супротности са принципом да свака акција даје право гласа, будући да се овде ради о облигационој вези и да њихова пуноважност не утиче на дејство права гласа.<sup>8</sup> Начелно, такви уговори нису у супротности ни са добрим обичајима.<sup>9</sup> Право гласа остаје и даље саставни део чланског права дужника (акционара) и када се он уговором одрекао његовог вршења.<sup>10</sup> Вршење права гласа, као што смо већ указали, нема високо лични карактер и гласачка изјава акционара не мора одговарати његовом личном убеђењу. Указује се, такође, да уговори о гласању не противрече природи права гласа и када се његово слободно вршење путем гласачке изјаве онемогући слободном изјавом воље.<sup>11</sup>

Мотиви за закључивање оваквих уговора су различити,<sup>12</sup> али се они сматрају начелно допуштеним средством вршења и обезбеђивања утицаја на то како ће акционари употребити своје право гласа.<sup>13</sup>

У домаћем праву је делимични спорно питање форме уговора о гласању. Ово зато што је у чл. 15 предвиђено да се такви уговори закључују у писаној форми, али се регулатива односи само на уговор који закључују чланови друштва, у овом случају акционари. Сматрамо да би на основу аналогije овакав приступ требало применити и на уговоре закључене са неакционаром, у погледу којих постоји правна празнина када се ради о форми уговора. С тим у вези треба указати и на појаву *gentleman's agreement* – а на основу којих долази до обавезивања која су морална, а неправна. Из одсуства форме, којом би се олакшало доказивање, треба закључити да се није желело уговорно обавезивања. Одсуство форме, као и неправни карактер обавезе, су разлози за закључивање према којем се у овом случају не може претпоставити

6 У прилог допуштености уговорне казне и Volker Butzke, *Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft*, Stuttgart, 2011, стр. 194.

7 Hans Würdinger, *Aktien- und Konzern Recht*, Karlsruhe, 1973, стр. 68.

8 Gadow, *Aktiengesetz*, Band I, Berlin 1961, стр. 808–809.

9 *Ibidem*.

10 Peter Böckli, *Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter*, Basel, 1961, стр. 57.

11 У погледу дилема које се јављу с тим у вези види Р. Böckli, *нав. дело*, стр. 57 напомена бр. 58.

12 Р. Coenen, *нав. дело*, стр. 25–28.

13 G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1603.

постојање воље усмерене ка правном послу, али је могуће супротно доказивање.<sup>14</sup>

Као што смо указали, уговор може бити закључен између акционара, као и између акционара и неакционара. Први случај није споран и такви уговори се према владајућем мишљењу сматрају допуштеним. У том смислу је и чл. 15. Када је у питању уговор закључен између акционара и неакционара, треба нагласити да се и такви уговори сматрају допуштеним,<sup>15</sup> али се указује и на ограничења таквог приступа (угрожавање јединства акције и лојалности акционара према друштву).<sup>16</sup> Уговор о гласању са неакционаром је допуштен и у погледу измене статута.<sup>17</sup> Када је домаће право у питању одређене потешкоће постоје с обзиром на регулативу чл. 15 где се у ст. 1 предвиђа право члана друштва да закључи уговор са једним или више чланова истог друштва, између осталог, и о томе како ће гласати у скупштини, по одређеним или свим питањима. Оваква норма је декларативног карактера и не представља изузетак због којег би се *argumentum a contrario* извео закључак да није дозвољено уговарање са лицем које није члан друштва. Насупрот томе сматрамо да постоји правна празнина у погледу уговарања са неакционаром, која се попуњава аналогном применом чл. 15. Режим изузетка је предвиђен у чл. 359 где се, како смо раније указали, примењује тумачење *argumentum a contrario*.

Ако је уговор закључен између акционара, он може имати више појавних облика. Пре свега, такав уговор може бити једнострано обавезан, када је један акционар у обавези да своје право гласа врши према налозима другог акционара. Друга ситуација наступа, када се уговорне стране једнострано обавезују да ће своје право гласа вршити у складу са претходно донетом одлуком о вршењу права гласа коју донесе уговорне стране. У том случају се ради о *pool*-у. Када су у питању уговори о *pool*-у треба имати у виду да се он, као што смо указали, закључује између акционара, а појединачни акционар се обавезује да своје право гласа на скупштини врши на начин који се утврди од стране акционара који су укључени у *pool*. У том смислу се истиче да постоји друштво грађанског права у оквиру којег овлашћеници закључују о начину вршења права гласа.<sup>18</sup> У домаћем праву се на ове односе примењују правила којима се регулише ортаклук (чл. 835 и даље Преднацрта Грађанског закони-

14 Р. Böckli, *нав. дело*, стр. 56.

15 Т. Holzborn, *нав. дело*, стр. 1223; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1604; Н. Würdinger, *нав. дело*, стр. 68.

16 Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, München, 1999, стр. 647.

17 Т. Holzborn, *нав. дело*, стр. 1223 уз навођење супротног става.

18 Н. Würdinger, *нав. дело*, стр. 68.

ка Републике Србије, у даљем тексту: ПГз). Предвиђено је да се два или лише лица уговором обавезују да уложе свој рад односно имовину ради „постизања заједничког циља“. Као што се види ортаклук се не везује само за постизање привредних циљева, што је била концепција заступљена у раније важећој регулативи која се примењивала на овим просторима.<sup>19</sup> Специфичност представља одсуство учествовања овог ортаклука у правном промету (предвиђено у чл. 849 ПГз и даље; нем. *Innengesellschaft*).<sup>20</sup> У литератури се указује да је *pool* интересна заједница (нем. *Interessengemeinschaft*) која је један од појавних облика ортаклука.<sup>21</sup> Престанак ортаклука је предвиђен у чл. 858 ПГз. Основно питање је како се утврђује воља, односно начин на који ће поједини акционари вршити своје право гласа. Када су у питању предложена решења за домаће право треба имати у виду да је основни принцип доношења одлука једногласност свих ортака (чл. 840 ст. 1 ПГз), што истовремено значи да сваки ортак има право вета. Уколико је уговором предвиђено већинско одлучивање, тада се већина обавезно утврђује према главама. За разлику од неких националних права у којима, у случају постојања већинске клаузуле у уговору, гласање по главама није обавезно, већ само у случају сумње,<sup>22</sup> у домаћем праву није могуће предвидети захтев за већином на основу удела у акционарском друштву. У погледу тога, с једне стране, постоје схватања према којима се на ове односе примењују правила за ортаклук, док се, с друге стране, заступа став према којем, за случај да се на скупштини доноси одлука за коју је потребна квалификована већина, тада се и одлука ортака мора донети квалификованом већином. Према владајућем ставу акционари који су закључили уговор су у облигационој вези и тај однос је одвојен од корпоративног односа. Нормативна подршка у домаћем праву се налази у чл. 15 ст. 4, где се предвиђа искључиво дејство између чланова друштва који су закључили уговор. Зато одлука донета обичном већином предвиђеном уговором, обавезује акционаре и онда када се одлука на скупштини доноси већом већином.<sup>23</sup> Осим тога указује се да би супротно решења представљало неоправдано захватање у приватну аутономију.<sup>24</sup> У литератури се указује на неопходност да се уговором предвиде последице које наступају у погледу вршење права гласа уговорних страна за случај да потребна већина не буде постигну-

19 Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд, 1997, стр. 652.

20 Sprau Hartwig, у: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2014, стр. 1237; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1605.

21 Н. Sprau, *нав. дело*, стр. 1239.

22 За немачко право Р. Соенен, *нав. дело*, стр. 41.

23 Т. Holzborn, *нав. дело*, стр. 1224.

24 Р. Соенен, *нав. дело*, стр. 42.

та, што посебно важи у случају када се тражи једногласно одлучивање свих учесника у правном послу.<sup>25</sup>

Уговори о вршењу права гласа су облигационог карактера (чл. 15 ст. 4), а не организационо правне природе. Директна последица тога је да такви уговори не остварују никакво дејство према трећим лицима, због чега је давање гласачке изјаве противно уговору пуноважно. Када је правна природа уговора о вршењу права гласа у питању, треба нагласити да је она различита. Као што смо већ указали, уговор о *pool*-у, односно конзорцијумски уговор о вршењу права гласа, представља грађанскоправни ортаклук. У оквирима кредитних аранжмана, овакви уговори се означавају као споредни договори о обезбеђењу чинидбе. Коначно, указује се и на то да ови уговори излазе из уговора о налогу.<sup>26</sup>

## II Разграничења према неким сличним уговорним обавезивањима

Као уговор о вршењу права гласа не треба сматрати такав уговор којим се акционар обавезао да одржава одређено стање друштва. То се првенствено односи на једноперсонална друштва. У таквом случају основ повезивања и обавезивања није вршење права гласа на одређени начин, него остваривање одређене последице (на пример, опстанак друштва као једноперсоналног), независно од начина на који се то остварује.<sup>27</sup>

*Gentleman's agreement* представља сагласност усмерену на хармонизацију положаја учесника споразума унутар друштва и на тај начин јачање заједничког утицаја.<sup>28</sup> Уговори о гласању и *gentleman's agreement* су институти којима је заједничко да служе појачавању утицаја учесника у односима унутар друштва. Међу њима, међутим, постоји значајна разлика. За разлику од уговора о гласању учесници у *gentleman's agreement* – нису изјавили правно обавезујућу вољу, због чега на основу таквог споразума не настаје утуживи захтев.<sup>29</sup>

Могућност давања пуномоћја није спорна са аспекта забране поделе акције (недељивост акције) – прво гласа остаје код акционара даваоца пуномоћја, а пуномоћник изјавом сопствене воље врши туђе право. У том контексту јавља се питање правне ваљаности давања неопозивог

25 *Ibidem*.

26 *Ibidem*.

27 Godin – Wilhelmi, *Aktiengesetz*, Berlin, 1967, стр. 764.

28 P. Coenen, *нав. дело*, стр. 48.

29 Grüneberg Christian, у: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2014, стр. 258; P. Coenen, *нав. дело*, стр. 49.

пуномоћја. Таква могућност се одбацује с обзиром да је, независно од тога што је и неопозиву пуномоћ могуће опозвати са важних основа, акционар толико интензивно везан за трећег да овај фактички има статус члана друштва, односно долази до замене носиоца права гласа.<sup>30</sup>

Када је заједничко деловање у питању (*Acting in Concert*) треба имати у виду да се под заједничком деловањем подразумева изричити или прећутни споразум на основу којег учесници користе гласачка права у другом лицу или предузимају друге радње у циљу вршења заједничког утицаја на управљање или пословање тог лица (чл. 62). У питању је дакле шири појам који обухвата *gentleman's agreement* и *pool*.<sup>31</sup>

Уговори о вршењу права гласа уз накнаду („куповина гласова“) у домаћем праву нису допуштени, као што је то случај и у другим националним правима и о томе ће бити речи у каснијим излагањима.

### III Садржина уговора

Основну садржину уговора представља обавеза акционара да своје право гласа врши на одређени начин, или да га не врши. Ова обавеза акционара може да се односи на тачно одређену тачку дневног реда, одређене врсте тачака дневног реда или све тачке дневног реда. Обавеза акционара може бити орочена или неорочена.<sup>32</sup>

### IV Правне последице повреде уговора о гласању

Поведа уговора о вршењу права гласа не чини давање гласа без дејства, нити одлуку скупштине рушљивом. То значи да се последице повреде уговора ограничавају само на уговорне стране. Основ за овакво схватање је облигациони карактер обавезивања,<sup>33</sup> на који смо већ указали. Зато се гласачка изјава увек самостално процењује.<sup>34</sup>

Основну правну последицу неизвршења обавезе вршења права гласа на утврђени начин представља накнада штете. С тим у вези постоје отежавајући чиниоци.<sup>35</sup> Пре свега, треба доказати повреду уговорне обавезе. То може бити, практично, немогуће када је гласање тајно.

30 P. Coenen, *нав. дело*, стр. 52; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 656; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1550.

31 P. Coenen, *нав. дело*, стр. 51.

32 Ernst Gessler, Wolfgang Hefermehl, Ulrich Eckardt, Bruno Kropf, *Aktiengesetz*, Band II, München, 1974, стр. 365.

33 T. Holzborn, *нав. дело*, стр. 1224.

34 *Ibidem*.

35 P. Böckli, *нав. дело*, стр. 55.

Други отежавајући моменат се огледа у потреби доказивања штете, која је претрпљена. Отежано може бити и доказивање постојања узрочне везе између повреде уговора и донете одлуке, на коју дужник обавезе није могао да утиче чак и даје извршио обавезу – одлука би била донета и у случају да је он извршио своју уговорну обавезу, због малог броја гласова којима располаже. Коначно, треба имати у виду и правила Закона о облигационим односима која се односе на налог, која омогућавају налогопримцу да, под одређеним условима, одступи од примљеног налога. Допуштено је и уговарање уговорне казне, када долази у обзир примена правила о смањењу уговорне казне и односа уговорне казне и укупне штете. Осим уговорне казне допуштено је уговором предвидети обавезу акционара да као пуномоћника за скупштину одреди другу уговорну страну или његовог пуномоћника.<sup>36</sup>

Спорно је да ли се тужбом може тражити извршење уговорне обавезе. Према доминирајућем ставу, акционар може бити тужен за извршење обавезе.<sup>37</sup> Треба имати у виду да у упоредном праву позната решења (немачко право) према којима је процесним прописом предвиђена фикција давања изјаве воље правноснажном пресудом.<sup>38</sup> Захтев за стицањем гласачке изјаве као изјаве воље њеном адресату остварује се стизањем пресуде председнику скупштине.<sup>39</sup> Приспеће мора бити остварено у скупштини, с обзиром да се гласачка изјава мора дати само у скупштини, при чему треба имати у виду да по правилу пресуда стиже касније.<sup>40</sup>

У односу на правне последице, спорна може бити ситуација када је споразум о вршењу права гласа прихваћен статутом, или оснивачким актом. Тада гласање противно утврђеном начину није повреда само уговора, него и статута, због чега би одлука била рушљива.<sup>41</sup>

У делу судске праксе (инострани и то и погледу друштава са ограниченом одговорношћу) заступљено је становиште према којем је и споредни облигациони споразум заснивао рушљивост у случају да су њиме обавезани сви чланови друштва. Овакав приступ је у литератури споран.<sup>42</sup> У прилог негативном ставу износи се могућност злоупотребе, као и одсуство чињеница које су предвиђене као основ за рушљивост.<sup>43</sup>

36 Р. Böckli, *нав. дело*, стр. 56.

37 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 648; T. Holzborn, *нав. дело*, стр. 1224; супротно Gadow, *нав. дело*, стр. 809; E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 365–366.

38 Чл. 894 *Zivilprozessordnung*.

39 T. Holzborn, *нав. дело*, стр. 1224.

40 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 648.

41 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 1087.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

Када је отказ уговора о гласању у питању треба имати у виду да се уговором право на отказ не може искључити. У погледу осталих питања везаних за отказ уговора о гласању, мора се поћи од тога да се ради о трајном дуговинском односу.<sup>44</sup> Таква квалификација обезбеђује примену чл. 358 Закона о облигационим односима (чл. 405 ПГЗ) и то за случај да време трајања дуговинског односа није одређено. За случај да се ради о трајном дуговинском односу са одређеним роком трајања примењује се чл. 357 Закона о облигационим односима (чл. 404 ПГЗ).

## У Ништавост уговора о вршењу права гласа

Законом о привредним друштвима (чл. 359) су утврђени случајеви када су уговори о гласању ништави. Циљ оваквог утврђивања огледа се у спречавању управе друштва да оствари утицај на исход гласања скупштини.

У првом случају уговор о гласању је ништав ако се акционар обавезао да своје право гласа врши према упутствима друштва. При томе је без значаја са ким је уговор закључен. То значи да је уговор ништав и када је обавеза преузета према другом акционару, или према лицу које није акционар. Када је друштво у питању није од значаја да ли оно упутство даје преко статутарног заступника, прокуристе, или пуномоћника.<sup>45</sup> За разлику од решења у неким националним правима (на пример, немачком) домаћа регулатива не спомиње зависна друштва. Сматрамо да би тумачење забране требало да обухвати и зависна друштва, с обзиром на утицај који има матично друштво. Закључење уговора о гласању према упутствима зависног друштва представљало би симуловани посао који би имао за циљ да се избегне санкција ништавости. При томе правна форма зависног друштва не би требала да буде од значаја.

Уговор о гласању је ништав ако се акционар обавезао да врши своје право гласа према упутствима директора или чланова надзорног одбора, ако је управљање друштвом дводомно. У упоредном праву су позната решења према којима се, уместо чланова органа, наводе органи. Навођење управе уз друштво има значаја утолико што се овде има у виду управа као колективитет (гремиум), а не као заступник друштва.<sup>46</sup> Када су органи у питању, они као такви, начелно, не могу бити овлашћени за давање упутства за гласање. Треба, међутим, имати у виду да је, насупрот томе, пуноважан уговор којим се акционар обавезао према једном

44 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 648.

45 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 681; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1605.

46 Godin – Wilhelmi, *нав. дело*, стр. 762.



од више чланова органа.<sup>47</sup> У домаћем праву је, као што се види из регулативе ст. 1 чл. 295, заузето обрнуто становиште. Законом је забрањено само обавезивање на вршење права гласа према упутствима чланова органа, али не и органа. Тумачење би требало да обухвати директоре или чланове надзорног одбора зависног друштва. Стварни основ за овакав приступ се не разликује од ситуације када су у питању директор или чланови надзорног одбора друштва. Циљ је да се избегне да на место друштва, или чланова његових органа, дође зависно предузеће и чланови његових органа, преко којег ће друштво, или чланови органи, спровести своју вољу уз избегавање санкције ништавости.

Потребно је указати на једну честу ситуацију, која настаје када је члан управе истовремено и акционар и, као такав, члан *pool*-а. На тај начин он, претходним гласањем у оквиру *pool*-а, може остварити свој утицај. То није штетно све док он својим гласом утиче само на *pool*. Ако је само један члан управе истовремено и акционар који има већину гласова у *pool*-у, може се рећи да остали акционари, који су уговором обавезани да гласају према томе како је већином одлучено у *pool*-у, имају обавезу да врше своје право гласа према упутствима тог члана управе. У појединачном случају то може бити воља управе, али не мора. У сваком случају ради се о вољи једног члана управе, која може бити и противна вољи осталих чланова.<sup>48</sup> Замисливо је, међутим, да заобилажење ништавости постоји у ситуацији када су сви чланови управе, или надзорног одбора, чланови *pool*-а као акционари на такав начин да својим гласовима остварују већину којом се утврђује одлука *pool*-а о вршењу права гласа.<sup>49</sup>

У ст. 2 чл. 359 је предвиђен други основ ништавости уговора о гласању. Уговор о гласању је ништав ако је њиме утврђена обавеза акционара да ће користити право гласа на одређени начин или да неће гласати у замену за погодности или друге услуге које му одобри друштво, директор или члана надзорног одбора. Ни у овом случају није од значаја према коме се акционар обавезао (акционар или лице које није акционар). Када се ради о „куповини гласова“ од значаја је и чл. 587 где је предвиђена новчана казна за прекршај физичког лица које понуди или да новчану накнаду или другу корист за то да неко на скупштини јавног акционарског друштва „гласа или не гласа на одређени начин“.<sup>50</sup> Прекршај постоји само у погледу јавних друштава, а извршилац може бити само физичко лице. При томе није од значаја да ли се ради о члану

47 G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1605.

48 Godin – Wilhelmi, *нав. дело*, стр. 761–762.

49 *Ibidem*.

50 Раније смо указали на недостатак формулације. Виду напомену бр. 5.

органа или не. За разлику од неких сличних решења у упоредном праву (немачко право) прекршај чини само онај ко даје или нуди новчану накнаду или другу корист, а не и онај који тражи или прима. С тим у вези у литератури се указује да „корист“ не обухвата чланство у надзорном одбору (ради се дводомном управљању), због чега нема прекршаја у случају да је закључен уговор којим се акционар обавезује према некоме да гласа за његово чланство у надзорном одбору.<sup>51</sup> Уговори о „куповини гласова“ су ништави према општим правилима за ништавост уговора.<sup>52</sup>

У погледу решења из упоредног права треба указати на ништавост уговора о гласању којим се акционар обавезао да гласа за сваки предлог управе, или надзорног одбора друштва. Значај овакве одредбе огледа се у разјашњавању могуће ситуације. Ово зато што је једва замисливо да би садржина упутства управе за вршење права гласа била другачија од њиховог предлога одлуке. Зато се жели спречити и овај начин на који органи друштва могу остварити нежељени утицај на исход гласања. Ни у овом случају није од значаја према коме је акционар преузео обавезу да гласа за сваки предлог управе.<sup>53</sup>

Када се ради о ништавим уговорима о вршењу права гласа, поставља се питање односа посебних основа ништавости утврђених акцијскоправним прописима и основа за ништавост по основу општих прописа, који важе за све облигационе уговоре (чл. 103 Закона о облигационим односима; чл. 115 ПГз). У том погледу треба нагласити да се општи прописи којима се утврђују основи за ништавост примењују и у погледу уговора о вршењу права гласа. Ст. 1 и 2 чл. 359 нису искључиви основи за ништавост уговора о вршењу права гласа. С тим у вези треба указати на још неке случајеве. Без дејства је уговор о гласању који закључи акционар, којим се обавезује да врши своје право гласа према упутствима другог акционара, ако другог акционара погађа забрана вршења права гласа из чл. 362, или ако он из других разлога не може да врши своје право гласа. Ово зато што би се извршењем таквих уговора омогућило том акционару да оствари утицај на изградњу одлуке друштва, што се противи смислу и циљу законске забране вршења права гласа.<sup>54</sup> Без дејства је и уговор о гласању закључен између имаоца акције на име чији је пренос ограничен сагласношћу друштва и озна-

51 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 367.

52 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 648; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1604.

53 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 367; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 681.

54 E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 367. Тако и U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 648; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1604.

ченог будућег стицаоца (чл. 261), када друштво ускрати сагласност не пренос такве акције. Тада се том лицу не може омогућити остваривање утицаја на друштво путем облигационог уговора. На тај начин се циљ ускраћивања сагласности друштва у сваком случају остварује у погледу вршења права гласа.<sup>55</sup>

Треба имати у виду да, независно од пуноважности уговора, обавеза на посебно гласање отпада када њој одговара једна скупштинска одлука која је супротна статуту или закону. Исто важи и у погледу одлуке којом би друштво било на други начин оштећено.<sup>56</sup> Истиче се, такође, да обавеза на одређено гласање не постоји и када се ради о избору лица које не испуњава услове за чланство у органу друштва.<sup>57</sup> Ништава је и обавеза акционара да гласа противно обавези лојалности.<sup>58</sup>

## VI Правне последице ништавости уговора о гласању

Уговори о гласању из ст. 1 и ст. 2 чл. 359 су ништави будући да установљавају забрањено везивање права гласа упутством за његово вршење (чл. 103 Закона облигационим односима). Према владајућем мишљењу ништавост погађа везаност налогом за гласање, при чему остаје могућност опстанка уговора у преосталом делу (чл. 105 Закона о облигационим односима (чл. 117 ПГЗ)). Будући да је обавеза вршења права гласа према упутствима ништава, њу није могуће обезбедити уговорном казном.<sup>59</sup> Није могуће ни тражити накнаду штете због неизвршења.<sup>60</sup> У погледу правних последица ништавости уговора о вршењу права гласа треба нагласити да право гласа акционара није искључено због ништавости уговора. Акционар може гласати за и против предлога управе, као што се може и уздржати од гласања, с обзиром да гласачка изјава производи дејство. Гласачка изјава је ништава или рушљива, с обзиром на сопствене недостатке.<sup>61</sup> Као што смо раније указали, гласачка изјава се увек самостално процењује. У погледу рушљивости треба указати да она долази у обзир због заблуде или преваре, када је акционар сматрао

55 T. Holzborn, *нав. дело*, стр. 1223; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 313; E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 367.

56 *Ibidem*.

57 Godin – Wilhelmi, *нав. дело*, стр. 763.

58 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 648.

59 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 682; Göhmann Andreas у: Henn Günter, Frödermann Jürgen, *Handbuch den Aktienrechts*, Heidelberg, 2009, стр. 522; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1606.

60 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 682.

61 *Ibidem*.

да свој глас мора дати на начин који одговара ништавом обавезивању.<sup>62</sup> Решење се оцењује као консеквентно, будући да ништавост уговора успоставља слободу гласања акционара.<sup>63</sup>

**Zoran ARSIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad**

## **SHAREHOLDERS VOTING AGREEMENTS AND DRAFT CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*An agreement whereby a shareholder obligates himself to exercise his voting rights in accordance with the instructions of the company, members of the company's board of directors or supervisory board, shall be void. An agreement whereby a shareholder undertakes to exercise his voting rights in exchange for benefits or other services provided by the company, director or member of supervisory board shall likewise be void.*

*Any natural person who offers or grants monetary reward or other benefit as consideration for refraining from voting or voting in prescribed manner at a general meeting of public corporation shall be guilty of an administrative offence.*

**Key words:** *shareholder, voting right.*

---

62 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 682; E. Gessler, W. Hefermehl, U. Eckardt, B. Kropf, *нав. дело*, стр. 368.

63 Доводи се у питање целисходност решења. Тако U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 682.

Др Љубиша ДАБИЋ

редовни професор Економског факултета Универзитета у Београду

## ПОСЛОВОЂЕЊЕ ОРТАКЛУКОМ И ЊЕГОВО ЗАСТУПАЊЕ (УПРАВЉАЊЕ ОРТАКЛУКОМ)

### Резиме

У овом раду аутор истражује нека од теоријских питања управљања ортаклуком са намером да резултатима тог истраживања допринесу законском реулисању ортаклука у будућем Грађанском законнику Републике Србије. Реч је о следећим питањима: појам, правна природа и обим пословођења; врсте пословођења (заједничко и појединачно пословођење); унутрашњи и спољни однос између ортака, тј. однос између пословођења и заступања; права и обавезе ортака на пословођење; правни основ за пословођење и заступање и начин доношења одлука у ортаклуку. На тај начин, аутор настоји да допринесе уружању одговора на нека од питања која су од значаја за законодавство (нпр. да ли у Преднацију грађанског законика Србије треба најправилнијаснију дисципину између пословођења и заступања код ортаклука; да ли треба посебно уредити питање пословођења ортаклуком за случај да није одређен пословођа, по уреду на решења из Скице проф. М. Константиновић и др.).

Такође, у раду се са појачаним интересовањем анализира и питање да ли ортаку који води послове управљања ортаклуком припада право на посебну накнаду за лични уложени труд у вођењу тих послова. Аутор обрађује и неке друга питања која су у контексту управљања ортаклуком, (нпр. забрана конкуренције, полагање рачуна, накнаде и награде,

право надзора и др.), ирвенсївено из разлоїа обраде іредмеїне маїерије на свеобухваїан начин.

**Кључне речи:** орїаклук, Грађански законик, іословођење, засїуїање.

## I Уводна разматрања

У праву Србије постоји велика празнина због тога што после Другог светског рата уговор о ортаклуку није био предмет законског регулисања. Како је запажено у правној теорији, суплеторна примена старих правних правила могла је представљати само излаз из нужде, имајући у виду да савремени односи у привреди нису више они какви су постојали пре сто и више година.<sup>1</sup>

Професор Константиновић је осетио овај значајан недостатак у домаћем правном систему, због чега је нашао за потребно да у својој Скици унесе и одредбе о ортаклуку, под називом „привредно удружење грађана“.<sup>2</sup> На тај начин, овај великан правне мисли ишао је испред свог времена, јер у то време владајућа идеологија није допуштала ни да се помисли „да се обављање привредне делатности може организовати путем удруживања капитала ради стицања добити“, а што чини суштину ортаклука.<sup>3</sup> Нажалост, у Закону о облигационим односима није унет, односно регулисан уговор о ортаклуку, иако је Скица професора Константиновића послужила као комплетна грађа за његову израду. У правној доктрини је изнето становиште да разлози за изнети приступ законодавца „нису сасвим знани“, иако се износи став „да се они налазе само у једној равни – идеолошкој“.<sup>4</sup> И други аутори су истог става, уз истицање да се уговор о ортаклуку у пословној пракси није могао избећи.<sup>5</sup>

Са образовањем Комисије за израду грађанског законика Србије, односно са њеним подношењем писаног извештаја 2007. године, дошло је

1 Ивица Јанковец, „Примена правила о уговору о ортаклуку на односе између оснивача привредног друштва“, *Нови уїовори од значаја за іривредни развој Јуїославије*, Београд, 1995, стр. 225.

2 Михаило Константиновић, *Облиїације и уїовори – Скица за законик о облиїацијама и уїоворима*, Београд, 1969, чл. 590–627.

3 И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 225.

4 Мирко Васиљевић, „Закон о облигационим односима и уговор о ортаклуку“, *Тридесетї іодина Закона о облиїационим односима – de lege lata и de lege ferenda*, Београд, 2009, стр. 37.

5 Јакша Барбић, *Pravo društava – Knjiga treća, Društva osoba*, Zagreb, 2002, стр. 6.

до објављивања првог предлога за „уговор о ортаклуку“.<sup>6</sup> Објављивањем друге књиге од стране Комисије за израду грађанског законика 2009. године, објављен је други предлог „уговора о ортаклуку“, незнатно измењен и допуњен, уз одговарајуће редакцијске интервенције.<sup>7</sup>

Поједине државе настале на простору бивше Југославије већ су у својим законима (законцима) регулисали уговор о ортаклуку (Словенија,<sup>8</sup> Хрватска,<sup>9</sup> Македонија,<sup>10</sup> Црна Гора<sup>11</sup>).

## II Појам, правна природа и обим пословођења ортаклуком

Ортаклук је заједница лица и имовине без својства правног лица. Основне карактеристике ортаклука су: реч је о удружењу лица; уговор је основ удруживања у ортаклук; до удруживања долази ради постизања заједничког циља; постоји обавеза да ортаци доприносе остваривању

6. Влада Републике Србије – Комисија за израду грађанског законика, *Рап на изради Грађанског законика Републике Србије – Извештај Комисије са оствореним ијишањима* (прва књига), Београд, 2007, стр. 263–272 (чл. 1–25).
7. Влада Републике Србије – Комисија за израду грађанског законика, *Преднацрпй грађанског законика Републике Србије – Облишациони односи* (друга књига), Београд, 2009, стр. 260–269 (чл. 835–863).
8. *Obligacijski zakonik – uradno prečiščeno besedilo (Uradni list RS, št. 97/2007)*. Службени пречишћени текст Облигационог законика сачињен је од стране Државног збора Републике Словеније 27. септембра 2007. године, а обухватио је: Облигациони законик (2001), Одлуку Уставног суда Републике Словеније (2006), Аутентично тумачење чл. 195 Облигационог законика (2004) и Закон о изменама и допунама Облигационог законика (2007). У даљем тексту: *Obligacijski zakonik – uradno prečiščeno besedilo*.
9. *Zakon o obveznim odnosima – prečiščeni tekst (Narodne novine Hrvatske, бр. 35/2005, 41/2008 и 125/2011, у даљем тексту: Закон о обвезним односима – пречишћени текст)*.
10. Закон за облигационите односи (Пречистен текст) (*Службен весник на РМ, бр. 18/2001*). Измењен је Законом о изменама и допунама Закона о облигационим односима (*Службен весник на РМ, бр. 4/2002*), Законом о изменама Закона о облигационим односима (*Службен весник на РМ, бр. 5/2003*), Законом о изменама и допунама Закона о облигационим односима (*Службен весник на РМ, бр. 84/2008*), Законом о изменама Закона о облигационим односима (*Службен весник на РМ, бр. 81/2009*) и Законом о изменама и допунама Закона о облигационим односима (*Службен весник на РМ, бр. 161/2009*). Одлуком Уставног суд Републике Македоније, У. бр. 121/2001 (*Службен весник на РМ, бр. 78/2001*) укинут је члан 191. Исто тако, одлуком Уставног суда Републике Македоније, У. бр. 67/02 (*Службен весник на РМ, бр. 59/2002*) укинут је члан 3 Закона о изменама Закона о облигационим односима. Извршене измене, допуне и одлуке су саставни део овог текста. У даљем тексту: Закон за облигационите односи (Пречистен текст).
11. Закон о облигационим односима (*Сл. листй ЦГ, бр. 47/2008 и 4/2011 – др. закони, у даљем тексту: Закон о облигационим односима ЦГ*).

заједничког циља; удруживањем ортака на основу уговора о ортаклуку не долази до оснивања правног лица.<sup>12</sup>

Закључењем уговора о ортаклуку између ортака настају међусобна права и обавезе, независно од тога да ли они у ортаклук улажу свој рад (лат. *societas operarum*) или имовину (лат. *societas rerum*) или рад и имовину. Поред других значајних односа који се успостављају између ортака у ортаклуку (на пример, поводом уношења улога, одређивања циља ортаклука, одговорности за материјалне и правне недостатке унетих ствари, расподеле добити и губитка, одговорности за штету), посебно су значајни за функционисање ортаклука право на пословођење (управљање) ортаклуком и право на заступање ортаклука.

Да би појмовно одредили пословодство код ортаклука нужно је да пођемо од дефиниције уговора о ортаклуку. То је такав уговор на основу кога се два или више лица (ортаци) узајамно обавезују да уложе свој рад односно имовину ради постизања заједничког циља.<sup>13</sup> Улагање рада од стране ортака огледа се у његовом привременом или трајном обављању одређених послова (функција) за потребе ортаклука. По својој природи, ти послови могу бити физички и правни. Ови други се првенствено тичу пословођења (пословодство) и заступања ортаклука.

У Преднацрту грађанског законика Републике Србије (Преднацрт) нема експлицитне дефиниције за пословођење ортаклуком, али га можемо дефинисати као давање овлашћења за предузимање радњи у обављању правних послова (пословођење) у ортаклуку. Дато овлашћење обухвата предузимање не само фактичких, већ и правних радњи, тј. овлашћење за обављање правних послова. У немачкој правној теорији се на исти начин у садржинском смислу, али лапидарнијом одредбом, дефинише пословођење ортаклуком, као свако деловање које се предузима за ортаклук ради остварења заједничког циља ортака, осим оног којим се задире у темељ ортаклука.<sup>14</sup> Међутим, полазећи од дефиниције проф. С. Шого-

12 Полазећи од упоредноправних решења, нека права већ законском дефиницијом одређују да је ортаклук друштво (нпр. аустријско, швајцарско, холандско, енглеско, америчко), а друга истичу да је реч о уговору којим се уређује однос ортаклука (нпр. немачко, француско, италијанско), с тим да у том случају наслов изнад одредбе којом се уређује или дела прописа у којима је садржано његово уређење јасно указују да је реч о друштву. Због тога се из начина на који се законом појмовно одређује ортаклук не сме извести закључак да је реч о различитим правним институцијама. Реч је искључиво о разликама како се правно-технички уређује ортаклук као друштво. J. Barbić, *нав. дело*, стр. 4.

13 Преднацрт грађанског законика Републике Србије (друга књига), стр. 262 (чл. 841), у даљем тексту: Преднацрт. Вид. Српски грађански законик (1844), пар. 723; Општи имовински законик за Црну Гору (1888), чл. 418; Аустријски грађански законик (1811), пар. 590.

14 Наведено према J. Barbić, *нав. дело*, стр. 83.



рова за пословођење у ортачком друштву,<sup>15</sup> на основу правних решења у Преднацрту и решења у упоредном праву о уговору о ортаклуку, могуће је пословођење ортаклуком појмовно одредити као скуп овлашћења и обавеза ортака у вези са обављањем правних и других послова и радњи које се редовно предузимају у управљању ортаклуком. У доктрини се истиче да је предложена дефиниција обухватнија, јер пословођење схвата не само као право (овлашћење), већ и као обавезу ортака у ортаклуку.<sup>16</sup>

### III Врсте пословођења ортаклуком

У теоријском смислу, пословођење ортаклуком може се поделити на заједничко (колективно, скупно) и појединачно (самостално). У Преднацрту се изричито помиње заједничко пословођење, а појединачно преко регулисања правног института преноса пословодства. Према томе, у Преднацрту је успостављена законска претпоставка да право на пословођење „припада заједнички свим ортацима“ – заједничко пословођење.<sup>17</sup> Међутим, полазећи од успостављеног начела диспозиције код ортаклука, у истој одредби Преднацрта допуштено је да се управљање ортаклуком повери једном или неколицини ортака или трећим лицима, на основу уговора о ортаклуку или донете одлуке ортака – појединачно пословођење. Од значаја је констатовати да супротна претпоставка постоји код трговачког ортаклука, тј. ортачког друштва, јер заједничко пословођење ортачким друштвом постоји само ако је уговором о оснивању друштва оно изричито предвиђено.<sup>18</sup>

Француски законодавац је у Грађанском законнику (Књига III, Глава IX – О друштву, Поглавље II – О грађанском ортаклуку, чл. 1845–1873) предвидео да се одредбе поглавља о грађанском ортаклуку примењују на све грађанске ортаклуке, осим ако нису укинуте посебним прописима, а природу грађанског имају сва друштва којима се законом не додељује друга природа због њихове форме, природе или њиховог предмета (делатности). Законом је дефинисано да друштвом (грађанским ортаклуком) управљају једно или више лица, чланова или не, који су именовани унутрашњим актима, било посебним актом или одлуком чланова.<sup>19</sup>

15 Стеван Шогоров, „Појам и врсте пословођења у ортачком друштву“, *Право и њолиџика*, бр. 1/2012, стр. 10.

16 С. Шогоров, *нав. чланак*, стр. 10.

17 Такво решење је заступљено и у упоредном законодавству. Вид. *Obligacijski zakonik – uradno prečišćeno besedilo*, чл. 992. ст. 2. и 4; *Zakon o obveznim odnosima – prečišćeni tekst*, чл. 642. ст. 1; *Закон за облигационите односи (Пречишћен текст)*, чл. 681 ст. 1; *Закон о облигационим односима ЦГ*, чл. 721 ст. 1.

18 С. Шогоров, *нав. чланак*, стр. 15.

19 *Code civil – Dernière modification: 18 février 2015; Version en vigueur au 18 mars 2015*, чл. 1845–1846, доступно а адреси: <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

## 1. Заједничко пословођење ортаклуком

Ово питање је било предмет регулисања и у старијем законодавству следећом формулацијом: сви ортаци су по правилу обавезни, без обзира на свој већи или мањи удео, подједнако радити на заједничкој користи.<sup>20</sup> Ово законско правило је адекватније од решења у тадашњем Српском грађанском законнику, које је обавезивало ортаке да управљају сразмерно свом унетом уделу („Сваки ортак дужан је по мери дела свога уложеног радити о користи ортачкој једнако један као други“).<sup>21</sup>

Заједничко пословођење ортаклуком је одређено као правило и у Преднацрту. У том случају, код заједничког пословодства ортаци су овлашћени на заједничко поступање, тј. за сваки предузети правни или други посао или радњу потребна је сагласност свих ортака у ортаклуку. Исто правило заступљено је и у упоредном праву. На пример, законодавац Словеније одређује да „ортаци одлучују о пословима ортаклука једногласно“, односно „ортаци врше пословодство заједнички и равноправно“,<sup>22</sup> а законодавац Македоније да „ортак не може правним послом да обавезе ортаклук без сагласности других ортака“, а „сагласност може бити дата пре закључења уговора у виду дозволе или после његовог закључења у виду одобрења, ако законом није прописано нешто друго“.<sup>23</sup>

Спреченост неког од ортака у заједничком пословођењу (на пример, болест, одсутност и слично), представља разлог за непостизање сагласности, због чега би намеравани правни посао и радња изостали. Међутим, од овог начелног правила постоји изузетак. Наиме, ако би спреченост неког од ортака представљала разлог за непостизање сагласности а тиме и изазвала последицу проузроковања штете ортаклуку, у том случају присутни ортаци би својом заједничком одлуком могли предузети предметни правни посао или радњу и без сагласности одсутног ортака, како би спречили настанак штете по ортаклук.<sup>24</sup>

За случај да се међу ортацима код заједничког пословођења не постигне сагласност, а поједини ортак или ортаци, ипак, предузму правни посао или радњу, у том случају сматра се да су они у положају пословође без налога и имају имовинску одговорност за накнаду проузроковане штете ортаклуку.

Правни посао или радњу код заједничког пословођења по правилу предузима један од ортака, због чега остали ортаци овлашћени

20 Аустријски грађански законик, пар. 1185.

21 Српски грађански законик, пар. 730.

22 Obligacijski zakonik – uradno prečiščeno besedilo, чл. 992 ст. 2 и 4.

23 Закон за облигационите односи (Пречишћен текст), чл. 683.

24 С. Шогоров, *нав. чланак*, стр. 19.

за заједничко пословођење том ортаку дају изјаву о сагласности за предузимање правног посла или радње. Изјава о сагласности може бити дата изричито или прећутно, усмено или у писаној форми, ако је тако одређено уговором или одлуком ортака. У сваком случају, изјава о сагласности се мора односити на тачно одређени правни посао или радњу коју треба предузети испред ортаклука.

Полазећи од одредбе у Преднацрту да се одлуке у вођењу послова ортаклука доносе применом одредби о управљању ствари у сувласништву,<sup>25</sup> једно од правила код заједничког пословођења је могућност давања упутства, посебно ако је тако предвиђено уговором или одлуком ортака. Наиме, сваки од ортака код заједничког пословођења дужан је да поступа по упутствима сваког од осталих ортака у ортаклуку.<sup>26</sup> Треба констатовати да је право на давање упутства могуће само у интерном односу међу ортацима у ортаклуку код заједничког пословођења ортаклуком, али не и међу ортацима код појединачног пословођења ортаклуком. Међутим, за случај да ортак процени да је примљено упутство нецелисходно, он има могућност да обавести друге ортаке и да од њих затражи доношење заједничке одлуке. Такође, ако ортак који је примио упутство процени да постоји опасност од одлагања, односно да би непредузимање правног посла или радње проузроковало штету ортаклуку, у том случају није дужан да поступа по добијеном упутству.

## 2. Појединачно пословођење ортаклуком

Појединачно пословођење ортаклуком уређено је Преднацртом, а може се предвидети на основу уговора или одлуке ортака. У својству пословође по овом основу може се појавити један или више ортака и/или трећа лица. Сваки од пословођа овлашћен је да самостално пословоди ортаклуком, тј. да предузима све правне и друге послове и радње које улазе у редовно пословање ортаклуком, независно од других ортака и/или трећих лица која су овлашћена на пословођење.

Појединачно пословођење подразумева да овлашћени ортак и/или треће лице има пуну слободу у заснивању и доношењу одлука, као и у предузимању правних и других послова и радњи у редовном пословању ортаклуком. Овлашћено лице на појединачно пословођење није дужно да друге ортаке, овлашћене на пословођење, обавештава о својим наме-

25 Исто решење је заступљено и у упоредном законодавству. Вид. *Zakon o obveznim odnosima* – преčišćeni tekst, чл. 642 ст. 2; Закон о облигационим односима ЦГ, чл. 721 ст. 2.

26 Ово правно правило није изричито предвиђено у Преднацрту, а заступљено је у нашем праву код ортакчког друштва. Вид. Закон о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015), чл. 102 ст. 2 тач. 2.

раваним активностима, нити да од њих тражи мишљење о пословима и радњама које намерава да предузме.

Колики је обим овлашћења појединачног пословође у управљању ортаклуком? Начелно, свако од ортака има исти обим овлашћења у редовном пословању ортаклуком. Међутим, на основу уговора или донете одлуке ортака може се одредити различити обим овлашћења за свако од лица овлашћених на појединачно пословођење. Појединачно пословођење код грађанског ортаклука заснива се на односима узајамног личног поверења ортака и на начелу диспозиције свих ортака у ортаклуку. Међутим, појединачно пословођење у погледу обима овлашћења трпи и одређена ограничења. Једно ограничење тиче се круга послова које је пословођа овлашћен да врши, а друго се тиче противљења (протеста) других ортака овлашћених на пословођење.

*Право на иројесѝ* је право сваког ортака да се успротиви предузимању правног посла или радње од стране ортака и/или трећег лица овлашћеног на појединачно пословођење, у ком се случају намеравани посао не може предузети.<sup>27</sup> Право на протест је ускраћено оном ортаку у ортаклуку који нема право на пословођење ортаклуком, а то право му може бити ускраћено на основу уговора или одлуке ортака. Међутим, ако су два или више ортака овлашћена на заједничко пословођење, у том случају право на протест могу да истакну само заједно. Протест се може уложити само против тачно одређеног правног посла, другог посла или радње, односно групе појединачних послова или радњи. Али, није допуштен протест против будућих радњи или послова у ортаклуку.

Један од предуслова за подизање протеста је да предметни правни посао или радња нису предузети, што значи да протест мора бити благовремен. Такође, протест мора бити правоваљан. На пример, за коришћење права на протест није од значаја важност посла, јер се може протестовати и против рутинских послова и радњи. У садржинском смислу, може се протестовати само против правних послова и радњи које по својој природи представљају пословођење ортаклуком, али не и против правних и других послова и радњи који нису поменуте природе. Међутим, за разлику од нефлексибилног решења у Преднацрту, у упоредном праву је прихваћен став да се не може протестовати против правног посла или радње коју пословођа предузима ради остваривања неког захтева који му је признат на основу уговора или одлуке ортака, као и против посла или радње усмерених на очување имовине ортака.<sup>28</sup>

27 Преднацрт, чл. 842 ст. 2. Исто решење је у нашем праву заступљено и код ортакског друштва. Вид. Закон о привредним друштвима, чл. 102 ст. 1.

28 С. Шогоров, *нав. чланак*, стр. 16-17.

Признавањем права на протест коригује се неограничено право на самостално пословођење од стране једног или више ортака. Такође, ортаци који имају право на самостално пословођење протест не могу користити по свом нахођењу, већ га могу користити само када је то у интересу ортаклука. Овакво решење произлази из чињенице да је право на протес само део ширег права на пословођење, а пословођење се може вршити само у интересу ортаклука.

#### IV Однос између пословодства и заступства у ортаклуку

Између пословођења (пословодства) ортаклуком и заступања ортаклука постоји суштинска разлика. Правом на вођење послова ортаклука (управљање ортаклуком) одређује се ко је међу ортацима овлашћен (и обавезан) да води послове ортаклука. Због тога се може констатовати да је пословођење унутрашњи однос између самих ортака, тј. интерни однос између ортака у ортаклуку. Супротно од напред изнетог, заступање ортаклука је спољни (екстерни) однос између ортака и трећих лица. Овај однос показује који је ортак у ортаклуку овлашћен да у правном промету стиче права и обавезе за ортаклук, у односу на трећа лица.<sup>29</sup> Други аутори сматрају да у пословођење ортаклуком улази и заступање као спољна манифестација вођења послова, тј. деловање ортаклука према трећима. Другим речима, „пословодство обухвата вођење редовних и ванредних послова“.<sup>30</sup> На овим позицијама стоји и Преднацрт.<sup>31</sup>

У теоријском смислу, можемо констатовати да се пословођење ортаклуком тиче и од значаја је за унутрашње односе у ортаклуку, а заступање за односе ортаклука према трећим лицима. Иако се овакво разликовање прави у правној теорији, у пракси су ова два правна института најчешће повезана, јер је ортак у ортаклуку који је овлашћен на пословођење по правилу овлашћен и на заступање ортаклука према трећим лицима. Међутим, и у праву и у пракси могућа су и другачија решења, на пример, да је један ортак овлашћен за пословођење, али не и за заступање. У том случају, пословођа је овлашћен само на предузимање фактичких радњи у вођењу послова ортаклука, на пример, вођење пословних књига и на предузимање оних правних радњи које имају прав-

29 С. Шогоров, *нав. чланак*, стр. 10–11.

30 Ј. Barbić, *нав. дело*, стр. 83–84.

31 „Претпоставља се да ортак коме је поверено овлашћење за управљање ортаклуком (вођење послова) има право заступања ортаклука или осталих ортака према трећим лицима“. Преднацрт, чл. 849 ст. 2.

но дејство према ортацима. Такође, у пракси је могуће да ортак буде искључиво овлашћен за заступање ортаклука према трећим лицима, а не за пословођење ортаклуком.<sup>32</sup>

У правној теорији је изнет став да правне радње (обављање правних и других послова и радњи) које имају правно дејство према трећим лицима може предузимати у ортаклуку само онај ортак који је овлашћен на пословођење и који је истовремено овлашћен и за заступање, док за правне радње које се предузимају са интерним дејством, то није неопходно.<sup>33</sup> Фактичке радње може предузимати сваки ортак који је овлашћен за пословођење, у границама датог овлашћења на пословођење.

## V Права и обавезе ортака у пословођењу ортаклуком

Из природе уговора о ортаклуку, али и из Преднацрта (као и из других решења из упоредног права) произлази да управљање ортаклуком врше сами ортаци, а само изузетно и/или трећа лица. Сваки ортак има право на пословођење ортаклуком. Ово право постоји као законска претпоставка, а може се ближе одредити уговором о ортаклуку или одлуком ортака.

Права ортака који пословоде ортаклуком уређују се уговором о ортаклуку или посебном одлуком. Уколико на овај начин није уређено управљање ортаклуком, ортацима који пословоде ортаклуком припада право на плаћање предујма за евентуалне трошкове вођења послова и право на накнаду трошкова које имају у вођењу тих послова. Иако ово питање није предмет непосредног законског регулисања, изнето решење произлази из правила која важе за уговор о налогу.<sup>34</sup>

Право ортака на вођење послова ортаклука произлази из законске претпоставке. Ово право има ослонац у постојању њиховог чланства у ортаклуку, тј. да су ортаци уговорне стране у уговору о ортаклуку, што им даје на основу закона право на управљање, али за њих закон ствара и обавезу да пословоде ортаклуком.

Због правне природе ортаклука, пословођење ортаклуком није само право ортака, већ је то и његова обавеза, независно што и наш Преднацрт изричито помиње само „право на вођење послова ортаклука...“<sup>35</sup>, а посредно се регулише и као обавеза и кроз следећу одредбу: „на права

32 С. Шогоров, *нав. чланак*, стр. 11.

33 С. Шогоров, *нав. чланак*, стр. 11.

34 Ј. Barbić, *нав. дело*, стр. 93.

35 Преднацрт, чл. 841 ст. 1.

и обавезе ортака којима је поверено вођење послова...“.<sup>36</sup> Такође, да је пословођење и обавеза, на ту чињеницу имплицитно указује и правни институт отказивања пословодства: „ортак може отказати поверено му пословодство ако за то има оправдан разлог“.<sup>37</sup>

Ортак је у вођењу послова ортаклука дужан да поступа са пажњом доброг домаћина односно доброг привредника.

Право на пословођење ортаклуком ужива судску заштиту, за случај да га други ортаци онемогућавају у вршењу тог права. Ортак може тужбу да усмери према једном или свим ортацима, са захтевом да суд у законом предвиђеном поступку заштити његово право управљања, као и да захтева накнаду штете коју је због тога претрпео.

## VI Пренос права управљања и заступања ортаклука

У Преднацрту је успостављено основно правило управљања ортаклуком, које гласи: право на управљање ортаклуком припада заједнички свим ортацима, осим ако уговором или одлуком ортака није другачије одређено.

Ортаци могу именовати за пословођу ортаклука једног или неколицину ортака или треће лице изван круга ортака, тј. могу пренети пословођење и заступање на наведена лица. Ако је право пословођења пренето на једног или више ортака, на основу Преднацрта они се сматрају пуномоћницима ортаклука. То значи да они наступају у правном промету у име и за рачун ортаклука. Међутим, ако је овлашћење за вођење послова пренесено на више ортака, сходно се примењују одредбе о пуномоћству, али ако је уговором о ортаклуку одређено да сваки од њих може сам предузимати послове, сваки од осталих ортака, овлашћених за вођење послова, може да се успротиви предузимању посла, у ком случају се намеравани посао не може предузети. На права и обавезе ортака којима је поверено вођење послова ортаклука сходно се примењују и одредбе о налогу, осим ако уговором о ортаклуку није другачије одређено.<sup>38</sup>

Професор Константиновић налази за потребно да у Скици експлицитно уреди управљање ортаклуком за случај „кад није одређен пословођа“. Наиме, кад управљање ортаклуком није поверено пословођи (једном или неколицини ортака или трећем лицу), сваки од ортака је овлашћен да у име и за рачун ортаклука предузима послове у оквиру

36 Преднацрт, чл. 842 ст. 3.

37 Преднацрт, чл. 848 ст. 1.

38 Преднацрт, чл. 842.

редовног пословања. Међутим, уколико се неки од ортака успротиви намераваном редовном послу, у том случају све док не буде извршен, о спорном послу одлучују ортаци већином гласова. У овом случају гласање се врши по главама.<sup>39</sup> Ово решење је заступљено и у Општем имовинском закону. За предузимање послова који превазилазе редовно пословање, потребна је сагласност свих ортака – једногласност, изузев ако би одлагањем предузимања неког таквог посла постојала опасност да ортаклук претрпи знатну штету.<sup>40</sup> У Општем имовинском закону било је предвиђено другачије решење, јер се захтевала квалификована већина – двотрећинска већина („ред је да их најмање двије трећине пристане, да одлука законита буде“).<sup>41</sup>

## VII Правни основ и начин доношења одлука

Генерални правни основ за овлашћење на пословођење налази се у закону, јер је предвиђено да право (и обавеза) на вођење послова ортаклука припада заједнички свим ортацима.<sup>42</sup> У погледу правне природе ове правне норме, треба констатовати да је она диспозитивне природе, јер је ортацима остављена могућност да је замене другачијим решењем. То пословођење ортаклуком на основу закона је увек заједничко (колективно).

Други правни основ за поверавање пословођења може бити уговор о отаклуку, којим ортаци могу на другачији начин уредити круг овлашћених лица на пословођење ортаклуком од оног одређеног у закону.<sup>43</sup> По правилу, на основу уговора о ортаклуку се уговара појединачно (самостално) пословођење.

Трећи правни основ за поверавање пословођења може бити одлука ортака.<sup>44</sup> И овај и претходни правни основ захтевају сагласност воља свих ортака, с тим што се у Преднацрту налази за потребно да се истакне да „одлука о улазу трећег лица у ортаклук захтева у сваком случају сагласност свих ортака“.<sup>45</sup> Разлог за овакво законско решење

39 М. Константиновић, *нав. дело*, чл. 603.

40 М. Константиновић, *нав. дело*, чл. 604.

41 Општи имовински законик за Црну Гору, чл. 422 ст. 2.

42 Вид. *Zakon o obveznim odnosima – prečišćeni tekst*, чл. 642 ст. 1; *Zakon za obligacionite односи (Пречистен текст)*, чл. 681 ст. 1; *Zakon o obligacionim односима ЦГ*, чл. 721 ст. 1; *Преднацрт*, чл. 841 ст. 1.

43 *Zakon o obveznim односима – prečišćeni tekst*, чл. 643 ст. 1; *Zakon za obligacionite односи (Пречистен текст)*, чл. 682 ст. 1; *Zakon o obligacionim односима ЦГ*, чл. 722 ст. 1; *Преднацрт*, чл. 841 ст. 1.

44 *Преднацрт*, чл. 841 ст. 1.

45 *Преднацрт*, чл. 843 ст. 3.



лежи у чињенице што се поверавањем управљања трећем лицу одузима ортацима овлашћење засновано на закону да пословоде ортаклуком, тј. право на управљање ортаклуком.

Овлашћења на управљање ортаклуком по основу уговора о ортаклуку или донете одлуке ортака може се поверити једном или неколицини ортака или трећим лицима, сагласно начелу диспозиције и интересима ортака у ортаклуку.

Полазећи од решења из Српског грађанског законика, одлучивање ортака било је засновано на већинском систему, осим ако другачије није уговорено.<sup>46</sup> И у македонском праву је предвиђен већински систем одлучивања, за случај да је већем броју лица поверено управљање ортаклуком, на основу уговора.<sup>47</sup>

Основно правило у доношењу одлука ортаклука гласи: „одлуке ортаклука доносе се сагласношћу свих ортака“, осим кад је уговором утврђено да ортаци одлуке доносе већином гласова. Већина се рачуна по броју ортака, тј. гласање се обавља по главама, а не по уделима односно њиховој величини.<sup>48</sup>

У управљању ортаклуком „одлуке се доносе применом одредби о управљању сувласништвом“.<sup>49</sup>

Ортак који не учествује у главници ортаклука, али је уложио само свој рад, има право да учествује у доношењу одлука, али увек без права гласа.

## VIII Забрана конкуренције

Преднацртом је успостављено правило забране конкуренције, које се огледа у забрани да било који ортак предузима законом одређене радње у управљању ортаклуком ради постизања сопствене користи, угрожавања постизања заједничког циља или доношење штете ортаклуку. У контексту наведених разлога, законодавац изричито забрањује ортаку: право поверавања вођења послова ортаклука трећем лицу, право пријема у ортаклук и право предузимања послова ради постизања личне користи.

За случај да је овлашћење за вођење послова ортаклука пренето на једног или више ортака или на треће лице, законодавац захтева доношење једногласне одлуке свих ортака у два случаја (осим ако постоји

46 Српски грађански законик, пар. 732–733.

47 Закон за облигационите односи (Пречистен текст), чл. 682 став 4.

48 Преднацрт, чл. 840.

49 Преднацрт, чл. 481 ст. 2.

опасност од одлагања): 1) за именовање генералног пуномоћника и 2) за предузимање правних послова који прелазе оквира редовног пословања ортаклука. Такође, за доношење одлуке о улазу трећег лица у ортаклук захтева се у сваком случају сагласност свих ортака – једногласност.<sup>50</sup>

За разлику од законодавца Србије, који на незнатно детаљнији начин уређује клаузулу забране конкуренције, законодавци Хрватске и Црне Горе то чине једном лапидарнијом одредбом. Они изричито забрањују ортаку: право поверавања вођења послова ортаклука трећем лицу, право пријема у ортаклук и право предузимања послова, из разлога постизања личне користи, угрожавања постизања заједничког циља или nanoшења штете ортаклуку.<sup>51</sup>

## IX Полагање рачуна

Ортацима којима је поверено управљање ортаклуком имају више законом одређених дужности, с тим да се оне могу ближе утврдити и самим уговором или одлуком ортаклука. Прво, они су дужни да уредно воде пословне књиге ортаклука (Хрватска, Црна Гора, Србија). Друго, дужни су да полажу рачун о стању заједничке имовине и о свим приходима и расходима (Хрватска, Црна Гора, Србија). Треће, пре него што се оконча посао, они не могу захтевати закључни обрачун и поделу добити и губитака. Међутим, ако је реч о дугорочним пословима који доносе годишњи приход, ортацима је дато право да захтевају полагање рачуна и поделу добити по протеклу сваке пословне године (Хрватска, Црна Гора, Србија). За разлику од изнетог решења, законодавац Македоније на лапидарнији начин уређује ово питање: „пословође су дужне да положе рачун за своје пословање на крају сваке године, уколико им уговором није одређен други рок“.<sup>52</sup> Четврто, ортаку који је пристао на подношење само закључног обрачуна или се одрекао права да захтева полагање рачуна, дато је право да захтева полагање рачуна за окончане и започете послове (Хрватска, Црна Гора, Србија), и то само уколико докаже непоштено вођење послова.<sup>53</sup>

Из природе ствари произлази, иако није предвиђено законом, да је ортак који пословоди ортаклуком и у том поступању улази у односе с трећим лицима у своје име а за рачун ортаклука, има обавезу да све

50 Преднацрт, чл. 843.

51 Вид. *Zakon o obveznim odnosima – prečišćeni tekst*, чл. 643, ст. 4 и *Zakon o obligacionim odnosima ЦГ*, чл. 722 ст. 4.

52 *Zakon za obligacionite odnosi (Prerisani tekst)*, чл. 682 ст. 5.

53 Вид. *Zakon o obveznim odnosima – prečišćeni tekst*, чл. 644; *Zakon o obligacionim odnosima ЦГ*, чл. 723; Преднацрт, чл. 844.

остварене користи пренесе на ортаклук, укључујући и плаћање камата за евентуално коришћење новца ортаклука за сопствене потребе. Ортак се у овој ситуацији налази у положају комисионара, јер је имовина ортаклука заједничка имовина свих ортака, због чега су и резултати посла који ортак предузима у своје име а за рачун ортаклука неподељена заједничка корист ортака.<sup>54</sup>

## Х Накнаде и награде

Ортак коме су други ортаци поверили управљање ортаклуком има потенцијално право на две врсте накнада: накнаде (за издатаке, за штету коју је претрпео и право на камату) и награду (право за уложени труд у управљању ортаклуком).

Ортаку коме су други ортаци поверили управљање ортаклуком дужни су да му надокнаде издатке које је при томе учинио, као и штету коју претрпи због ризика који су с тиме непосредно у вези. Такође, Преднацртом се ортаку признаје право на камату за предујмљени новац од дана кад га је предујмио па до исплате.<sup>55</sup>

У Преднацрту је законописац изразио колебање по следећем питању: да ли ортаку који води послове управљања ортаклуком припада право на посебну накнаду за лични уложени труд у вођењу тих послова. Законописац је у основном решењу стао на следеће становиште: „Ортак који води послове ортаклука *нема њраво на њосебну наїраду* за лично уложени труд у вођењу тих послова“. Међутим, нашао је за потребно да за наведено решење понуди и алтернативу, која гласи: „ортак који води послове ортаклука *има њраво на њосебну наїраду* за лично уложени труд у *складу са њосїїїнуїїм резулїїаїїма*“ (подвукао Љ. Д.). Није јасно зашто се творац ових одредби у обе варијанте одлучио за решења у облику императивних норми, без њиховог ублажавања диспозитивном нормом. И у савременом законодавству су се појавили различити приступи и решења у вези са предметним питањем: да ли ортаку, односно пословођи који води послове управљања ортаклуком припада право на посебну накнаду за лични уложени труд у вођењу тих послова. Од оваквог приступа одступио је македонски законодавац, јер се није упуштао у регулисање овог питања. Сва донета и предложена законска решења крећу се у неколико праваца.

Према првом приступу, који полази од афирмативног става да „пословођи припада право на награду за његов труд“, уједно представља

54 J. Barbić, *нав. дело*, стр. 93.

55 Вид. *Zakon o obveznim odnosima – prečišćeni tekst*, чл. 644 ст. 4–5; *Zakon o obligacionim odnosima ЦГ*, чл. 723 ст. 4–5; *Преднацрт*, чл. 845.

и законску претпоставку. Међутим, изнети став, односно законска претпоставка су релативизовани диспозитивном законском нормом која гласи: „ако је тако одређено споразумом сауговарача“. Значи, пословођи припада право на награду за његов труд само кад је то његово право споразумно одређено. У супротном, важи законска претпоставка да ово право пословођи не припада. Овакво правно решење је предвиђено у словеначком Облигационом законнику.<sup>56</sup>

Други приступ полази од афирмативног става, али са супротним решење, да „ортаку у својству пословође не припада право на награду за његов труд“. Овакав став уједно представља и императивну законску норму која се мора применити. Овакво законско решење је предвиђено у хрватском закону о облигационим односима,<sup>57</sup> али и у Преднацрту будућег грађанског законика Србије као основно решење.<sup>58</sup>

Према трећем приступу, који такође полази од афирмативног става да „ортаку који води послове не припада право на посебну награду за његов труд“, који уједно представља и законску претпоставку. Међутим, изнети став, односно законска претпоставка су релативизовани диспозитивном законском нормом која гласи: „ако се ортаци другачије не споразумеју“. Значи, законска је претпоставка да ортаку у својству пословође не припада право на награду за његов труд, осим ако се на основу диспозитивне норме ортаци нису другачије споразумели. Овакво правно решење је предвиђено у црногорском Закону о облигационим односима.<sup>59</sup> Оно се само у крајњим прагматичним ефектима приближава словеначком законском решењу.

Према четвртном приступу, који такође полази од афирмативног става да „ортак који води послове ортаклука има право на посебну награду за лично уложени труд, сагласно постигнутим резултатима“, који уједно представља законску императивну норму. Овакво законско решење је предвиђено као алтернатива у Преднацрту.<sup>60</sup>

56 „Пословођа има право на награду за свој труд, ако је тако одређено уговором“. Obligacijski zakonik – uradno prečiščeno besedilo, чл. 992 ст. 8.

57 „Ortak koji vodi poslove ortaštva nema pravo na posebnu nagradu za osobno uloženi trud u vođenju tih poslova“. Zakon o obveznim odnosima – prečiščeni tekst, чл. 644 ст. 6.

58 „Ортак који води послове ортаклука нема право на посебну награду за лично уложени труд у вођењу тих послова“, Преднацрт, чл. 845 ст. 3.

59 „Ортак који води послове ортаклука нема право на посебну награду за уложени труд у вођењу тих послова, ако ортаци друкчије не уговоре“. Закон о облигационим односима ЦГ, чл. 723 ст. 6.

60 „Ортак који води послове ортаклука има право на посебну награду за лично уложени труд у складу са постигнутим резултатима“. Преднацрт, алтернативно решење одредби чл. 845 ст. 3.

Да би дошли до адекватног решења за будући Грађански законик Србије, нужно је да пођемо од предложених решења у Преднацрту, укључујући законска решења из страног законодавства по истом питању, као и да будућа законска решења сагледамо у контексту савремених друштвено-економских односа и њиховог развоја у будућности. Такође, предметно питање треба сагледавати у контексту савремених услова, који се разликују од традиционалних услова у којима је ортаклук настао и развијао се.<sup>61</sup> Такав став је изражен на експлицитан начин и међу савременим романистима.<sup>62</sup> Даље, не треба губити из вида да уговор о ортаклуку почива на највећем броју правних норми које су диспозитивне природе. На крају, треба имати у виду да се у већини интерпретираних законских решења има у виду ортак у својству пословође (Хрватска, Црна Гора, Србија), а да се само у једном полази од пословође уопште (Словенија), који може да се појави у својству ортака, али и неког другог лица изван ортаклука. Полазећи од последњег интерпретираног законског решења, стављајући га у контекст савремених решења о уговору о ортаклуку (на пример, да управљање ортаклуком може бити поверено и трећим лицима; да се у том случају трећа лица третирају као пуномоћници у погледу пренетог овлашћења за вођење послова; да се на њихова права и обавезе сходно примењују и одредбе о налогу, ако уговором о ортаклуку није другачије одређено), узимајући у обзир да се у савременим условима постављају све снажнији захтеви за професионалним знањима у пословођењу ортаклуком, требало би начелно, као законску могућност, признати право на посебну накнаду за лично уложени труд у вођењу тих послова ортацима на које је пренето овлашћење за вођење послова. Не би требало да буде спорно да трећим лицима у својству пословође припада право на посебну накнаду за лично уложени труд у вођењу послова ортаклука.

61 Кад је реч о циљу ортаклука у римском праву, у литератури се прави разлика између ортаклука који имају за циљ само коришћење, уживање заједничке имовине, какав је, на пример, случај код ортаклука свих добара (лат. *societas omnium bonorum*), од оних који настају ради привређивања, тј. стицања имовинске користи. Вид. Милена Полојац, „Подела добити и губитка међу ортацима – римско право и модерна решења“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2005, стр. 130, фуснота 1.

62 Најновија монографија о ортаклуку у римском праву (нем. *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*), чији је аутор Франц-Штефан Мајлс (нем. *Franz-Stefan Meissel*), аустријски романиста млађе генерације, објављена је 2004. године. Аутор ове монографије у уводу наводи разлоге за истраживање на свеобухватан начин компликованог уговора о ортаклуку у римском праву, а као други разлог наводи актуелност теме. У том контексту, он истиче да су последњих година у немачкој и аустријској правној науци присутна питања и дилеме око ортаклука у позитивном праву, уз заступање става да овај правни институт треба реформисати законски и доктринарно, из разлога што више не задовољава савремене потребе. Вид. Милена Полојац, „Римски *societas* у најновијој литератури“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2006, стр. 177–178.

Из свега напред изнетог и констатованог, могуће је предложити законско решење за будући Грађански законик Србије, које треба засновати на одређеним поставкама, и то: оно мора бити у интересу ортака и остварења циља ортаклука у савременим условима; не сме да буде искључиво и нееластично, у виду императивне норме; независно од ког приступа се крене из угла упоредноправних решења, мора у себи да садржи диспозитивну норму; треба да узме у обзир само ортаке, а не и пословођу у својству трећег лица.

Понуђена решења у Преднацрту су неадекватна, јер су искључива, нееластична, у виду императивних норми, у себи не садрже диспозитивну норму, нису у интересу ортака и остваривања циља због кога се ортаклук заснива у савременим условима. Због тога је нужно да буду преформулисана. Будуће решења за предметно питање треба ослонити на начело диспозитивности правних норми, као темељно начело на коме почива сам уговор о ортаклуку, а тиме и отклонити постављену дилему творца одредби у Преднацрту. Будућа одредба о награди ортака могла би да се заснива на решењима словеначког законодавца, која би одговорила потребама савремене пословне праксе. То не би било први пут да законодавац иде за потребама стварног живота. На пример, законодавац је тако поступио у Закону о облигационим односима кад је на савремен начин регулисао поједина питања посебног извора облигација – пословодство без налога. То будуће законског решење за предметно питање у нашем праву могло би да иде у следећем правцу: ортак на кога је пренето овлашћење за вођење послова има право на посебну награду за лично уложени труд у вођењу тих послова, ако је тако одређено уговором или одлуком ортаклука. Значи, ортаку би припадало право на награду за његов труд само кад је то његово право споразумно одређено од стране ортака. У супротном, важила би законска претпоставка да ово право ортаку не припада.

## XI Право надзора

На основу понуђених решења у Преднацрту, ортаци задржавају право личног надзора над управљањем ортаклуком и у случају кад су поверили пословодство једном или неколицини ортака.<sup>63</sup> Македонски законодавац је ово правило уредио следећом формулацијом: „Ортаци који не учествују у управљању имају право надзора“.<sup>64</sup> Право надзора укључује два основна права: право на извештај о пословима ортаклука и право на увид у пословне књиге и друге исправе. Не допушта се

63 Преднацрт, чл. 846 ст. 1.

64 Закон за облигационите односи (Пречишћен текст), чл. 682 ст. 6.

искључење или ограничење права ортака на лични надзор, тј. такво искључење или ограничење било би без правног дејства, под условом „да се може основано посумњати да послови отаклука нису уредно вођени“.<sup>65</sup>

## ХП Одговорност ортака, одузимање овлашћења и отказ пословодства

Ортак који пословоди ортаклуком одговоран је за повреде својих обавеза, односно за штету коју проузрокује ортаклуку. Реч је о правном институту „одговорност за штету“. Ортак се може изузети од ове одговорности само уколико докаже да је штета у пословођењу ортаклуком настала без његове кривице.<sup>66</sup> Кривица ортака се претпоставља, па је на њему терет доказивања да је штета настала без његове кривице. У праву Македоније ортак је одговоран ортаклуку за штету коју проузрокује намерно и крајњом непажњом.<sup>67</sup> У правној теорији је изнет став да ортак одговара за све степене кривице, укључујући и одговорност за рад особља којима се користио у обављању посла. Такође, за случај да ортак повери другоме обављање посла, кад за то није био овлашћен, биће одговоран за кривицу трећег лица, у противном само за њен избор.<sup>68</sup>

У одговорност ортака за пословођење укључен је и институт „одговорност за прекорачење налога“, у ком случају поприма својства пословође без налога. Пословођа без налога одговара за причињену штету ортаклуку ако није поступао са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника.

Захтев за накнаду штете може поднети ортаклук, а не појединачно ортак. Одговорност ортака за пословођење не ограничава се само на накнаду штете, већ се може протегнути и на одузимање овлашћења ортаку да води послове ортаклука, укључујући и покретање поступка за искључење ортака из ортаклука.

Правило је да се питање одузимања овлашћења за пословођење у ортаклуку, по начелу диспозиције, првенствено уређује уговором о ортаклуку. За случај да то питање није уређено уговором, успостављена је законска претпоставка одузимања овлашћења за пословођење, кад је овлашћење за управљање ортаклуком пренето на једног или више ортака. Иако законодавац регулише само случај кад је неком ортаку дато

65 Вид. *Zakon o obveznim odnosima* – преčišćeni tekst, чл. 645; *Zakon o obligacionim odnosima* ЦГ, чл. 724; *Преднацрт*, чл. 846.

66 Вид. *Преднацрт*, чл. 851 ст. 1; *Zakon o obveznim odnosima* – преčišćeni tekst, чл. 649 ст. 1; *Zakon o obligacionim odnosima* ЦГ, чл. 728 ст. 1.

67 *Zakon za obligacionite odnosi* (Пречистен текст), чл. 680.

68 J. Barbić, *нав. дело*, стр. 97.

овлашћење за пословођење ортаклуком, тј. кад није реч о законом прописаном праву свих ортака да пословоде ортаклуком, у правној теорији је изнето мишљење да би могућност одузимања овлашћења ортаку требало протегнути и на ову ситуацију.<sup>69</sup>

За одузимање овлашћења за пословођење законодавац захтева доношење једногласне одлуке осталих ортака. Да би таква одлука била пуноважна, нужно је да буде заснована на једном од законом одређених разлога, тј. да буде донета: 1) због грубе повреде поверене дужности, 2) због неспособности за успешно вођење послова или 3) због других важних разлога.<sup>70</sup> Суд у сваком конкретном случају оцењује који су то „други важни разлози“. У Скици професора Константиновића ово питање се регулише лапидарном одредбом: „Пословођа удружења може бити опозван само једногласном одлуком свих удруженика, изузев кад за опозивање постоје озбиљни узроци“.<sup>71</sup> Након одузимања овлашћења неком од ортака, за пословођење ортаклуком овлашћени су преостали ортаци.

Ортаку је дато право да може отказати поверено му управљање ортаклуком, али под условом да за то има оправдан разлог. Предвиђено је да се на овај правни институт сходно примењују одредбе о налогу које се односе на отказ налогопримца.<sup>72</sup> У Скици професора Константиновића ово правило је формулисано на следећи начин: „кад је за пословођу одређен један од удруженика, он не може дати оставку без основаних разлога, иначе ће одговарати за штету“.<sup>73</sup> На позицијама Скице стоји и македонски законодавац.<sup>74</sup> Међутим, и у овом случају правило о отказу пословодства као могућност треба протегнути и на ортаке који су законом овлашћени за заједничко пословођење.

### ХIII Уместо закључка

Имајући у виду да је у привреди Србије после Другог светског рата по први пут успостављена „слобода предузетништва“<sup>75</sup> Уставом

69 J. Barbić, *нав. дело*, стр. 97.

70 Вид. *Zakon o obveznim odnosima – prečišćeni tekst*, чл. 646 ст. 1; *Zakon o obligacionim odnosima ЦГ*, чл. 725 ст. 1; *Преднацрт*, чл. 847.

71 М. Константиновић, *нав. дело*, чл. 606 ст. 1.

72 Вид. *Zakon o obveznim odnosima – prečišćeni tekst*, чл. 646 ст. 2-3; *Zakon o obligacionim odnosima ЦГ*, чл. 725 ст. 2-3; *Преднацрт*, чл. 848.

73 М. Константиновић, *нав. дело*, чл. 606 ст. 2.

74 „Кад је за пословођу одређен један од ортака, он не може дати оставку без оправданих разлога, у супротном случају ће одговарати за штету“. *Zakon za obligacionite односи (Пречистен текст)*, чл. 682 ст. 8.

75 Устав Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 113/2006), чл. 82 и 83.



Републике Србије (2006. године), то ће регулисање уговора о ортаклуку у будућем Грађанском закону Србије, свакако, представљати значајну правну претпоставку за реализацију наведене уставне слободе у пословној пракси. Регулисање уговора о ортаклуку у праву Србије биће од значаја, с једне стране, за област грађанског права, а с друге стране, још више за област пословног права.

Треба имати у виду да је уговор о оснивању привредног друштва у крајњем случају једна врста уговора о ортаклуку. У XIX веку је била широко заступљена тзв. уговорна теорија о привредним друштвима, али је касније она напуштена, јер није могла да одговори потребама савременог начина привређивања који је почивао на масовној тржишној производњи. Међутим, кад је реч о односима који се успостављају између оснивача привредног друштва, у периоду од закључења уговора о оснивању друштва па до његовог конституисања (тзв. преддруштво, односно друштво у оснивању), максимално долазе до изражаја правила уговора о ортаклуку, укључујући и општа правила уговорног права. У историјском контексту, на основу уговора о ортаклуку су настала друштва лица, независно од њиховог правног облика.

У савременим условима се правила уговора о ортаклуку супсидијарно примењују на сва друштва лица, посебно у оним правним системима у којима друштва лица немају правни субјективитет, на пример, у немачком праву. Штавише, еластичност уговора о ортаклуку омогућава да се користи за уређење одређених пословних подухвата у најразличитијим областима делатности. Како се запажа у правној теорији, иако је уговор о ортаклуку најстарији правни облик, он није изгубио своју привлачност. Штавише, све је више савремених пословних конструкција које је тешко замислити без примене правила о ортаклуку.<sup>76</sup> Регулисањем уговора о ортаклуку у будућем Грађанском закону Србије створиће се јасан правни оквир за бројне уговорне институте чија се грађанскоправна природа налази у наведеном правном послу (конзорцијум, заједничко улагање, уговор о заједничком извођењу одређеног посла, уговор о оснивању привредног друштва и др.).<sup>77</sup>

76 J. Barbić, *нав. дело*, стр. 35.

77 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 49.

**Ljubiša DABIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Economy University of Belgrade**

## **MANAGEMENT AND REPRESENTATION OF PARTNERSHIPS (MANAGEMENT OF PARTNERSHIP)**

### **Summary**

*In this paper the author examines some of the theoretical aspects of governance of partnership, with the intention that the results of this research contribute to the legal regulation of the partnership in the future Civil Code of the Republic of Serbia. Focus is on the following issues: the concept, the nature of law and scope of management; types of management (joint and individual management); internal and external relationship between partners, i.e. the relationship between the management and representation; rights and obligations of the partners in the management; the legal basis for the management and representation and decision-making in a partnership.*

*In this way, the author seeks to contribute to providing answers to some of the issues that are of importance for the legislation (eg. whether in the Draft of Civil Code of Serbia should make a clearer distinction between the managing and representation in relation to the partnership; if we need to specially deal with issue of the management of partnership in the case that manager is not designated, based on solutions from the Draft of prof. M. Konstantinović and other).*

*Furthermore, with the deep interest paper analyzes also the question of whether the partner, who manages the partnership is entitled to special compensation for personal effort in conducting these operations. The author deals with some other issues in the context of management of partnership, (eg. prohibition of competition, accountability, compensation and rewards, the right to monitor, etc.), primarily for the reason of the research of the subject matter in a comprehensive manner.*

**Key words:** *partnership, management and representation, Draft of Civil Code of Serbia.*

Др Томица ДЕЛИБАШИЋ  
Прекршајни апелациони суд, Београд

## ГРАЂАНСКИ ОРТАКЛУК У СВЕТЛУ ПРАВНЕ ТРАДИЦИЈЕ И САВРЕМЕНИХ ЗАКОНСКИХ РЕШЕЊА

### Резиме

*У овом раду се анализира грађански ортаклук, као посебан уговор грађанској праву, кроз правне изворе који су део правне традиције и културе права и правне мисли уопште. Постанак и развој грађанској удруживања везује се за првобитне правне изворе, који регулишу положај и права човека у друштвеној заједници. Правна правила римској права су идејна основа касније регулативе, а доношење грађанских закона представљало је системско уређивање значајних питања у складу са достигнућим нивоом правне културе и свести, што се односи и на грађански ортаклук. Заједничка сврха и циљ уговора који је део правној промету одређују његову правну природу. Из њој произлазе права и обавезе уговорних страна. Уговор о грађанском ортаклуку садрже грађански законици и постоји потреба да се овај уговор унесе у наш законик.*

**Кључне речи:** *уговор о ортаклуку, удруживање људи, грађански законик, језик и стил закона, обичајно право, права и обавезе.*

„Свако њравно њравило или, шїто је све једно, сваки ѡрађански законик (*lex lato sensu*) уошшїе одређен је да се ѡравилно ѡримени на конкретне ѡриликe и случајеве ѡраќишчнoј живошїа“ (Андра Ђорђевић, *Систем ѡрађанској (ѡривајној) ѡрава*, Београд, 1996, стр. 113)

Цитирана мисао Ђорђевића може се посматрати у вези мисли Порталиса, да закони морају бити акти мудрости, да као такви трасирају само основне правце, док појединости решавају судови. „Међутим, искуство је показало да превелика доза правичности дата онима који примењују право, може довести и до неправичнијих решења него када се право стриктно примењује. Ако би се судији дозволила могућност да се сувише удаљи од законског текста поступајући по свом осећају правичности, могли би се лако наћи на путу правне несигурности, па и произвољности“, упозорава професор Перовић.<sup>1</sup> И Перић је истицао да у интересу праве стабилности и сигурности, боље је да судија остане у улози примењивача закона, него да се „у жељи да јуриспруденција буде верно огледало актуелнога друштвенога живота, судија преобрати у законодавца, чега је неизбежна последица судијска субјективност и самовоља“.<sup>2</sup> Отуда значај грађанске законске кодификације, посебно регулисања правних института који нису били законски регулисани, какав је случај са грађански орталуком, чији настанак и еволуцију покушаћемо сагледати кроз историјски значајне правне изворе. Грађанско удруживање као законска форма спада у основна питања постанка државе и права, настало је чим се јавила потреба да се законски уреди правни промет и односи међу грађанима.

*Оршаклук римској ѡрава*, колевка је правног института о ком је реч, који се називао *societas*, означавајући узајамно обвезан уговор, као удружење више лица у једну правни заједницу у погледу имања.<sup>3</sup> Овде је нашао широку примену, а дуго се задржао у праву, задржавајући изворне контуре, све до савремених правних система. У погледу својих основних обележја, мало се мењао од римског права до данас.<sup>4</sup> Стојчевић<sup>5</sup> наводи да је у другој половину републике била појава удруживања

1 Слободан Перовић, *Скица за један ѡоршреш, уводни шексї дела Михајла Консїашиновића: Облишације и уовори*, Београд, 1996, стр. 13.

2 Живојин Перић, „Један поглед на еволуционистичку правну школу“, *Гласник срїске краљевске академије*, LXXIV, 1908, стр. 168–169.

3 Арнтс Ритер, *Пандекшe или данашње римско ѡраво*, превод Драгиша Мијушковић, Београд, 1895, стр. 818 и даље.

4 Ово истиче Јелена Даниловић, *Срїски ѡрађански законик и римско ѡраво, Сшo ѡеде-сетї година од доношења СГЗ (1844–1994)*, Београд, 1996, стр. 63.

5 Драгомир Стојчевић, *Римско ѡривајно ѡраво*, Београд, 1985, стр. 272.

великих финансијера и предузетника, код извођења великих радова, крупне трговине и сличних околности, па су оснивана удружења финансијера (*societates publicanorum*), трговци на велико су се удруживали у *societates venaliciariorum*, банкари су у трговачким центрима имали пријатеље – ортаке са којима су оснивали *societates argentarriorum*, затим у пољопривреди су стада поверавана заједничком пастиру, власници земље су закључивали уговор са *politor*-ом – специјалистом за гајење појединих биљака и слично. Овај аутор истиче да се врло често у *consortium*-у тражи праоблик ортаклука, но да *consortium* није био ортаклук, већ породична заједница, уређена по прописима породичног а не облигационог права.

Уговор о ортаклуку је био везан за личност ортака (*intuitu personae*), па права и обавезе нису прелазили на наследнике, а закључивао се простом сагласношћу воља, која је изражена изричито или прећутно, док је Јустинијан поставио правило да *affectio societatis* (воља да се закључи ортаклук) треба да буде изричито изражена. Предмет те заједнице – ортаклука могло је бити цело садашње и будуће имање ортака (*socii*), ако је заједница свих добара то је *societas omnium bonorum*, а када је један посао у питању то је *societas unis rei*. Ако се односио на будуће и радом стечено имање, то је тековинско друштво (*societas questus* или *quaestus et lucri*), који облик се претпостављао када се оснивало друштво. Када су ортаци били сувласници имовине, у питању је био ортаклук *quoad sortem*, а када ствар остаје у својини ортака, односно даје се само на употребу, реч је о ортаклуку *quoad usum*. Тужба којом су се остваривала потраживања из ортачког односа називала се *actio pro socio*, а подношена је против ортака појединачно. Осуда је повлачила инфамију. Идеја о посебној ортачкој имовини, одвојеној од чланова, развијала се упоредо са формирањем и обликовањем правних лица, задржавајући поједине облике, али касније и нестајући у класичном виду, па у италијанском праву имамо рецимо пословни ортаклук (*societas alicuius rei*), док у немачком праву, које придаје већи значај традицији, имамо институт заједничке својине, односно имовине у својини свих ортака. Појам *societas* означавао је не само ортаклук, већ и правно лице, па отуда правило *societas delinquere non potest*, да ортаклук (правно лице) не може учинити кривично дело. Оснивање ортаклука није повлачило никакве промене појединих ортака у погледу трећих лица.

Нека правна правила римског права, још увек животно инспиративна, одражавају суштину овог правног института, од којих издвајамо:

- *Societas talis coire non potest, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare* – не може се основати такав ортаклук да један само вуче корист, а други сноси штету; такав ортаклук се обично назива лављим;

– *Socios inter se dolum et culpam praestare oportet* – ортаци одговарају један другоме за намерно и нехатно наношење штете ортаклуку.<sup>6</sup>

Са развојем правних лица а посебно трговачких друштава ортаклук добија нове форме, али не губи и значај уопште, посебно у правним системима која више воде рачуна о правној традицији.

У *стипаром српском праву*, тачније у тзв. Закону Јустинијана, како у свом истраживању налази Тарановски,<sup>7</sup> наилазимо на специфичну врсту ортаклука између два земљорадника, који се свако својом радном снагом и сигурно стоком (воловима) здружују ради заједничке обраде својих њива. У питању је био ортаклук по уговору, који се могао односити на целокупну обраду или само на орање. Закључивање уговора је било слободно, али је његово раскидање било ограничено. Ако се уговор односио на целокупну обраду, није могао бити раскинут после тога када су семена већ посејана. Ако се односио на орање, постојала су ограничења, као што је правило да ако један од ортака нема друга с ким би орао, да га други ортак не сме напустити. Уговор о ортаклуку није стварао имовинску заједницу између странака, него је здруживао њихове радне снаге, личне и стоке (волова), ради заједничког орања и обраде њихових појединачних њива. Ортаклук је дубоко ушао у народни живот, а с њим је у генетичкој вези спрега, која је постојала и у XIX веку, коју је Даничић дефинисао као *cinjunctio boum teorum cum vicini bobus in orem mutiam*, као здруживање мојих волова са воловима суседа ради појачања узајамне привредне моћи.

Празнине у домаћем праву, како каже Тарановски,<sup>8</sup> судови су у западној Европи попуњавали прописима римског права, а што је на западу било римско право, то је за исток било византијско право.

*Аустријски грађански законик – АГЗ (1811)* настао је, са остацима феудалног права, под утицајем рецепираног општег римског права, следећи систем Институција, односно модерно пандектно право, али и у комбинацији са природним правом, где долазе до изражаја немачке посебно Кантове варијанте, али и француске школе, као што је случај савесности код одржаја и немогућност раскидања уговора због неизвршења поштујући дату реч. Представљао је систематску збирку приватног, односно грађанског права, а значајно је утицао на српско право, стварање првог и до сада јединог законика ове врсте код нас, примењујући се и на

6    Детаљније Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iurs*, Београд, 1984, стр. 501 и сл.

7    О томе Теодор Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд, 1996, стр. 661.

8    *Idem.*, стр. 297.

ширем подручју територије бивше Југославије, просторно и временски дуго трајући. Настајући у земљи још увек више аграрно-феудалној, него развијеној капиталистичкој, превазишао је потребе и услове у којима је настао, нарочито окренут будућности и утучући на даљи развој права. Ако је *Code civil* које је непосредно пре њега донет (1804) израстао из основних тековина француске револуције, гарантујући приватну својину и слободу уговарања, правни је монумент који је хваљен од правника, нарочито због литерарности и јасноће, ни АГЗ није заостајао по значају, док оба законика имају именоватељ да као систем приватног права обухватају три дела институционалног система: лица, својину и начин стицања својине, односно по Гају: *personae*, *res* и *actiones*. АГЗ је „писан лако разумљивим језиком, прегледан је и јасан и, за разлику од Пруског Ландрехта, није улазио у појединости већ се определио за општија правила“.<sup>9</sup>

Ортаклуку, или уговору о заједници добара АГЗ посвећује 42 члана (чл. 1175 до 1216), регулишући (члан 1175) да настаје уговором којом чланови друштва (ортаци) улажу свој труд (*societas operarum*) или ствари (*societas rerum*) ради заједничке користи. Пишући коментар Рушнов<sup>10</sup> заједнице другара дели на удруге и друштва, зависно од отворености, јер удруга је отворена сваком појединцу, а друштво је ограничено на властите чланове. Овај аутор разликује (стр. 595) ортачке погодбе: опште или универзалне, у којој ортаци улажу читаву имовину, ништа не изузимајући; дионе или генералне, које се односе само на поједине врсте ствари или свеколику робу; те коначно честичне, специјалне или партикуларне, где се у заједницу уносе само поједине ствари. Ако се уговор односи на цело имање, под тим се по члану 1177 подразумева само садашње имање, а ако обухвата и будуће имање, мисли се само на стечено, а не и наслеђено имање, уколико изричито није нешто друго уговорено. За уговор који се односи само на садашње или само на будуће имање тражи се писмена форма. Посебни трговачи закони одређују ортачку погодбу међу трговцима, а пошто су ти прописи донети, овај законик се више не примењује на трговачки ортаклук.<sup>11</sup> Наглашавајући да се поједине одредбе (чл. 1184–1188) односе само на грађански ортаклук, регулише се да се у ортаклук уноси једнак удео уколико друкчије није одређено, а сваки ортак је дужан једнако радити без обзира да ли је његов удео већи или мањи. Ортак не може другоме поверити суделовање

9 Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2007, стр. 19.

10 Адолфо Рушнов, *Тумач Оићем аустријском грађанском законнику*, Загреб, 1891, стр. 593.

11 О томе Драгољуб Аранђеловић, *Аустријски грађански законик*, Београд, 1921, стр. 341.

код заједничког подухвата, јер се узима да је примљен у ортаклук с обзиром на његова лична својства.<sup>12</sup> Он може свој удио или користи његове самовољно и независно заложити, записати или иначе отуђити, јер је потпуни власник свог удела.<sup>13</sup> Не може предузети посао који је штетен по ортаклук, а да на то не пристану остали ортаци. Штетним се сматра сваки посао којим се умањују користи ортаклука. У римском праву ортак је одговарао за *culpa lata* и *diligentia*, док по АГЗ ортак као и контрахент уопште одговара за сваку кривицу. Има право на добитак, који доноси заједнички посао или подухват, а добитак је имовина која претече након одбитка свих трошкова и претрпљене штете. Ако само један или неки од ортака раде, за такве радње се предвиђа посебна награда, што суд цени ако по том питању погодба није јасна. Управљање заједничком имовином поверава се пословођама и пуновласницима ортаклука, јер он као друштво нема пословну способност.<sup>14</sup> Ортак ужива потпуно поверење, а пре рока се може из ортаклука искључити ако не испуњава битне услове уговора, ако је пао под стечај, или га је суд прогласио расипником, или је због какве кажњиве радње изгубио поверење.

*Српски грађански законик – СГЗ (1844)* настао је као резултат настојања кнеза Милоша да по угледу на тадашње уређене правне системе уреди приватне грађанске односе, у ком правцу је на његов захтев урађен пројект по угледу на *Code civil*, тзв. Захаријадецов превод француског законика. Када је Милош затражио од Јована Хаџића и Василија Лазаревића да дају мишљење о преводу и добио негативан став, да је тадашња Француска била развијена земља и да њен законик не одговара другачијој Србији и односима у њој, Хаџићу је потом поверена израда грађанског законика, а овај је направио скраћени превод аустријског законика. Он је иначе био противник Вукове реформе језика, што је уочљиво по стилу којим је закон писан, јер је стил тежак и извештачен, за разлику од *Code civil*, за чији језик се каже да је постигао савршенство које није могао досегнути ни један каснији закон.<sup>15</sup> СГЗ је садржавао норме за приватне односе грађана,<sup>16</sup> имао је 950 чланова,

12 Уговор о ортаклуку је *intuitu personae*, и велика пажња се обраћа на лична својства уговорних страна, истиче Ивица Јанковец, „Примена правила о уговору о ортаклуку на односе између оснивача привредног друштва“, у: *Нови ујовори, зборник са саветовања*, Београд, 1995, стр. 223.

13 А. Рушнов, *нав. дело*, стр. 598.

14 А. Рушнов, *нав. дело*, стр. 602-603.

15 Гале Галев, „Две стотине година од доношења *Code civil* (1804-2004)“, *Правни жи-воји*, бр. 10/2004, стр. 16.

16 Лазар Марковић, *Грађански законик Краљевине Србије са крајњим објашњењима*, Београд, 1921, стр. 1.



док је АГЗ имао 1502 члана. Некада су изостављане важне одредбе, а из француског права су понекад узимани детаљи који се не уклапају у целину. Ортаклуку посвећује одредбе чл. 723 до 758, а у превођењу и скраћивању су изостављане понекад важне одредбе. У сумњи се сматра да је имовина заједничка, неподељена својина свих ортака и сваки има право на једнаки удео у имовини; деловођа је пуноимоћник, а сваки ортак у одсуству деловође, или када он није одређен, има право и дужност да ради друштвене послове.<sup>17</sup> Удруживање је, како каже Марковић,<sup>18</sup> једна природна потреба људска, а људи се удружују ради свакојаких потреба и циљева које могу да остваре само заједничким напором а са заједничким средствима. Овај аутор истиче да ортаклук није персонификација у смислу правног лица, а да се сама „заједница, уколико уопште постоји, огледа или исцрпљује једино у изајамним односима другара, или учесника, у вези са једним заједнички постављеним циљем“ (стр. 651). То је дуговни однос између другара, односно заједница која се у правном промету појављује као скупина. Бартош<sup>19</sup> истиче да је ортаклук према трећима правни однос, па се за обавезе ортаклука јављају ортаци као дужници, улог је заједничко имање тј. сусвојина, а зове се ортачка главница (стр. 214). Перић каже да су то „удружења без правне личности (*societas*)“.<sup>20</sup> За разлику од трговачког ортаклука, у грађанском ортаку дугује се подељено, и то сразмерно своме делу. Већ у оно време је истицано, да се најчешћи правни промет вршио између трговачких друштава, „док су обична грађанска друштва за привређивање једна случајна и појединачна појава“.<sup>21</sup>

СГЗ ће остати дуго у примени као један од наших најдуговечнијих правних извора, кроз правна правила практично до данашњих дана, што се односи и на грађански ортаклук који није регулисао Закон о облигационим односима из 1978. године, наводно због поделе надлежности и што није спадао у основне облигационе односе, што се може довести у сумњу и изостављање овог уговора из законске регулативе је могло бити резултат и политике према приватном предузетништву уопште.

*Ойшійи имовински законик за Књажевину Црну Гору – ОИЗ (1888)*, капитално дело знаменитог правника Богишића, који је сам наглашавао да је пре свега правни историчар, а да наука треба да буде повезана са животном стварношћу – одражава обичајно право и стање и развој

17 Л. Марковић, *нав. дело*, стр. 306–307.

18 Лазар Марковић, *Облигационо право*, едисија: Класици југословенског права, Београд, 1997, стр. 650.

19 Милан Бартош, *Основи приватног права*, Београд, 1934, стр. 217.

20 Живојин Перић, *Образложење предоснове Грађанског законика*, Београд, 1939, стр. 105.

21 Л. Марковић, *Облигационо право*, стр. 653.

тадашњих привредних односа и робне размене, критикујући учење о непромењивости обичаја, при том „повезујући правне обичаје и право уопште са општим условима живота, развијајући мисао да право једног народа зависи од географске средине, начина привређивања, трговине, друштвених односа, културе и политичких прилика.“<sup>22</sup> Ово је луцидно изразио у „закоњачким (правничким) изрекама“, да тек о закониту обичају вриједи ријеч: што је од обичаја, то је од закона (члан 989), јер зао обичај, никад тврд, никад законит (члан 990). Сви законици тог времена имали су своје узоре, чак више него што то изгледа, а ОИЗ је оригинално дело, чак и по концепцији, јер садржи само имовинско право, односно грађанско и облигационо право. Језик и стил су народни, лако свима разумљиви, казујући народне мудрости проишле из народних обичаја и културе, карактерише га „истанчаност језичког израза“.<sup>23</sup>

Законска решења су „промишљена (и то како решења правних питања, тако и оних методолошке природе), казивање мудро, језик прелеп, и по свим овим одликама он је не само наш најбољи законик, који чини част своје аутору и нашем народу, већ и једна од најзанимљивијих и најбољих творевина ове врсте у европској правној цивилизацији XIX века.“<sup>24</sup> С правом се истиче да је овај законик „најважнији споменик црногорске правне историје“,<sup>25</sup> да је у погледу језика и јасноће стила „постигао правно савршенство“, па да су многе његове одредбе „постале пословице“.<sup>26</sup> Изникао у друштвеним приликама претежно робне размене, патријархалних друштвених односа и одсуства конкретних правних извора, где је обичајно право било дубоко укорјењено у свест народа, но све то му није сметало, већ напротив омогућило да остане, пре свега мисаоношћу, у правној култури светионик за поколења.

Овај закон говори о ортаклуку на три места, и то простој удрузи (ортаклуку) ради какве законите тековине (чл. 418 до 441), затим о друштву имаоника (чл. 723 до 754), коначно о простој удрузи односно удружењу или удрузи (чл. 885 до 891). Разликује се на овај начин: прости или тековински ортаклук, који настаје када се двојица или више њих удруже ради какве заједничке законите тековине, када је, како се каже у члану 418 каже, сваки удруженик (друг) дужан дати свој улог удрузи (удружењу), према ономе што је одређено уговором или обичајем, или

22 Јелена Даниловић, *Предговор књизи Изабрана дела и Ојшћии имовински законик за Црну Гору Валџазара Бојшића*, едиција: Класици југословенског права, Београд, 1986, стр. 37.

23 Михаило Велимировић, „Стопедесет година Општег имовинског законика“, *Правни информатор*, бр. 1/2010, стр. 67.

24 О. Станковић, В. Водинелић, *нав. дело*, стр. 23.

25 М. Велимировић, *нав. чланак*, стр. 65.

26 Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2004, стр. 75.

што врста посла собом доноси; друштво имаоничко које се нарочито састави ради тековине, или како се каже у члану 723 ради какве друге допуштене сврхе или циља, које може стећи имаоничко право, пошто испуни услове које закон за то поставља; удружење или удругу за које у члану 885 каже да га народ туђом речју зове ортаклук или ортачина, а домаћом речју се назива друштво или дружина; разликујући их од чисто трговачког друштва, на коју разлику се указује у члану 886 Закона. Код имаоничког друштва говори се о писменој исправи, односно потврди, као законској форми, шта ова исправа садржи: као што је назив или име друштва, задаћа или предузеће друштва, колики су улози, ко заступа друштво, како је уређена управа друштва. То значи да су доминантни били грађански облици удруживања, а правна лица у повоју. Занимљива је рецимо одредба члана 434 која говори о одговорности за обавезе ортаклука: „Сви удруженици имају заједничко право на све што удруга стече; али опет и за њезин дуг они сви самокупно одговарају и својом властитом имовином у колико дружинска не досегне, осим ако се у појединоме уговору са трећима није што друго нарочито углавило“, што нагиње форми трговачких друштава.

Овome треба додати да ОИЗ говори о још неким ортаклуку сличним правним пословима: *суйони*, како се у члану 442 каже кад се неколико ималаца стоке усупоне, узимље се да им је само гној заједнички, а да припаша, млијeko и сваки други плод остаје, као и до тада, онима чије су и поједине главе животиње; *спрези*, како се у члану 446 каже кад двојица или више њих волове спрегну, узеће се да с њима треба да сору све земље које су те године у спрежника за орање, без икаква обзира на то у кога је више, а у кога ли мање земље коју сорати треба. Ово правило вреди само уколико уговорници друкчије не углаве. О супони и спрези потом говоре и чл. 892 и 893.

*Немачки грађански законик – БГБ (1896)* је „дошао као круна једне стваралачке епохе правне науке XIX века и у себи садржи сва њена достигнућа“,<sup>27</sup> а представља велико кодификаторско дело, систематско, стручним прецизним језиком писано, али не лако разумљиво обичном човеку. За разлику од Институционалне трочлане систематике (*personae, res, actiones*), карактерише га Пандектна петочлана подела грађанске материје (поред општег дела постоје посебни делови: стварно, облигационо, наследно и породично право). Ипак, како се у теорији истиче,<sup>28</sup> подражавајући пандектну систематику и угледајући се на Гајеву троч-

27 *Лексикон грађанској права*, Београд, 1996, стр. 397. У њему се ипак, како се у овом делу каже, не налази елеганција, сажетост, епиграмска краткоћа и страственост формулација *Code civil*-а, нити савршенство језика из кога се књижевници уче стилу.

28 Д. Стојановић, О. Антић, *нав. дело*, стр. 52–53.

лану поделу, није створен истински општи део, већ једна мешовита композиција хетерогених елемената, али поред теже разумљивости „правник остаје задивљен његовом прецизношћу и мисаоном дубином“, па се сматра „најпрецизнијим, најконсеквентнијим правним језиком можда за сва времена“.<sup>29</sup> Овај законик разликује друштво формирано на основу друштвеног уговора ради заједничке сврхе која је уговором одређена и у ком правцу се чланови друштва обавезују дати уговорене доприносе (чл. 705–740), од заједнице по деловима, где неко право „заједнички припада неколицини“,<sup>30</sup> у сумњи се сматра да сваком учеснику припадају једнаки удели, сваки је учесник овлашћен предузимати потребне мере за одржавање заједничког предмета, он може својим уделом располагати, а заједничким предметом учесници могу само заједнички располагати (чл. 741–758). Друштво и заједница се разликују од удружења као правног лица, које може бити непривредно и привредно удружење (чл. 21 и 22). Друштво је суштински ортаклук, које нема својство правног лица, али у друштво унете ствари постају заједничка својина друштва (друштвена имовина).

*Швајцарски закон о облигацијама (1883)*, са каснијим изменама, проглашен је делом Грађанског законика донетог 1912, иако одвојене законске нумерације (књига пета), при чему облигационо право није одвојено од трговинског, већ посебно уређује и обухвата материју трговинских друштава. Под утицајем је немачког права, иако подсећа на Француски законик, тежи конкретности, а „служи се кратким и јасним формулама“,<sup>31</sup> па је по начину писања могао бити мотив за Скицу професора Константиновића. Грађански ортаклук уређује у чл. 530 до 551, дефинишући га као уговор закључен између два или више лица на основу кога она удружују своје напоре и своја средства ради постизања заједничког циља. Сваки ортак је дужан да уноси у послове ортаклука ону пажњу и старање са којима обично обавља своје сопствене послове (чл. 538). Ортак који уговара са трећим лицем за рачун ортаклука, али у своје лично име, сам постаје поверилац или дужник тог трећег лица (чл. 543).

*Примена њравних њравила некадашњеи њрава СГЗ и АГЗ у праву* које је након II светског рата важило на просторима бивше Југославије резултат је с једне стране аброгације ранијег законодавства, генералном клаузулом о неважности, а са друге стране омогућавању да то право у

29 Д. Стојановић, О. Антић, *нав. дело*, стр. 57–58.

30 Њемачки грађански законик, Београд, 1970, стр. 124.

31 Михаило Константиновић, Предговор у: *Швајцарски закон о облигацијама*, Београд, 1962, стр. VIII. Неки истичу да би могао бити узор будућем Европском грађанском законнику (о томе Раденка Цветић, „Систематика грађанских законика“, *Грађанска кодификација*, свеска 1, Ниш, 2002, стр. 53).

нерегулисаним питањима важи када није у супротности са тадашњим јавним поретком, у чему је била посебна улога судске праксе. Питање грађанског ортаклука остало је нерегулисано и након доношења Закона о облигационим односима, па се примена правних правила протеже практично до данашњих дана. Послератно право је било идеолошки инспирирано, водећи пре свега рачуна да удруживање веће имовинске вредности може довести до капиталистичких елемената, па је било забрањено основање ортаклука у области занатства, „како занатска радња не би прерасла у приватно капиталистичко предузеће“.<sup>32</sup> Уговор о ортаклуку могао се закључивати у сврху изградње стамбене зграде, с тим што је посебним законом било прописано које обавезне елементе уговор мора да садржи, иначе се није сматрао овим уговором и није се могао регистровати код управног органа надлежног за стамбене послове. Ортаци су управљали зградом, „право коришћења улази у ортакчу имовинску масу“,<sup>33</sup> даном завршетка зграде сваки ортак је стицао право да укњижи своје право власништва и тиме престаје ортаклук. И у новијој публикованој судској пракси среће се ортаклук, као што је став да су ортаци јединствени и нужни супарничари, па тужбом морају бити обухваћени сви ортаци, иначе имовински правни однос не може бити решен у спору за повраћај ортакчког удела по тужби ортака, који је иступио из заједничког пословања,<sup>34</sup> односно став да у случају раскида уговора због неиспуњених уговорних обавеза, ортаци имају право на повраћај оног што су уложили, након подмирења обавеза.<sup>35</sup>

*Скица за законик о облигацијама и уговорима професора Констјантин-иновића* је као ретко које дело била цењена и утицала на развој права, посебно кодификацију облигационог права, а да при том није постала позитивни законски текст. За овог правног горостаса ће професор Перовић рећи, да је „сачинио само ово дело, његово име би ушло у домус великих кодификација права“, а он је „био и писац истанчаних студија из шире области права, увек са изузетним осећањем језика и стила који

32 Богдан Лоза, *Посебни дио облигационог права*, Сарајево, 1961, стр. 251. Према ставу судске праксе, иако је било забрањено вођење угоститељске ортакчке радње, ортак може тражити од особе која је сама наставила водити радњу накнаду уложене вредности за отварање радње (Врховни суд БИХ, Рев. 3/83 од 14.4.1983, *Збирка судских одлука, књига осма, свеска друга*, Београд, 1983, стр. 91–92). Према члану 434 став 2 Грађанског законика РСФСР од 1964. (Београд, 1965) грађани су могли закључивати уговор о заједничком раду само ради задовољења својих личних уобичајених потреба.

33 Врховни суд БИХ, Гж. 2254/74 од 13.2.1975, *Збирка судских одлука, књига прва, свеска четврта*, Београд, 1976, стр. 142–143.

34 Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 2132/12 од 31.1.2013, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду*, бр. 5/2013.

35 Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 1999/10 од 26.5.2010, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду*, бр. 2/2011.

је достигао врхове француске културе језика, кодификатор и у другим областима приватног права<sup>36</sup>. Ово дело ће омогућити да даљи рад на кодификацији облигација има основу, узоре, па да уследи усвајање текста Закона о облигационим односима 1978. године, у тексту који је постигао стабилност и извесност кодификације, остајући постојан све до данашњих дана. Можда је сам Констатиновић у Претходним напоменама Скице најбоље описао чиме се руководио при изради, говорећи да се у тексту налази већи број позајмица из упоредног права, јер се није тежило за оригиналношћу у сваком погледу и по сваку цену, настојећи да се „формулишу правила којима ће бити уређени облигациони односи на начин који би најбоље одговарао нашим приликама“, да је „ова скица рађена с нарочитим обзиром на потребе праксе“, нарочити привредне праксе, имајући у виду да се врши „стално прилагођавање закона потребама живота и тај се процес никад не зауставља“, тако да је судији дат „само општи правац, а оцењено је њему који смисао треба дати извесној одредби“<sup>37</sup>. Истакао је као најбитније: 1) да је тежио да одредбе буду у највећој могућој мери лако разумљиве и неправницима, нарочито избегавањем стручне терминологије; 2) сасвим је избегнуто позивање једног члана на одредбе другог члана, тако да нема ни једног позивања на друге чланове по њиховом броју; 3) сваки став у конкретном члану садржи само једну реченицу, не постоји ни у једном ставу тачка у тексту, већ мисао тече од почетка до краја без заустављања. Када знамо колико наши законски текстови имају међусобног позивања на поједине законске одредбе истог закона, колико има гломазних законских чланова и тако исказаних мисли, морамо се бар када је кодификаторски рад сетити ових упозорења и настојања уваженог професора.

Скица је садржавала 1066 чланова. Полазећи од одредби о уговору уопште до појединих уговора, у чл. 590 до 627 као посебни уговор уређује „привредно удружење грађана“. Дајући овакав појам овом уговору у време када се зазирало па и било чак забрањено, било какво уговарање грађана, које би нагињало капиталистичким формама и нарочито стицању добити, био је храбар академски искорак цивилисте визионара, кодификаторских врлина. Уговором о привредном удружењу грађана обавезују се узајамно два или више лица да удруже одређена средства или свој рад ради постизања одређене заједничке привредне сврхе. Заједничка привредна сврха је мотив и циљ удруживања, а имовина створена удруженим средствима и радом чини имовину удружења. Одредбе Скице су опште, важе ако посебним законом није друкчије одређено, што се посебно односи поједине делатности. Иако се говори

36 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 32.

37 Михаило Константиновић, „Претходне напомене“, у раду: *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, едиција: Класици југословенског права, Београд, 1996, стр. 34-35.

о привредном удружењу грађана, мисли се на грађанско удруживање, а посебним законом би се уредила питања удруживања и формирања привредних удружења са својством правног лица.

*Иницијатива да се у склопу доношења грађанског законика уреди и грађански ортаклук*, према наведеном има своје дубоко утемељење у богатој правној традицији и култури.

Сада када је пред нама Нацрт грађанског законика, значајно је констатовати да је прва иницијатива доношења овог законика, која је обухватала питање грађанског ортаклука, потекла од текста Извештаја Комисије за израду: Рад на изради Грађанског законика Републике Србије, из 2007. године. Овај текст је обухватао уговор о ортаклуку, регулишући га у 25 чланова (стр. 267–276), а та решења ће послужити као инспирација за нека решења у нашем окружењу.<sup>38</sup> Првобитно није било одредбе о односу грађанског и трговачког ортаклука,<sup>39</sup> и упућивању на посебну регулативу за трговачки ортаклук, која се налази у каснијим верзијама рада на Нацрту.

Треба нагласити да је потребно делатност грађанског удружења прилагоди прописима, јер ако је у питању стицање добити, логично је да се у оквиру предузетничке делатности могу закључивати грађански ортачки уговори, као и код заједничке израдне станова, али и у другим ситуацијама. Грађанско удруживање које има форме предузетничке делатности мора се прилагодити прописима о обављању предузетничке делатности уопште, исто као што се трговачки ортаклук регулише прописима о трговачким друштвима. То значи да грађански ортаклук има законске оквире и да није препуштен потпуној аутономији уговорних страна, а форму му дају и решења грађанског законика.

---

38 Тако Закон о облигационим односима Црне Горе (*Сл. лист ЦГ*, бр. 47/08) регулише уговор о ортаклуку у чл. 716–739 и тако даље.

39 Детаљније о разграничењима и супсидијарној примени грађанског на трговачки ортаклук говори Илија Бабић, „Грађански ортаклук – нека питања разграничења од трговачког ортаклука“, *Нови уговори, зборник са савештовања*, 1995.

**Tomica DELIBAŠIĆ, PhD**  
**Misdemeanor Court of Appeal, Belgrade**

## **CIVIL PARTNERSHIP IN THE LIGHT OF THE LEGAL TRADITIONS AND MODERN LEGAL SOLUTIONS**

### **Summary**

*In this paper, we analyze civil partnership, as a special civil law contract, through legal sources that are part of the legal tradition and culture and legal thought in general. Genesis and development of the civil association is linked to the original legal sources, which regulate the status and rights of man in society. Legal rules of Roman law are ideological basis for later regulation, and the adoption of civil codes was a systematic editing of important issues in accordance with the achieved new legal culture and consciousness, which applies to civil partnership. A common purpose and objective of the contract determine its legal nature. This results in the rights and obligations of the parties. Agreement on civil partnership is included in the civil codes and therefore needs to be entered into our code.*

**Key words:** *the agreement on partnership, association of people, civil code, the language and style of the law, common law, rights and obligations.*



**Стефан ЈОВИЧИЋ**

студент Правног факултета Универзитета у Београду

## **УГОВОРИ АКЦИОНАРА – ОБЛИГАЦИОНОПРАВНИ И КОМПАНИЈСКОПРАВНИ АСПЕКТИ**

### **Резиме**

*Уговори акционара су уговори којима акционари реулишу своје међусобне односе у вези са друштвом. То су односи који нису реулисани законом или који јесу, али закон доушља њихово реулисање од стране уговорних страна. Њима се изражава тенденција контирактуализације компанијског права. Уговори акционара су ефикасно средство за решавање питања у вези са управљањем друштва, располажењем акцијама, решавањем спорова самих акционара.*

*У овом раду представљамо основне карактеристике уговора акционара, руководећи се широм законском регулативом. Најпре, сагледаћемо питање уговорних страна, њихом форму уговора и сходно томе типичну обавезу објављивања уговора због стицања одређеног дела капитал учешћа. На крају ћемо расправити предмет и садржину уговора и то клаузуле у вези са власњем у ствари акционара и клаузуле у вези са располажењем акцијама.*

**Кључне речи:** *уговор, уговори акционара, акционари, уговорне стране, форма уговора, стварна акционара, располажење акцијама.*

## I Увод

Уговор је сагласна изјава воље две стране која производи неко правно дејство.<sup>1</sup> Уговор се може дефинисати и као сагласност воља два или више лица којом се постиже неко правно дејство.<sup>2</sup> Из ових дефиниција примећујемо да се уговором могу постићи разна правна дејства, стога је један од темељних правних института. Уговор оживотворује правни систем једне државе, њиме се омогућује функционисање не само облигационог права чији је срж, већ и других правних грана. За компанијско право најважнији је уговор о оснивању привредног друштва, али сходно контрактурелизацији компанијског права ништа мање важан и уговор чланова друштва – уговор акционара.

Управо уговор акционара је предмет овог рада. Прецизније, занима нас уговор чланова друштва како га назива Закон о привредним друштвима (у даљем тексту: ЗОПД) Републике Србије.<sup>3</sup> Поменути Закон у члану 15 под називом „Уговори у вези са друштвом“ регулише институт уговор чланова друштва. Наиме, члан друштва може закључити уговор са једним или више чланова истог друштва којим се регулишу њихови међусобни односи у вези са друштвом, ако овим законом није друкчије одређено.<sup>4</sup> Уговор се закључује у писаној форми.<sup>5</sup> Такође, ЗОПД *exempli causa* наводи питања од потенцијалног значаја за регулисање овим уговором.<sup>6</sup> Уговор чланова акционарског друштва назива се уговор акционара.<sup>7</sup> Уговор акционара одређује права и дужности акционара онда када су прописана законом, али је регулација неодговарајућа.<sup>8</sup> Уговор акционара је споразум или *trust* два или више акционара, који није укључен у оснивачки акт, унутрашње акте корпорације, а који одређује начин гласања акционара, и/или поставља ограничења на даљи пренос акција.<sup>9</sup>

1 Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2007, стр. 162.

2 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2012, стр. 195.

3 Закон о привредним друштвима, „Службени гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011 и 83/2014 (у даљем тексту: ЗОПД).

4 ЗОПД, чл. 15, ст. 1.

5 ЗОПД, чл. 15, ст. 2.

6 Види ЗОПД, чл. 15, ст. 3. О томе више у делу „Предмет и садржина уговора“.

7 Види ЗОПД, чл. 15, ст. 5.

8 Gilles Chemla, Michael Habib, Alexandar Ljungqvist, „An Analysis of Shareholders’ agreements“, стр. 1, доступно на [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=299420](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=299420).

9 Marko Ventoruzzo, „Why Shareholders’ Agreements are Not Used in U.S. Listed Corporations: A Conundrum in Search of an Explanation“, Legal Study Research Paper

## II Уговорне стране

ЗОПД нам јасно и изричито каже да уговор акционара закључују чланови истог друштва међусобно. Дакле, као уговорнице појављују се акционари друштва. Уговор акционара закључују по правилу две стране или два удружена блока.<sup>10</sup> Уговор мањинских акционара није реткост, а нарочито када је у питању подизање деривативне тужбе за коју се према нашем праву захтева 5% капитал учешћа.<sup>11</sup>

Према ЗОПД уговор акционара, односно чланова друштва могу да закључе два или више акционара *истио* акционарског друштва. Акционарем друштва се према нашим законима о тржишту капитала и ЗОПД сматрају физичка или правна лица које посредно или непосредно поседује: 1. акције издаваоца у своје име и за свој рачун; 2. акције издаваоца у своје име, а за рачун другог физичког или правног лица (наш закон и кастоди и депозитну банку које држе акције комисионо сматра акционарем, иако су оне именовани, а не стварни акционари); 3. депозитне потврде, при чему се лице које поседује те потврде сматра акционарем у односу на акције представљене тим потврдама.<sup>12</sup>

Дефиниција уговора акционара постављена је преуско када су у питању уговорне стране. Најпре, уговор акционара је у неким случајевима и уговор између самог акционарског друштва и акционара када су у питању „њихови међусобни односи у вези са друштвом“.<sup>13</sup> Сматрамо да незаобилазна улога директора у разрешавању сукоба или блокада скупштине акционара треба да буде заштићена уговором, те да директорима треба дати статус уговорне стране.<sup>14</sup> Поред тога и компанија евентуално може да буде уговорница, јер „правни субјективитет компаније одваја је од акционара који је оснивају те омогућује правне послове акционара са својом компанијом“.<sup>15</sup>

No. 42–2013, стр. 2, доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2246005](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2246005).

10 Види Paulius Miliauskas, „Shareholders’ agreement as a tool to mitigate corporate conflicts of interests“, *Int. J. Private Law*, Vol. 6, No. 2, 2013, стр. 114, доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2380629](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2380629).

11 Види ЗОПД, чл. 79.

12 Наведено према Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2013, стр. 265.

13 ЗОПД, чл. 15, ст. 1.

14 Супротно је одлучио Дом лордова у случају *Russell v Northern Bank Development Corporation Ltd* у ком каже да компанија не може бити страна уговорница уговора акционара, али у случајевима када се повређују њена овлашћења. Види о томе: Michael Duffy, „Shareholders Agreements and Shareholders’ Remedies Contract Versus Statute?“, *Bond Law Review*, vol. 20, is. 2, стр. 6, доступно на: <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1349&context=blr>.

15 Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми – II део“, *Анали Правној факултета*, бр. 2, 2009, стр. 13.

Мислимо да *de lege ferenda* стране уговора треба посматрати обзиром на предмет уговора, а то су „међусобни односи у вези са друштвом“. Друга лица могу да буду стране уговорнице у зависности од циља и битних елемената уговора.<sup>16</sup> При чему су битни елементи уговора акционара у вези са: 1. компанијом; 2. акцијама; 3. права, дужности и обавезе акционара међусобно или према компанији.<sup>17</sup>

## 1. Физичко лице – страна уговорница

Привредно друштво оснивају физичка или правна лица, домаћа или страна, при чему страна лица поступају у складу са законима о привредним друштвима и страним улагањима. Из тога произлази да уговорнице уговора акционара могу бити сва лица која оснивају акционарско друштво.

Сходно општим правилима позитивног грађанског права Републике, пуна пословна способност стиче се са навршених 18 година. Супружници закључују уговор када су акције њихова заједничка имовина, наследници закључују уговор док не дође до деобе наслеђа. Сувласници закључују уговор преко заједничког пуномоћника или иступају сви заједно.

Малолетници до 14 година могу да закључују правне послове мањег значаја, те послове којима стичу искључиво права и правне послове којима не стичу ни права ни обавезе, тзв. неутрални послови. Послове правног промета у њихово име и за њихов рачун предузимају законски заступници. Уговор акционара би у овом случају закључивали законски заступници, односно други заступник одређен одлуком надлежног органа, а да није неопходна сагласност органа старатељства, јер се не ради о располагању непокретностима, али је битно да се не ради ни о акцијама велике вредности.

Другачија су правила за малолетнике од навршених 14 до 18 година живота. Старији малолетници могу самостално да закључују исте оне правне послове које могу и млађи, док им је за све остале потребна претходна или накнадна сагласност родитеља или старатеља. Стога, начелно они могу да закључују уговор акционара уз сагласност заступника, а могу и да овласте законске заступнике да закључе уговор у њихово име. У том случају тражи се писано пуномоћје.<sup>18</sup>

16 Види Р. Miliauskas, *нав. дело*, стр. 115.

17 Види Р. Miliauskas, *нав. дело*, стр. 114.

18 Закон облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља (у даљем тексту: ЗОО), чл. 90: „Форма прописана законом за неки уговор или који

Пошто се са 15 година стиче радна способност српски закон каже да малолетник самостално располаже имовином која је стечена радом. Судаћећи према слову закона, уговор акционара би у случају да је малолетник стекао акције од сопствене зараде могао самостално пуноважно да закључи.

Када је у питању страном физичко лице оно има право да буде акционар привредног друштва у Републици, самим тим има право на закључење уговора акционара. Његово право да буде акционар у Србији је регулисано ЗОПД и Законом о страним улагањима.<sup>19</sup>

## **2. Уговорна страна – члан органа управљања и са њим повезано лице**

Већ смо споменули да сматрамо да члановима органа управљања треба дати статус уговорне стране и то независно да ли су акционари друштва. Свакако да се не могу заобићи разлике у случају да је члан органа акционар и у случају када није ималац акција. У случају када је акционар, споменули смо да би било неосновано ускратити било какву уговорну способност у вези са уговором акционара. Он има једнако право на закључење уговора као остали акционари.

Даље, само акционарско друштво као накнаду члановима управе даје акције или акцијске опције. ЗОПД каже да „директор има право на накнаду за свој рад, а може имати и право на стимулацију путем доделе акција“.<sup>20</sup>

Уколико чланови органа управљања нису акционари онда се њихова уговорна способност заснива на општим правилима облигационог и компанијског права. У немачкој науци присутан је међутим став који доводи у питање могућност да директор или члан надзорног одбора може бити уговорна страна и када није акционар.<sup>21</sup> Правила о посебним дужностима су основ правила компанијског права која обезбеђују члановима органа управљања право на закључење уговора и када нису акционари. Посебне дужности према друштву имају директори, чланови надзорног одбора, заступници и прокуристи, а статутом се могу

---

други правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно за предузимање тог посла“. Види ЗОПД, чл. 15, ст 2.

19 Закон о страним улагањима, „Службени лист СРЈ“, бр. 3/2003 и 5/2003, „Службени лист СЦГ“ бр. 1/2003 – Уставна повеља, „Службени гласник РС“, бр. 107/2014.

20 ЗОПД, чл. 393, ст. 1.

21 Наведено према Markus Roth, „Shareholders' Agreements in Listed Companies: Germany“, University of Marburg, стр. 7, доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2234348](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2234348).

одредити и друга лица као лица која имају посебне дужности према друштву.<sup>22</sup> Они су дужни да своје послове извршавају савесно, с пажњом доброг привредника и у разумном уверењу да делују у најбољем интересу друштва.<sup>23</sup> Лица која према Закону о привредним друштвима имају дужности према привредном друштву дужна су да раде непосредно у интересу самог привредног друштва, а не и непосредно за остале интересе (носиоци осталих интереса у друштву називају се *stakeholder*-и).<sup>24</sup> Проф. Васиљевић даље наводи да „посебно, директори и друга лица са таквим дужностима (посебним дужностима – С.Ј.) не смеју вршећи своје дужности ставити себе у позицију сукоба између њихових дужности према компанији и личних интереса (директних или индиректних) – дужност која произлази из клаузуле сукоба интереса (дужност лојалности друштву кад тај сукоб постоји)“.<sup>25</sup>

Повезана лица нису изузета из нашег спорног питања. Повезаним лицем у односу на физичко лице (директоре, чланове надзорног одбора) сматра се: 1. његов крвни сродник у правој линији, крвни сродник у побочној линији закључно са трећим степеном сродства, супружник и ванбрачни партнер ових лица; 2. његов супружник и ванбрачни партнер и њихови крвни сродници закључно са првим степеном сродства; 3. његов усвојилац или усвојеник, као и потомци усвојеника; 4. друга лица која са тим лицем живе у заједничком домаћинству.<sup>26</sup> Дужност лојалности компанији у случају постојања сукоба личног интереса директора и других лица која имају дужности према њој (директно или индиректно, преко сукоба са интересом са њима повезаних физичких и правних лица) и те компаније претпоставља, дакле, обавезу ових лица да избегавају све случајеве у којима могу доћи у потенцијални сукоб властитих интереса (или *интереса повезаних лица* – подв. С.Ј.) са интересом компаније према којој имају обавезу лојалности и у чијем интересу морају радити.<sup>27</sup>

22 ЗОПД, чл. 61, ст. 1, тач. 4, и ст. 2.

23 ЗОПД, чл. 63, ст. 1.

24 М. Васиљевић, *Компанијско право*, стр. 128.

25 М. Васиљевић, *Компанијско право*, стр. 129. О овом проблему говори се још у Новом Завету. „Нико не може два господара служити; јер или ће једнога мрзити, а другога љубити; или ће се једнога држати, а другога презирати.“ Матеј 6:24. Види још М. Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми – II део“, стр. 5-28.

26 ЗОПД, чл. 62, ст. 1.

27 М. Васиљевић, *Компанијско право*, стр. 133.

### 3. Када је уговарач привредно друштво

Ради разложнијег разматрања следећег питања направићемо поделу на привредна друштва лица и привредна друштва капитала. Када су у питању привредна друштва лица која су у нашем праву ортакло друштво и командитно друштво, ствар је донекле једноставна. Сваки ортакло је овлашћен да самостално заступа друштво, осим ако оснивачким уговором није друкчије одређено.<sup>28</sup> Оснивачки уговор може предвидети да је један или неколицина ортака овлашћена на заступање. Ортакло који према оснивачком уговору немају овлашћење за заступање имају право вета на акте оних овлашћених.

Код командитног друштва комплементари воде послове друштва и заступају га, а командитори не могу водити послове друштва нити га заступати.<sup>29</sup> Међутим, командитор није препуштен „ћудима“ комплементара, те има право противљења предузимању радњи или закључењу послова који не спадају у редовну делатност друштва (што може бити закључење уговора чланова), у ком случају комплементар не може предузети ту радњу односно закључити посао.<sup>30</sup>

Акционарско друштво и друштво са ограниченом одговорношћу у српском праву су привредна друштва која имају своје самосталне органе који их чине различитим од друштва лица. Поред тога, акционарско друштво има обавезни статут који га раздваја од свих других облика привредног удруживања. Како је делокруг органа одређен ЗОПД, оснивачким уговором или статутом (у случају акционарског друштва) важно је консултовати ове акте зарад разрешења нашег питања.

Код друштва са ограниченом одговорношћу ЗОПД поставља основно правило да „управљање друштвом може бити организовано као једнодомно или као дводомно“.<sup>31</sup> Пошто је овај Закон поставио претпоставку надлежности у корист директора, односно одбора директора, то нам за одговор на наше питање служе одредбе о одређивању надлежности скупштине и надзорног одбора.

Надлежност скупштине односи се на послове промене оснивачког акта, усвајање финансијских извештаја, одређивање законских заступника, директора, чланова надзорног одбора, прокуристе, надгледање рада истих лица, контрола и надзор.<sup>32</sup> На другој страни, надзорни одбор

28 ЗОПД чл. 111, ст. 1.

29 ЗОПД, чл. 131, ст. 1 и 2.

30 Види ЗОПД, чл. 131, ст. 3.

31 ЗОПД, чл. 198, ст. 1, што је значајни напредак у односу на претходни ЗОПД (2004) који је императивно предвиђао за друштва капитала једнодомно управљање.

32 ЗОПД, чл. 200.

је спона скупштине и егзекутивних органа друштва, надзире и контролише рад одбора директора, одређује пословну стратегију друштва.<sup>33</sup> Одређење пословне стратегије обавезује органе друштва, те су законски заступници друштва дужни да се при закључењу уговора држе усвојене пословне стратегије (дакле, под условом да постоји надзорни одбор). ЗОПД каже и да директор води послове „у складу са упутствима надзорног одбора“, што значи да су директори дужни да се повинују одлукама надзорног органа.<sup>34</sup>

Ако оснивачким актом или одлуком скупштине није друкчије одређено, надзорни одбор даје претходну сагласност за закључење послова који се односе на стицање, отуђење и оптерећење удела и акција које друштво поседује у другим правним лицима, итд.<sup>35</sup> То значи да је у случају постојања надзорног одбора за ове врсте правних послова одбору директора неопходна сагласност надзорног одбора. Сматрамо да обзиром на специфичност предмета уговора акционара, не би било пуноважно закључење без постојања овакве дозволе. Најпре, клаузуле о ограничењу преноса и располагања акцијама представљају ништа друго до оптерећење акција, а у неким случајевима могуће је да дође до стицања акција путем уговора акционара, те је сагласност елемент од ког зависи дејство уговора.

Уколико је управљање друштвом једнодомно, одбору директора су „слободне руке“, уколико што друго није одређено оснивачким актом или одлуком скупштине. Директор води послове друштва у складу са оснивачким актом и одлукама скупштине.<sup>36</sup> Директор заступа друштво самостално, али другачије може бити одређено оснивачким актом или одлуком скупштине (заједничко заступање). Ипак, сваки директор у случају самосталног заступања има право противљења у ком случају се правна радња не може предузети и подлеже одлучивању у скупштини.<sup>37</sup>

Закон о привредним друштвима издашније уређује акционарско друштво. Закон уређује надлежност скупштине, а потом исцрпно регулише једнодомно и дводомно управљање друштвом. Тако у вези са једнодомним управљањем каже да друштво може имати једног или више директора, чији се број одређује статутом.<sup>38</sup> Ако друштво има три или више директора, они чине одбор директора, а јавно акционарско друштво

33 Види ЗОПД, чл. 232.

34 ЗОПД, чл. 224, ст. 1.

35 ЗОПД, чл. 232, ст. 2, тач. 1.

36 ЗОПД, чл. 224, ст. 1.

37 Види ЗОПД, чл. 224, ст. 3.

38 ЗОПД, чл. 383, ст. 1.



има одбор директора који чине најмање три директора.<sup>39</sup> Директори могу бити извршни и неизвршни, а закон прецизира надлежност истих. Закон каже да су директори заступници друштва, те да када их је више воде послове заједнички. Статутом се може другачије уредити вођење послова, јер је ово законско правило диспозитивне природе. Дакле, за закључење уговора надлежни би били извршни директори, док неизвршни врше надзорне функције над радом извршних и нису заступници друштва.<sup>40</sup>

Ако је управљање друштвом дводомно, надорни одбор је, као код друштва са ограниченом одговорношћу, надлежан за стицање, отуђење и оптерећење акција и удела које друштво поседује у другим правним лицима, и то тако што даје претходну сагласност извршним директорима.<sup>41</sup> Дакле, решење нас код дводомног управљања акционарским друштвом води истом закључку као код друштва са ограниченом одговорношћу.

#### 4. Депозитна банка као страна уговорница?

Пошто је посао депозита хартија од вредности све распрострањенији, то смо сматрали да је потребно да се накратко осврнемо на ово питање. Има ли депозитна банка право да за рачун свог клијента закључи уговор акционара?

Акционарем се у односу према акционарском друштву и трећим лицима сматра лице које је као законити ималац акције уписано у Централни регистар.<sup>42</sup> Банка која води збирне или кастоди рачуне која се у јединственој евиденцији акционара води као акционар у своје име, а за рачун својих клијената, сматра се пуномоћником за гласање у односу на те клијенте под условом да приликом приступања седници скупштине акционарског друштва представи писано пуномоћје, односно налог за заступање издат од својих клијената.<sup>43</sup> Дакле, акционарем се према друштву сматра онај који је уписан у Централни регистар, а банка која води збирне или кастоди рачуне сматра се пуномоћником за гласање у скупштини.

Ни Закон о тржишту капитала<sup>44</sup> (у даљем тексту: ЗОТК) није поступио конзистентно у уређењу овог питања. Акционар је физич-

39 Види ЗОПД, чл. 383, ст. 2 и 4.

40 Види ЗОПД, чл. 388 и 390.

41 ЗОПД, чл. 422, ст. 2, тач. 1.

42 ЗОПД, чл. 249, ст. 1.

43 ЗОПД, чл. 348, ст. 1.

44 Закон о тржишту капитала, „Сл. гласник РС“, бр. 31/2011 (даље у фуснотама: ЗОТК).

ко или правно лице које посредно или непосредно поседује: 1. акције издаваоца у своје име и за свој рачун; 2. акције издаваоца у своје име, а за рачун другог физичког или правног лица; 3. депозитне потврде, при чему се лице које поседује депозитне потврде сматра акционарем у односу на акције представљене тим депозитним потврдама.<sup>45</sup> ЗОТК онда необјашњиво другачије дефинише законитог имаоца хартија од вредности као лице на чије име гласи рачун хартија од вредности у Централном регистру, односно у случају обављања послова чувања и администрирања финансијских инструмената, лице за чији рачун се финансијски инструмент води на рачуну хартија од вредности у Централном регистру.<sup>46</sup>

Сагледаћемо поједине специфичности банкарског посла депозита хартија од вредности зарад одговора на питање.

Најпре, уговор о депозиту хартија од вредности дефинише се као уговор којим се једна страна (депозитар) обавезује да лично или преко другог лица чува и администрира хартије од вредности, односно права у вези са тим хартијама, и да на захтев друге стране (депонента) врати предмет депозита, а депонент се обавезује да плати накнаду (провизију) и плати трошкове депозитору.<sup>47</sup>

Сходно томе, да бисмо одговорили на питање да ли депозитна банка може да буде страна уговорница, требало би накратко да разјаснимо правну природу уговора о депозиту хартија од вредности. Наиме, упоредноправна решења различито одговарају на питање правне природе овог уговора (традиционални приступ, фидуцијарно или овлашћено повереништво, итд.).<sup>48</sup> Послужићемо се теоријом која правну природу разматраног уговора објашњава овлашћеним повереништвом. Повереник се уопштено дефинише као лице које је постављено за вршење туђих имовинских права у своје име, али не у свом интересу, и има сопствено право на тим имовинским правима (на пример, материјално право или овлашћење за располагање).<sup>49</sup> Под овлашћеним повереништвом се подразумева ситуација у којој банка као повереник од клијента добија овлашћење да у своје име располаже и врши права у вези са повереним хартијама од вредности, иако клијент задржава својство њиховог имаоца.<sup>50</sup> Уколико бисмо применили ово у нашем

45 ЗОТК, чл. 2, ст. 1, тач. 33.

46 ЗОТК, чл. 2, тач. 32.

47 Мирјана Радовић, *Чување и администрирање (депозити) хартија од вредности*, Правни факултет, Београд, 2014, стр. 7.

48 Више о томе види М. Радовић, *нав. дело*, стр. 40–57.

49 Нав. према М. Радовић, *нав. дело*, стр. 48.

50 Нав. према М. Радовић, *нав. дело*, стр. 50.

праву, долази до раздвајања именованог акционара – оног који је уписан у Централни регистар, и стварног акционара – инвеститора који има право својине на акцијама. Особеност је да банка врши права из акција према емитенту, те да се она појављује као лице које ступа у однос са емитентом. Номинални власник ће бити лице које је регистровано као законити ималац хартија од вредности у Централном регистру, и које се обавезало да све користи из тих хартија од вредности пренесе другом лицу као њиховом економском или стварном власнику,<sup>51</sup> док је стварни акционар, инвеститор, за акционарско друштво треће лице. Из овлашћеног повереништва произлази да банка уписом у регистар дематеријализованих хартија само стиче легитимацију за вршење права у своје име, али не и својство имаоца ових права у материјалноправном смислу.<sup>52</sup> У том случају би банка уписом у Централни регистар постала легитимисана да врши права из акција у своје име, док би њени клијенти истовремено задржали својство законитих ималаца (акционара у материјалноправном смислу).<sup>53</sup> На основу овако изложеног схватања, депозитна банка формалноправно стиче способност закључења уговора акционара. Међутим, она не може да закључи уговор за свој рачун или рачун неког другог клијента, већ тај уговор мора да буде за рачун и у интересу клијента чије акције држи као депозитар, и уз клијентову сагласност, јер је клијент господар посла.

Супротно томе у српској теорији не прихвата се став о овлашћеном повереништву, већ се уговор о депозиту хартија од вредности посматра као уговор о (правој) остави и уговор о теретном налогу. У том смислу, пошто код чувања и управљања дематеријализованим хартијама од вредности (акцијама – С.Ј.) банка не сме да користи клијентове хартије, јасно је да такав уговор треба тумачити као праву оставу заменивих ствари.<sup>54</sup> Будући да права остава не може да објасни обавезе банке у вези са управљањем хартијама од вредности, поред ње правну природу односа са клијентом чини и уговор о налогу уз накнаду.<sup>55</sup>

Пошто се у нас уговор о депозиту хартија од вредности посматра као остава праћена налогом, онда депозитна банка (оставопримац, налогопримац, именовани акционар) има право на закључење уговора акционара у складу са налозима властодавца (налогодавца, оставодавца, стварног акционара). Налогопримац је дужан извршити налог пре-

51 Мирјана Радовић, *Банкарски посао дејезици хартија од вредности (докторска дисертација)*, Правни факултет, Београд, 2011, стр. 156.

52 М. Радовић, *Чување и администрирање (дејезици) хартија од вредности*, стр. 51.

53 *Ibid.*, стр. 57.

54 *Ibid.*, стр. 54.

55 *Ibid.*, стр. 54.

ма примљеним упутствима, са пажњом доброг привредника, остајући у његовим границама и у свему пазити на интересе налогодавца и њима се руководити.<sup>56</sup> У прилог овоме иде одредба ЗОПД о начину гласања банке у скупштини акционара. Банка је најпре дужна да гласа по упутствима клијента, а у недостатку упутстава ЗОПД садржи законска одређења начина гласања. Према томе банка је без сагласности клијента „везаних руку“ у погледу управљања и располагања акцијама.

Проблем стварног акционара остаје отворен. Он се може посматрати из два угла. Први угао је угао Централног регистра, прецизније акционарског друштва. Други угао гледања је независно од Централног регистра и акционарског друштва. Уколико проблем посматрамо из првог угла, стварни акционар се не сматра акционарем у односу на Централни регистар и акционарско друштво, већ се сматра именовани акционар – онај који је као такав уписан у регистар. Међутим, пошто у уговору акционара стварни акционар ступа у односе са другим акционарима, а не са акционарским друштвом, онда није битно одређење акционара према акционарском друштву. Стога, уколико узмемо други угао посматрања и то у односу са осталим акционарима, стварни акционар (инвеститор) би имао право на закључење уговора, јер се уговором регулишу њихови „међусобни односи у вези са друштвом“.

Закључно, депозитна банка има право на закључење уговора акционара и то на основу уговора о налогу са клијентом и у свему према издатом налогу клијента. Клијент који је стварни акционар може да изда налог банци за закључење уговора, а може и сам да закључи уговор акционара као стварни акционар (ако може да докаже такво својство, јер је претпоставка на страни лица уписаног у регистар).

### III Форма уговора

ЗОПД одређује да се уговор чланова друштва закључује у писаној форми.<sup>57</sup> Писмена форма је писмена редакција уговора на одређеној исправи која је написана руком, механичким средствима, писаћом машином или другим средством (*електронским обликом* – подв. С.Ј.) и која је својеручно потписана од уговорних страна које се обавезују.<sup>58</sup> Елементи писане форме су текст изјаве и потписи (*сџранака* – подв. С.Ј.).<sup>59</sup> Захтев писмене форме, према ЗОО, је испуњен и онда када стране измењају

56 ЗОО, чл. 751, ст. 1.

57 ЗОПД, чл. 15, ст. 2.

58 Слободан Перовић, *Облиационо право*, Београд, 1990, стр. 342.

59 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 342.

писма или се споразумеју телепринтером или другим средством које омогућава да се са извесношћу утврде садржина и давалац изјаве.<sup>60</sup>

Обзиром да сам ЗОПД каже да се „уговор закључује у писаној форми“ било би противно императивној одредби закона о форми *ad solemnitatem* да се закључује усмено.<sup>61</sup> Међутим, пошто уговор акционара има правну природу уговора о ортаклуку, а уговор о ортаклуку се закључује усмено, недоумице могу искрснути. По неким ауторима уговор акционара се закључује у писаној форми или усмено.<sup>62</sup> По том мишљењу у пракси се срећу усмено закључени уговори, али искрсавају проблеми везани за питања пуноважности уговора и могућности утврђивања садржине уговора не само од судова и арбитража, него и од самих уговорника.

Законска формулација да се уговор акционара закључује „у писаној форми“ несумњиво је императивног карактера.<sup>63</sup> Писмена форма је битна форма, *ad solemnitatem*.

У сваком случају, могућа је конвалидација извршењем. Уговор за чије се закључење тражи писана форма сматра се пуноважним, и када није закључен у тој форми, ако су стране извршиле уговор у целини или у претежном делу, осим уколико из циља због кога је форма прописана очигледно не произлази што друго.<sup>64</sup> Чини се да је овде форма прописана ради заштите приватних интереса, те би се неиспуњењем форме вређали интереси уговорних страна, а пошто уговор акционара има правну природу уговора о ортаклуку, умесно би било прихватити конвалидацију.

Додајмо према нашем мишљењу још један аргумент. Обавеза закључења уговора у писаној форми је преоштра, јер законодавац у истом члану регулише уговор чланова друштва међу ортацима, комплементарима и командиторима, члановима друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва. Уговор акционара свакако заслужује законску писмену форму. Тако италијански законодавац посебно регулише уговор акционара. Италијански *Consolidated Law on Finance*<sup>65</sup> прописује знатно строжу форму за пуноважност овог уговора. Према њему захтева се објављивање уговора и то у два правца: 1. пријављивање уговора италијанском Националном савету за при-

60 ЗОО, чл. 72.

61 *Ibid.*

62 Види Р. Miliauskas, *нав. дело*, стр. 112.

63 Премда законодавац као код неких других уговора не наводи речи као што су „мора“, „обавезно“, „само“.

64 ЗОО, чл. 73.

65 Legislative Decree no. 58 of 24 February 1998, art. 122–123.

вредна друштва и берзе (*Consob – Commissione nazionale per la societa e la borsa*); 2. објављивање уговора у скраћеном облику у дневној штампи. Временско важење уговора ограничено је на три године са могућношћу продужења његовог важења. *Model Business Corporation Act* каже да је уговор акционара писани споразум потписан од стране свих акционара који имају то својство у моменту закључења и с којим је упозната компанија.<sup>66</sup>

За ортакчко друштво, командитно и друштво са ограниченом одговорношћу писмена форма је претеран захтев. Најпре, општи принцип прихваћен у српском праву је консенсуализам: закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим ако је законом друкчије одређено.<sup>67</sup> Друго, ЗОО каже „уговорне стране могу се споразумети да посебна форма буде услов пуноважности уговора“<sup>68</sup> и „уговор који није закључен у уговореној форми нема правно дејство уколико су странке пуноважност уговора условиле посебном формом“.<sup>69</sup>

## 1. Обавеза објављивања уговора и писмена форма

Следеће питање у вези са уговорима акционара је обавеза објављивања уговора у случају стицања, непосредно или посредно, прописаног прага капитал учешћа. Овде се са облигационоправног становишта селимо на компанијско право, јер је санкција необјављивања стицања прописаног прага капитал учешћа прописана компанијским правом и правом тржишта капитала.

Као полазиште за одговор на питање узећемо одредбу Закона о тржишту капитала. Када физичко или правно лице непосредно или посредно достигне, пређе или падне испод 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50%, 75% права гласа истог акционарског друштва чијим се акцијама тргује на регулисаном тржишту, односно МТП дужно је да о томе обавести Комисију за хартије од вредности, то друштво и регулисано тржиште, односно МТП на коме су акције тог друштва укључене у трговање.<sup>70</sup> Ова обавеза односи се на лица када непосредно или посредно, у своје име и за свој рачун или у своје име и за рачун другог физичког, односно правног лица, држи акције са правом гласа јавног друштва или депо-

66 Види *Model Business Corporation Act*, пар. 7.32.b.1. Ипак, ове одредбе се односе на уговор акционара у нејавном друштву. Види *Model Business Corporation Act*, пар. 7.32.d.

67 ЗОО, чл. 67, ст. 1.

68 ЗОО, чл. 69, ст. 1.

69 ЗОО, чл. 70, ст. 2.

70 ЗОТК, чл. 57, ст. 1; немачки *Securities Trading Act*, део 4, секција 20; *Transparency Directive*, чл. 9, ст. 1; *UK Companies Act*, чл. 793.

зитне потврде.<sup>71</sup> Овде ћемо закључити да се ова обавеза односи само на јавна акционарска друштва, те самим тим евентуално објављивање уговора акционара у овим случајевима не би била обавеза код нејавних акционарских друштава. ЗОТК даље наводи на који начин настаје обавеза објављивања, те имплицитно познаје уговоре акционара. Обавеза објављивања односи се на физичка или правна лица када то лице стекне, отуђи, располаже, или остварује право гласа у једном од следећих случајева или у комбинацији тих случајева, те наводи: 1. када право гласа поседује трећа страна са којом је то физичко или правно лице закључило уговор који их обавезује да, заједничким остваривањем права гласа које поседују, усвоје дугорочну политику управљања тим јавним друштвом; 2. када право гласа које је физичко или правно лице на основу уговора привремено и уз накнаду пренело на трећу страну ради остваривања тих права, уколико је такав посао у складу са законом (позајмљивање хартија од вредности); и друго.<sup>72</sup>

Неизвршење обавезе објављивања уговора повлачи законом прописану санкцију, а то је привремено одузимање права гласа из акције чије изрицање је у надлежности Комисије за хартије од вредности. Право гласа се одузима решењем Комисије и то за све време док акционар не испуни законску обавезу објављивања. Исто решење садржи и немачки *Securities Trading Act* пошто одузима право гласа из акција за све време док се не испуни обавеза објаве,<sup>73</sup> за разлику од Енглеске где о одузимању гласа по основу акција одлучује суд.

У немачкој правној теорији је иначе дуго времена било спорења око ове обавезе. Наиме, пошто је Савезни суд уговоре акционара третирао као ортаклук, а то је приватна ствар уговорника, поставило се питање како објавити уговор, а не повредити приватност уговорних страна. Практично искуство и неопходност правне сигурности довели су до закључка да је сасвим легитимна обавеза објављивања. Уговор акционара је настао из уговора о ортаклуку, али он као такав више није ортаклук и има самосталну правну природу, *pacta specialis derogat pacta generali*. Уосталом, обавеза објављивања стицања одређеног прага је савремена тековина европског права тржишта капитала.<sup>74</sup>

Закључујемо да је уговор закључен у писаној форми пуноважан,<sup>75</sup> али да се у случају неиспуњавања законских обавеза суспендује пра-

71 ЗОТК, чл. 57, ст. 6.

72 Види ЗОТК, чл. 58.

73 Види немачки *Securities Trading Act*, пар. 28.

74 Directive 2004/109/EC, чл. 9, ст. 1.

75 *UK Companies Act*, чл. 797, ст. 2 прописује да је уговор о преносу акција, за чије стицање стоји обавеза објављивања, ништав.

во гласа до испуњења тих обавеза. У случају неиспуњења обавеза предвиђених Компанијским законом сваки пренос акција је ништав, гласачка права су суспендована у вези са односним акцијама, не могу се издавати нове акције по основу права из акције или у складу с понудом учињеном њиховом имаоцу, не могу се вршити никаква плаћања по основу односних акција, осим у случају ликвидације.<sup>76</sup>

#### IV Предмет и садржина уговора

Уговор акционара најчешће садржи одредбе о начину гласања у скупштини, одбору директора, расподели дивиденди. Уговор акционара је споразум о управљању компанијом, правима утврђених акцијама, и/или промету и располагању акцијама.<sup>77</sup> У неким компанијама, контролна група акционара је расута, па њени чланови налазе за сходно да приступе уговору акционара не би ли обезбедили заједничко гласање за чланове одбора директора, или евентуално о другим питањима.<sup>78</sup> Уговор акционара може да реши „агенцијске проблеме“ који се појављују у компанијском праву. Најпре, путем уговора акционара може да се реши сукоб компаније и акционара. Даље, већински и мањински акционари могу да се споразумеју о решавању несугласица независно од скупштине. Трећи агенцијски проблем – однос компаније и носилаца ризика пословања друштва, ипак би остао изван домашаја уговора акционара.<sup>79</sup>

Закон о привредним друштвима каже да уговором чланова друштва могу уредити: 1. посебне обавезе чланова према друштву; 2. права и обавезе тих чланова у вези са преносом акција; 3. како ће гласати у скупштини, по одређеним или свим питањима; 4. начин прерасподеле

76 Види *UK Companies Act*, чл. 797, ст. 1.

77 Suren Gomsian, „The Enforment of Shareholder Agreements under English and Russian Law“, *Journal of Comparative Law*, Vol. 7, No. 1, стр. 117. доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2310574](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310574).

78 Bernard Black, Antonio Gladson de Carvalho, Erica Gorga, „The Corporate Governance of Privately Controlled Brazilian Firms“, *Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series*, paper no. 08–014, стр. 38, доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1003059](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003059).

79 Више о агенцијским проблемима види у John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman, „Agency Problems, and Legal Strategies and Enforcement“, ECGI, 2009, доступно на: <http://ssrn.com/abstract=1436555>; М. Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми – I део“, *Анали Правној факултету*, бр. 1/2009, стр. 5–24. Међутим, ни то није сасвим тачно, јер горе поменута одредба ЗОТК чл. 58 наводи да треће лице врши право гласа зарад остваривање усвојене политике управљања друштвом. ЗОТК је овде инаугурирао носиоца ризика пословања друштва као уговорну страну уговора акционара, али је спорно како би се ова одредба уклопила у чл. 15. ст. 1 ЗОПД.



добити између тих чланова; 5. начин решавања блокаде у одлучивању; 6. друга питања од значаја за њихове међусобне односе.<sup>80</sup>

У самом уговору се најпре, наводи број уговорних страна, односно акционара, и број акција који они поседују (изражен номинално или процентуално). Могуће је да се у уговор унесе клаузула о гаранцији акционарског друштва да су лица наведена у уговору акционари и да поседују наведени број акција у тренутку закључења уговора. Потом се наводе углавци у вези са управљањем компаније, одређењем лица које ће обављати функције директора у случају да неко место одбора остане упражњено, потом именовање ревизора, одређење банке акционарског друштва, и сл. Уговор може да садржи одредбе о финансирању компаније. Уколико су компанији неопходна новчана средства зарад извршења својих обавеза према кредиторима, акционари могу да одреде да ће се компанија финансирати из емисије нових акција или да ће сами акционари давати зајмове акционарском друштву, на шта ће им она плаћати камату. Такође, клаузуле о забрани располагања акцијама и шта у случају смрти акционара уговорника су уобичајене у овим врстама споразума.

Међутим, слобода уговарања ограничена је због дејстава императивних прописа компанијских закона. Тако је Руски савезни суд прогласио ништавим одредбе уговора акционара о измени правила сазивања редовне и ванредне скупштине, о позивању за генералну скупштину, о захтеву за одређене кворума за редовну скупштину, о питањима која су у искључивој надлежности скупштине акционара, о избору борда директора и менаџмента, рестриктивне клаузуле о праву гласа у скупштини, установљавање права прече куповине акција јавног акционарског друштва.<sup>81</sup> Такве одредбе не стварају правну обавезу за акционаре.<sup>82</sup>

На другој страни, амерички *Model Business Corporation Act* признаје правну ваљаност уговору акционара чак и када укида или ограничава надлежност борда директора, или утврђује ко ће бити директор или члан одбора, начин именовања и разрешења, или одређује услове за сваки уговор о преносу или употреби имовине или одредбе о услугама између корпорације и акционара, директора, службеника, запосленог или између њих самих, итд.<sup>83</sup>

80 ЗОПД, чл. 15, ст. 3. Добро је решење законодавца да наведе примере уговорних клаузула, за разлику од енглеског *The Companies Act* (2006) који садржи једино одредбу да акционари могу да закључују уговоре акционара и то у неким случајевима (чл. 820 и 824).

81 S. Gomtsian, *нав. дело*, стр. 119.

82 S. Gomtsian, *нав. дело*, стр. 119.

83 Види *Model Business Corporation Act*, пар. 7.32.

## 1. Основне врсте уговора акционара

У глобалној корпорацијској и пословној пракси развило се неколико основних врста уговора акционара, при чему се подела изводи на основу предмета и садржине. Тако постоје уговори акционара о начину гласања у скупштини у ширем смислу. Тиме је обухваћен начин гласања по било којој тачки дневног реда. Клаузула о гласању по тачно одређеној тачки дневног реда или одређеном питању је споразум о начину гласања у ужем смислу. Тада би за свако питање био неопходан нови уговор. Ипак, уговорници се могу споразумети да о једном питању гласају увек на исти начин на свакој седници скупштине. Други основни тип уговора акционара је уговор о преносу акција, прецизније уговор о ограничењима преноса акција. Тиме се постојећи акционари штите од доласка непожељних инвеститора. Такође, овим врстама клаузула обезбеђује се куповина или продаја акција у случају изласка појединих акционара због сукоба међу уговорницима. Најшире речено, одредбе о преносу акција обезбеђују акционарима да утичу на структуру акционарства у друштву.

### а) Уговор о начину гласања (*voting agreement*)

То је уговор којим се уговорне стране обавезују да ће гласати на одређени начин, односно да неће гласати, или гласати против одређене одлуке. За уговараче постоји правна обавеза, те је посреди правна санкција у случају непоштовања уговорне одредбе.

*Model Business Corporation Act* познаје две врсте клаузула у уговорима акционара о начину гласања. Прва варијанта односи се на „класични“ уговор о гласању где се акционари обавезују да гласају на одређени начин. Два или више акционара могу уговором предвидети начин на који ће гласати.<sup>84</sup>

Таква врста споразума најчешће садржи означавање да одредбе уговора важе и примењују се до његовог престанка (раскидом, или другим уговором одређеним начином престанка, иступањем једног или више акционара, и сл.) на свим седницама скупштине, било редовним или ванредним. Потом се у овом уговору наводи обавеза акционара да присуствује седницама ради обезбеђења кворума неопходног за доношење одлуке. Таква обавеза постоји не само када је у питању редовна седница, него и поновљена седница скупштине. Осим тога одређена је и општа обавеза гласања у складу са налозима контролног акционара у свим случајевима, осим код појединих питања када је неопходна посебна сагласност контролног акционара. У зависним друштвима ак-

84 *Model Business Corporation Act*, пар. 7.31.

ционари – уговорници су обавезни да гласају у складу са препорукама одбора директора.

Уколико не постоји један доминантни акционар онда се мора одлучити о начину доношења одлуке међу акционарима. Најчешће ће то бити једногласно. Ипак, уколико сам уговор не садржи већину неопходну за доношење одлуке прибегава се тумачењу. Треба имати у виду да уговор акционара има правну природу уговора о ортаклуку. Према правним правилима Српског грађанског законика којима је уведен грађански ортаклук у наше право, ортаци се имају саветовати, и што висина гласова одсуди оно ће остати.<sup>85</sup> Преднацрт новог Грађанског законика Републике каже да се „одлуке ортака доносе сагласношћу свих ортака“.<sup>86</sup> Преднацрт каже и да када је уговор предвиђено одлуке се могу донети већином гласова, при чему се већина рачуна по броју ортака.<sup>87</sup> Ипак, обзиром да је предмет обавезе овде компанијскоправног карактера, те да се у самој скупштини акционара гласа по капиталу, а не по главама, основано је прихватити да се код уговора акционара гласа по капиталу. Управо је висина капитала овде кључна за одређење заједничког интереса. Стога би се обична већина гласова по капиталу могла узети као претпоставка до супротног одређења у уговору.

Ако акционар не поступи по уговору и гласа противно његовим одредбама, глас акционара није ништав, а одлука скупштине донета противно уговору акционара је пуноважна. Повреда обавезе садржане у уговору акционара није правни основ за побијање одлуке скупштине акционара.<sup>88</sup> Уговор којим се акционар обавезује да гласа према наредбама компаније, одбора директора или надзорног одбора, или матичног друштва је ништав.<sup>89</sup> Уговор којим се акционар обавезује да гласа према одговарајућим предлозима одбора директора или надзорног одбора је такође ништав,<sup>90</sup> премда је глас дат по основу ништавог уговора правоваљан.<sup>91</sup> Насупрот томе, енглески *common law* систем не познаје било какве рестрикције у законским нормама, али активност енглеских судова, за разлику од наших „нејаких Уроша“,<sup>92</sup> формулисала је различите ограде у конкретним уговорима акционара.

85 СГЗ, пар. 732.

86 Преднацрт СГЗ, чл. 840, ст. 1. Значи ли то да неки од ортака може бити сагласан да други донесу одлуку, тј. да он не учествује у доношењу одлуке? Другачије би било да су аутори текста написали да се одлука доноси једногласношћу.

87 Преднацрт СГЗ, чл. 840, ст. 2.

88 S. Gomtsian, *нав. дело*, стр. 119.

89 Немачки *Stock Corporation Act*, пар. 136, ст. 2.

90 *Ibid.*

91 Види M. Roth, *нав. дело*, стр. 7.

92 Како професор др М. Васиљевић сликовито у једном чланку назива српске судове.

Друга врста клаузуле је „*voting trust*“. Код ове клаузуле повереник постаје власник акција, али се он обавезује да ће гласати у одређеном правцу. Један или више акционара могу створити *voting trust*, дајући поверенику право да гласа или врши друге радње за њих, закључујући уговор којим се утврђују одредбе о повереништву (који може да садржи све што је у складу са његовом сврхом) и преносећи акције са њих на повереника.<sup>93</sup> Повереник доставља акционарском друштву листу акционара са назнаком њихових имена и копију закљученог уговора, а уговор може да се извршава пошто компанија региструје повереника као вршиоца права означених акција. Такав уговор је законом ограниченог трајања на десет година, с тим да се може продужити за још десет.<sup>94</sup> У нас, у случају примене *voting trust* могао би да настане проблем са правилом да су преносива само имовинска права из акције. Права која акционару дају акције одређене класе, *осим њихових гласа*, могу се слободно преносити.<sup>95</sup> Успостављањем односа повереништва на повереника се, у првом реду, преноси право гласа, а факултативно и вршење других права из акције.

Овде ћемо се осврнути на један институт познат у *common law* пословној пракси под називом позајмљивање хартија од вредности.<sup>96</sup> Наиме, за разлику од српског права које забрањује пренос права гласа одвојено од осталих права из акције, енглеско право о томе нема речи. Ипак, како је сам пренос права гласа независно од осталих права из акције сам по себи контроверзан, у Енглеској се развио горе поминути уговор. У себи садржи две одвојене продаје. Прва продаја ступа на снагу када „зајмопримац“ купује акцију од „зајмодавца“, а друга се дешава када се продате („позајмљене акције“) враћају „зајмодавцу“.<sup>97</sup> Инвеститори немају интерес за капиталну добит од купопродаје акција већ да путем ових уговора купују акције непосредно пред скупштину акционара, искористе право гласа, и продају „назад“ претходном акционару. Суштински се не преноси право својине на акцији, али формално пренос се обавља два пута. Време када ће бити извршена прва продаја мора да претходи дану акционара, општем институту савременог европског компанијског права, јер уговор извршен после дана акционара не преноси на стицаоца и право гласа у скупштини.<sup>98</sup> Сматрамо да

93 *Model Business Corporation Act*, пар. 7.30, ст. а.

94 *Model Business Corporation Act*, пар. 7.30.

95 ЗОПД, чл. 261, ст. 4.

96 Обратити пажњу на чл. 58, ст. 1, тач. 2. Закона о тржишту капитала и ЗОПД, чл. 261, ст. 4.

97 P. Miliuskas, *нав. дело*, стр. 123. Иначе, сам назив уговора је неадекватан, пошто се целокупна конструкција састоји из две купопродаје, а не зајма.

98 ЗОПД, чл. 331, ст. 3.

је оваква конструкција артифицијелна, јер Закон о тржишту капитала каже „уколико је такав посао у складу са законом“,<sup>99</sup> а Закон о привредним друштвима да се права из акције „осим права гласа, могу слободно преносити“.<sup>100</sup>

### 1) Санкције за злоупотребу права гласа

Поједина права директно прописују санкцију за кршење оваквих слобода. То ће се десити онда када је гласање учињено противно интересима друштва. Тако свако ко захтева посебне погодности или захтева њихово обећање или прихвата такве посебне погодности као противнакнаду за гласање или уздржавање од гласања на прописани начин у скупштини акционара или посебној скупштини биће крив за прекршај.<sup>101</sup> Лице које понуди, обећа или да посебне погодности као накнаду другој особи за гласање или уздржавање од гласања на прописан начин у скупштини или посебној скупштини акционара биће крив за прекршај.<sup>102</sup> Додатно такви уговори су немачком праву ништави.<sup>103</sup> Енглески судови су нашли да нпр. већински акционар (или акционари који имају контролу путем уговора акционара) не може да користе гласачка право тако да повређују интересе мањинских акционара и компаније.<sup>104</sup>

Сматрамо да би се до истог закључка доћи у српском праву. Основ је недопуштен када је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.<sup>105</sup> Ако основ не постоји или је недопуштен, уговор је ништав.<sup>106</sup> ЗОПД прописује прекршај када неко понуди или да новчану накнаду или другу корист: 1. акционару јавног акционарског друштва у циљу прибављања пуномоћја за гласање на скупштини тог друштва; 2. за то да неко на скупштини јавног акционарског друштва гласа или не гласа на одређени начин.<sup>107</sup>

### б) Уговори о располагању акцијама

Друга важна врста акционарских уговора су уговори о располагању акцијама. Напоменимо да по правилу клаузуле о располагању акцијама

99 ЗОТК, чл. 58, ст. 1, тач. 2.

100 ЗОПД, чл. 261, ст. 4.

101 Види немачки *Stock Corporation Act*, чл. 405(3)(6).

102 Немачки *Stock Corporation Act*, чл. 405(3)(7).

103 Сходно одредби пар. 134 Немачког грађанског законика.

104 Види Р. Miliauskas, *нав. дело*, стр. 122.

105 ЗОО, чл. 51, ст. 2.

106 ЗОО, чл. 52.

107 ЗОПД, чл. 587, ст. 1, тач. 2.

долазе заједно са онима о гласању у скупштини. Оне регулишу питање решавања спорова међу акционарима, односно уласка и изласка из друштва. То су клаузуле у различитим формама: право првог одбијања, право прве понуде, правила „Руског рулета“,<sup>108</sup> споразумна ограничења, потпуна забрана располагања одређено време, итд.<sup>109</sup> Цитирани аутор наводи да су код оваквих клаузула битна два принципа: 1. да су ограничења располагања правом допуштена уз постојање „разумног циља“, с тим да би суд дугорочна или непоштена ограничења прогласио ништавним; 2. овакве клаузуле и уговори делују према трећим лицима, ако су она за оваква ограничења знала. Исти став треба применити у нашем праву, а изузетак од релативности облигације када су трећа лица несавесна.

Ближе ћемо описати неколико карактеристичних клаузула о располагању акцијама које се односе превасходно на контролу уласка и изласка из друштва и решавање озбиљних сукоба у друштву.

### 1) Право прече куповине<sup>110</sup>

Основна одредба о могућности располагања акцијама у уговору акционара је право прече куповине. Она спречава да трећа лица уђу у власничке структуре једне компаније и одржава легитимни интерес акционара да опстане постојећа власничка структура, по правилу она која је била на дан закључења уговора.

Акционар се обавезује да ће када буде намеравао да располаже акцијама прво учинити понуду за куповину акционарима са којима је закључио уговор. У понуди треба да буде наведена цена и други услови преноса акција. Понуђени акционари могу прихватити понуду (*per capita*) или је одбити. При томе, уколико одбију акционар – понуђач слободан је да понуди акције трећим лицима, али не под повољнијим условима од оних из понуде.

Постоји још један механизам, а то је када понуда за куповину акција стиже од трећег лица. Тада понуђени акционар, у случају да намерава да прода своје акције, треба да упуту понуду акционарима са којима је закључио уговор са клаузулом права прече куповине и то у свему према условима из њему учињене понуде. Понуђени акционари могу прихватити понуду или је одбити, а у случају да је одбију акционар који је учинио понуду слободан је да прода своје акције трећем лицу, али не под повољнијим условима из понуде. За разлику од првог случаја

108 Када су акционари у сукобу, један од њих шаље понуду да купи акције других који су са њим у сукобу или да прода своје, такође, онима са којима је у сукобу.

109 М. Ventoruzzo, *нав. дело*, стр. 4.

110 У енглеској терминологији *right of first refusal*.

где акционар саставља понуду, овде понуда стиже од стране трећег лица, а акционар је исту прослеђује својим сауговорачима.

## 2) Шотган клаузула (*Shotgun Clause*)

Шотган клаузула је специфична *buy-sell* одредба у уговорима акционара. Она обезбеђује начин решавања спора у случају озбиљнијег сукоба међу акционарима. Сврха је да се обезбеди олакшан излазак из друштва у случају дубљих неслагања акционара. Шотган клаузула не регулише посебно располагање поседованим акцијама, већ само начин изласка из друштва.

Механизам дејства ове клаузуле је следећи. Уносећи је у уговор, акционари стичу право да у случају озбиљног сукоба акције других акционара понуде за куповину или да продају своје акције другим акционарима (*per capita*) по цени коју сами одреде по акцији. Понуђени акционари имају алтернативу, или да прихвате понуду или да је одбију. Међутим, уколико одбију понуду да откупе акције понуђача, онда су обавезни да њему продају своје акције по истој цени која је била у понуди. И супротно, уколико одбију да продају своје акције, онда су обавезни да купе акције понуђача по цени наведеној у продаји.

## 3) Клаузула принудне куповине (*Drag-along Clause*)

У ситуацијама када већински акционар жели да прода своје своје акције трећем лицу (инвеститору), у интересу му је да обезбеди да ће и мали акционари продати своје акције у истом поступку преузимања. Пошто интерес инвеститора може да буде да има комплетно власништво без икаквог учешћа малих акционара, а да при том не досегне законом прописани праг принудне куповине акција,<sup>111</sup> већински акционар ће већ приликом закључења уговора обезбедити обавезну продају акција малих акционара.

То значи да понуда за преузимање акција већинског акционара мора да обухвати и понуду за куповину свих акција акционара из уговора акционара. Акције малих акционара купују се по истој цени и условима као и пакет акција већинског акционара.

## 4) Клаузула принудне продаје (*Tag-along Clause*)

Идеја се и овде заснива на тежњи за преузимањем акционарског друштва. Другим речима, већински акционар продаје своје акције трећем лицу, при чему су из пакета изузети мали акционари. Пошто инвеститор нема законом прописани праг капитал учешћа да би мали

111 У нашем праву 90%, види ЗОПД чл. 515.

акционари остварили своје право принудне продаје,<sup>112</sup> уговара се *tag-along* клаузула.

Овим механизмом се већински акционар обавезује да ће у случају продаје свог пакета акција у продају истовремено укључити, по истој цени и условима, акције малих акционара. На тај начин мали акционари се штите од непријатељског преузимања. Ова клаузула због тога више погодује мањинским акционарима, за разлику од претходне која више погодује трећем лицу – инвеститору.

## V Закључак

Уговор акционара у српској пословној пракси тек треба да добије своје обресе. Развој акционарства у Србији пратиће и развој овог уговора. Уговор акционара има за циљ да обезбеди неометано функционисање акционарског друштва, заједничко гласање у скупштини, контролу менаџмента компаније, остваривање дугорочне заједничке пословне политике, контролу власничке структуре и решавање сукоба међу акционарима.

Уговор закључују акционари истог друштва међусобно и њиме регулишу своје међусобне односе у вези са друштвом. Ипак, треба привратити да и чланови органа управљања могу бити стране уговорнице, уколико је предмет уговора регулисање „међусобних односа у вези са друштвом“. Уговор закључују физичка или правна лица, уговор може да се закључи преко пуномоћника, а такође и преко депозитне банке. Депозитна банка закључује уговор у складу са инструкцијама својих клијената, у њиховом интересу и за њихов рачун.

Пошто је ЗОПД у једном члану регулисао уговор чланова друштва и посебне навео сваки уговор за свако привредно друштво, уговор се закључује у писаној форми. Закон не садржи ограничења у погледу трајања уговора, нити посебне специфичности форме. Напоменули смо да је захтев за писменом формом претеран када су у питању други уговори чланова друштва, изузев уговора акционара.

Уговор садржи правила о обавезном начину гласања, при чему се компанија не сме лишити својих законских и статутарних овлашћења. Уговор о начину гласања може на обавезати на гласање по свим питањима, или по тачно одређеним, и то на неодређено или одређено време. Што се тиче клаузула о располагању акцијама оне превасходно имају за циљ контролу уласка и изласка из друштва, решавање сукоба интереса међу уговорницима и ограничења слободног располагања акцијама.

112 Види ЗОПД, чл. 522.



**Stefan JOVIČIĆ**

Student at the Faculty of Law University of Belgrade

## SHAREHOLDERS' AGREEMENTS – CONTRACTUAL AND CORPORATE ASPECTS

### Summary

*Shareholders' agreements are agreements by which shareholders regulate their own relations about the company. Those relations are not regulated by the law and if they are the law recognizes contracting parties to regulate them. They describe tendency of contractualization of corporate law. Shareholders' agreements are efficient instruments for resolving issues such as corporate governance, disposal of shares, and resolving disputes among shareholders.*

*In this paper we will describe the basic characteristics of shareholders' agreements, paying attention to poor legislation in this matter. Firstly, we will write about contracting parties, then type of agreement's form, and duty to disclose agreement over the acquisition prescribed threshold of share capital. In the end we discuss the subject and contents of the agreement, and clauses about voting in shareholders' meeting and clauses of disposal of shares.*

**Key words:** *agreement, shareholders' agreement, shareholders, contracting parties, form of contract, shareholders' meeting, disposal of shares.*

---

# УГОВОР О РАДУ

---

Др Љубинка КОВАЧЕВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

## ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ УПУЋИВАЊА ПОНУДЕ ЗА ИЗМЕНУ ЕЛЕМЕНАТА УГОВОРА О РАДУ, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПРЕМЕСТАЈ ЗАПОСЛЕНОГ\*

### Резиме

Правила облигационе права која доушטיјају измену уговора због промењених околности примењују се и у области радног права, али уз њихова неопходна прилагодњавања особеној природи уговора о раду и обезбеђивање заштитне зајослености, као слабије (економски зависне и правно одређене) стране уговора. Изменом уговора о раду се, при том, могу смањити само трајне измене његових битних елемената, док се измена услова рада која се не тиче битних елемената уговора смањена изразом послодавчеве власти са чијим је вршењем зајослени сагласан од моментна закључења уговора. Измена услова уговора о раду има предности у односу на отказ, иако да радни однос неће престати ако зајослени пристаје на правичну измену одређених услова уговора. Зајослени који одбије понуду за закључење анекса може захтевати примену неизмењеног уговора, док послодавац може да се сложи са тим захтевом, али може и да задржи своју понуду и зајосленом да отказ. Према су радноправна правила о измени уговора о раду битно друшачија од одговарајућих правила облигационе права, иако радноправних стручњака привлаче и алтернативни предлози који су учињени у Другој књизи Преднацрта грађанског законика Републике Србије, у погледу раскида или измене уговора због промењених околности.

\* Рад је написан у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

У раду су размoйрене йравне йоследице уйућивања йонуде за закључење анекса ујовора о раду, док су у оквиру йосебних йојлавља обраћени кључни аспекти йремешјаја зайосленoй на дрући йосао или у друћо месту рада. Посебна йажња у йој анализи йосвећена је случајевима којима је својствен ризик од злоуйоћребе инстийиућа йремешјаја (неoйраничено йроширивање садржине околности у којима је дойушћен йривремени йремешјај; йремешјај на слабије йлаћени йосао йосле коришћења одсустива са рада збој йрудноће и йороћаја; oйраничавање йрава на йошћовање йорoдичној живoћи збој йремешјаја у друћо месту рада).

**Кључне речи:** йтрајне облиације, бийни елементи ујовора о раду, услови рада, йремешјај зайосленoй, oйказ ујовора о раду, ризик дискриминације.

## I Утицај промењених околности на обавезе страна уговора о раду

Послодавац организује, стандардизује и синхронизује рад запослених, у складу са захтевима поделе рада, снижавања трошкова и делoтворног коришћења средстава за рад. То претпоставља и доношење бројних одлука, од којих се многе тичу питања која не могу бити унапред позната. Послодавац, отуд, има йраво да конйинуирано уйравља радом зайослених посредством издавања налога и упутстава која треба да обезбеде најбољу могућу организацију рада, као и коришћење способности запослених у најбољем интересу одређене радне средине.<sup>1</sup> Овом послодавчевом праву корелативна је обавеза запосленог да му стави на располагање своје радне способности. Та обавеза је, у великој мери, неодређена, будући да уговором о раду нису (нити могу бити) прецизно утврђени сви радни задаци који ће бити поверени одређеном лицу. Уместо тога, обавезе запосленог оквирно дефинишу његове професионалне способности и посао (радно место) за који је засновао радни однос, због чега послодавац, у начелу, не може издавати налоге и упутства који не одговарају способностима запосленог. У тренутку закључења уговора о раду није, дакле, могуће предвидети све детаље извршавања престације рада, нити унапред утврдити тачан развој предвиђених активности.<sup>2</sup> То,

1 Paul Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1947, стр. 429.

2 Frank Vischer, „Le contrat de travail“, у: Max Gutzwiller *et al.* (sous la direction de), *Traité de droit privé suisse*, volume VII, tome I/2, Éditions universitaires, Fribourg, 1982, стр. 67.

даље, значи да природа уговора о раду условљава *и́рајности́ обавеза за-йослено́и и йослодавца́*, тј. да се испуњење обавеза ових субјеката простира у времену, због чега на њих могу утицати различите околности. Због неких од тих околности, испуњавање обавеза једне стране може бити отежано, нпр. ако би, због тешкоћа са којима се суочава на тржишту, задржавање досадашњег начина исплате зараде нанело послодавцу претерано велики губитак, или су се околности које постоје у одређеној радној средини толико измениле да би наставак рада запосленог на уговореном послу или у постојећем месту рада суочио послодавца са губицима које он не би могао да поднесе.

Са друге стране, начело *pacta sunt servanda* поставља пред стране уговора о раду захтев да уговор извршавају онако како он гласи. Строго удовољавање том захтеву могло би произвести неправичне последице, баш као што је и могућност страна да се у сваком случају позивају на околности због којих уговор више не одговара очекивањима која су имале приликом његовог закључења скопчана са ризиком нарушавања уговорне дисциплине и поверења у обавезујућу снагу уговора. У области радног права се, отуд, примењују правила облигационог права која допуштају измену уговора због промењених околности, наравно, уз неопходна прилагођавања ових правила особеној природи уговора о раду.<sup>3</sup> Измена услова уговора о раду, притом, има предност у односу на отказ овог уговора, тако да радни однос неће престати ако друга страна пристане на правичну измену одређених услова уговора. У том смислу се може констатовати да институт измене уговора о раду доприноси успостављању равнотеже између уговора и околности које су наступиле по његовом закључењу, а које могу бити економске, организационе,

3 Један од основних, историјски посматрано, и првих, циљева радног права представља заштита запосленог као слабије стране радног односа, односно спречавање злоупотреба управљачких, нормативних и дисциплинских овлашћења послодавца. У другој половини XIX века је, наиме, ускраћена беспоговорна подршка идеји да се радни однос заснива између равноправних субјеката и афирмисана је идеја о правној субординацији као битном елементу уговора о раду, што је имало за последицу ограничавање предмета радног права на зависни и подређени рад за другог. То, даље, значи да класично уговорно право није могло да одговори на специфичне потребе у свету рада, нити да обезбеди заштиту личности, физичког интегритета и достојанства радника. Таква заштита није била могућа без државне интервенције и усвајања закона којима би подручје слободе уговорања било ограничено. Тај, показаће се, бесповратни, талас државног интервенционизма био је довољно снажан да „раствори“ грађанскоправна начела и концепције на којима је до тада почивало уређивање радних односа, не заобишавши ни материју измене уговора о раду, премда је она „дошла на ред“ да буде уређена много касније, тек пошто су ограничени најизразитији облици експлоатације радника. Више о овом питању видети у: Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене и́ранице*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 42–68.

технолошке или друге природе.<sup>4</sup> Право измене уговора о раду, притом, припада свакој уговорној страни и до ње може доћи само уз изричиту сагласност стране којој је понуда упућена.<sup>5</sup> Ово правило произлази из начела слободе уговорања и аутономије воље, као и из начела слободе рада, тј. из гаранције права на рад и добровољности (заснивања) радног односа, будући да то битно обележје радног односа подразумева да правни основ мутације може настати само на начин којим су одређени услови рада сваког запосленог – дакле, сагласношћу воља субјеката радног односа.<sup>6</sup> Премда су радноправна правила о измени уговора о раду суштински другачија од одговарајућих правила облигационог права, пажњу радноправних стручњака привлаче и нова решења, заправо, алтернативни предлози који су учињени у Преднацрту грађанског законика Републике Србије у погледу раскида или измене уговора због промењених околности.<sup>7</sup>

## II Измена елемената (условâ) уговора о раду

Будући да сагласност изјављених воља чини први и најважнији елемент уговора,<sup>8</sup> *conditio sine qua non* за измену основних обавеза из уговора о раду представља, управо, сагласност запосленог и послодавца. Основне обавезе се, притом, тичу, извршавања престације рада под влашћу послодавца и исплате зараде, тј. повереног посла и износа зараде и начина њене исплате. Оне се уговарају приликом заснивања радног односа, када за запосленог и послодавца добијају снагу закона. Реч је, дакле, о битним елементима (условима) уговора о раду, који су нужни за постојање овог уговора и одређују његову суштину.

У законодавству и судској пракси неких држава, измена уговора о раду уређује се и штити у светлу разлике која се уочава између измена

4 Georges Rouhette, „La révision conventionnelle du contrat“, *Revue internationale de droit comparé*, бр. 2/1986, стр. 371–372.

5 Слободан К. Перовић, *Облигационо право. Књига прва*, 7. издање, Службени лист СФРЈ, Београд, 1990, стр. 157.

6 Тинтић, у том смислу, с правом, закључује да пристанак запосленог не обележава само постанак радног односа, већ и утврђивање садржине битних елемената уговора о раду, а, пре свега, посла на којем ће запослени радити, и то најмање у значењу да против воље запосленог не може доћи до промене услова уговора о раду, или, ако до тога и дође, то неће имати ефекта. Nikola Tintić, *Radno i socijalno право. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1972, стр. 220 и 254.

7 Комисија за израду грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије – Преднацрт, Друга књига: Облигациони односи*, Генерални секретаријат Владе Републике Србије, Београд, 2009, чл. 145–148.

8 Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд, 1993, стр. 142.

уговора о раду, са једне стране, и измена услова рада, са друге стране. Тако је за *измену уговора о раду* неопходна заједничка воља уговорних страна, за разлику од *измене услова рада*, која може бити извршена на основу једностране одлуке послодавца. У потоњем случају, ради се, заправо, о изменама које су неопходне за нормално, редовно извршавање уговора о раду, будући да је реч о синалагматичном уговору са трајним извршењем обавеза и да правна субординација представља његово битно обележје.<sup>9</sup> У том смислу се и измена услова рада која се не тиче битних елемената уговора о раду сматра изразом послодавчеве власти са чијим је вршењем запослени сагласан од момента закључења уговора. То, даље, има за последицу да се измене услова рада којима прибегава послодавац не сматрају изменом, већ извршавањем, уговора о раду. Запослени који одбије да ради у новим условима не извршава своје радне обавезе, за шта може бити и дисциплински кажњен, наравно, ако су услови рада измењени у *доброј вери*.<sup>10</sup>

За разлику од измене услова рада, која се „намеће“ запосленом, постоје и измене елемената уговора о раду које се сматрају изменом самог уговора и захтевају сагласност запосленог.<sup>11</sup> Иако у пракси није увек једноставно повући иоле прецизну линију разграничења између промене услова рада и измене уговора о раду, у јуриспруденцији француског Касационог суда афирмисан је став да је измена уговора о раду (фр. *modification du contrat de travail*) резервисана само за измену оних елемената који чине „чврсто језгро“ уговора, а то су личност послодавца, зарада, место рада (тј. географски сектор рада), радно време, посао, као и организација рада.<sup>12</sup> Измене свих осталих елемената уговора о раду могу се квалификовати као промене услова рада (фр. *changement des /dans les/ conditions de travail*), што значи да основни критеријум за квалификацију измене уговора о раду, односно услова рада, представља *йредмеџи* измене. У том смислу и измена уговора за коју је неопходна сагласност запосленог постоји само онда када се мењају „основне обавезе које чине ‘уговорни оквир’ радног односа“.<sup>13</sup> Поред критеријума који се тиче предмета измене, у француској судској пракси се, с правом, као критеријум за квалификацију измене уговора о раду, користи и критеријум *йрајносџи*. У том смислу се изменом уговора могу сматрати само *йрајне* измене *њејових* *бијњих* елемената. И супротно, изменом уговора о раду не треба сматрати привремени премештај запосленог на

9 Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, 5<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris, 2006, стр. 423-424.

10 Arnaud Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, Paris, 2005, стр. 131.

11 A. Mazeaud, *нав. гело*, стр. 423-424.

12 Christophe Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, L.G.D.J., Paris, 1997, стр. 80.

13 *Ibid.*

други посао, који одговара његовим радним способностима или било коју другу неопходну измену услова извршавања уговора о раду која је краткотрајна или повремена.<sup>14</sup>

Српски законодавац не прави термилошку разлику између измене уговора о раду, која је допуштена само на основу заједничке воље уговорних страна, и једностране измене уговорених услова рада. Уместо тога, у тексту Закона о раду, равноправно се користе изрази „измена уговора о раду“, „измена уговорених услова рада“ и „анекс уговора о раду“.<sup>15</sup> Ипак, чињеница да су законом непосредно утврђени разлози за измену уговорених услова рада показује да, и поред тога што не прави одговарајућа термилошка појашњења и прецизирања, српски законодавац познаје разлику између измене уговора и измене услова рада. Тако се и разлози за измену уговора који су изричито набројани у Закону, заправо, тичу битних елемената уговора – посла, зараде и места рада. Овим случајевима додаје се и један особени разлог за измену уговора, који се тиче упућивања запосленог на рад код другог послодавца, као и остваривања права запосленог за чијим је радом престала потреба, док се уговором о раду, колективним уговором или правилником о раду могу утврдити и други разлози за истицање понуде за закључење анекса. Ипак, неприхватање послодавчеве понуде за измену уговора о раду, у складу са одредбама Закона о раду, може представљати разлог за отказ само у пет случајева: ако је понуда учињена ради премештаја на други посао, премештаја у друго место рада, упућивања на рад код другог послодавца, остваривања права која запослени има као вишак (премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, рад са непуним радним временом и друге мере за запошљавање), као и ради промене елемената за утврђивање основне зараде, радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и других примања запосленог.<sup>16</sup>

### III Упућивање понуде за измену уговора о раду

Понуду за закључење анекса уговора о раду могу учинити обе стране. Она, заправо, представља изјаву о условима под којима једна страна пристаје да закључи анекс, уз овлашћење понуђене стране да одлучи да ли хоће да закључи анекс или не. Запослени ређе чини понуду за закључење анекса и то ће, по правилу, бити онда када је унапреддио

14 *Ibid.*

15 Закон о раду – ЗР (Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14), део XV.

16 ЗР, чл. 179, ст. 5, тач. 2.

своје вештине и друге радне способности које му омогућавају приступ вишим, односно боље плаћеним, пословима. Осим тога, запослени може предложити и промену места рада због потребе да боље усклади своје приватне и професионалне обавезе, наравно, ако послодавац има погоне или друге просторије и у том другом (географском) месту. Ни у једном од ових случајева, послодавац није дужан да прихвати понуду запосленог, због чега и не чини повреду права запосленог ако, нпр. не прихвати његову понуду за премештај на други посао због накнадног стицања вишег степена стручне спреме.<sup>17</sup> Југословенски судови су заузели и став да послодавац, поводом иницијативе запосленог за промену посла, не може да га премести на било који други посао, већ само на онај посао који је запослени предложио.<sup>18</sup> Интересантно је уочити да је одредбама новеле Закона о раду од 2014. године изричито предвиђено да се у случају закључивања анекса уговора о раду на иницијативу запосленог не примењују правила која се тичу обавезе достављања писаног обавештења о разлозима за упућивање понуде за закључење анекса, чак и када је реч о истим оним разлозима који би, да је понуду за закључење анекса упутио послодавац запосленом, захтевали достављање писаног обавештења (нпр. прелазак са пуног на непуно радно време).<sup>19</sup>

Иницијатива за закључење анекса редовно долази од послодавца, посебно ако се имају у виду његова настојања да искористи предности флексибилног уређивања услова рада – од радног времена (непуно радно време, флексибилан распоред радног времена и др.) и места рада (географска мобилност запослених), преко примања по основу рада (бонуси, награде за допринос пословном успеху предузећа и сл.),

17 Пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 3356/1963, нав. према N. Tintiћ, *нав. дело*, стр. 257. Стицањем вишег степена стручне спреме или унапређењем других радних способности, запослени аутоматски не стиче право да буде премештен на посао који заузима више место у класификацији послова код послодавца, будући да се премештај на друге послове чини према потребама и могућностима послодавца. У судској пракси судова удруженог рада, ово правило било је дерогирано у случају да је запослени унапредио своје радне способности зато што га је послодавац упутио на доквалификацију: „основна организација је дужна да распореди радника на одговарајуће послове, када га је, планирајући потребу за кадровима у складу са својим технолошким развојем, упутила на дошколовавање у циљу оспособљавања за обављање послова нове технологије. Међутим, ако постоји објективна немогућност одговарајућег распоређивања, с обзиром да нова технологија још није уведена, онда је радник дужан да прихвати распоред на своје раније послове“. Одлука Суда удруженог рада Србије, бр. 2033/77, од 5. децембра 1977. године, нав. према: Зоран Ивошевић (ур.), *Зборник судске љаксе 1975–1985*, Суд удруженог рада Србије, Београд, 1985, стр. 245.

18 Пресуда Врховног суда Србије, Гзз 26/68, од 22. априла 1968. Нав. према: N. Tintiћ, *нав. дело*, стр. 257–258.

19 ЗР, чл. 172а, ст. 3.



до додељивања радних задатака.<sup>20</sup> Премда се сваки од ових примера не тиче измене услова уговора, ваља имати у виду да је сагласност за-посленог неопходна за измену и онда када послодавчева понуда значи побољшање одређених услова уговора (нпр. повећање износа зараде). У том смислу се може закључити да је право да одбије послодавчеву понуду за измену уговора о раду – *айсолујно йраво зайосленој*, које он може остварити и ако су предложене измене минималне или за њега повољније.<sup>21</sup>

Послодавчева понуда, притом, мора садржати прецизно опреде-љене разлоге за измену уговора о раду,<sup>22</sup> као и рок у којем запослени може да се изјасни о (не)прихватању понуде. Послодавац је, такође, дужан и да одговори на евентуалне захтеве запосленог за појашњењем учињене понуде, због чега се, примера ради, у судској пракси Социјалног одељења француског Касационог суда сматра да понуда није прецизно образложена ако се у њој наводи да је измена неопходна због „доброг функционисања предузећа“.<sup>23</sup> И супротно, јасно образложеном понудом треба сматрати ону у којој је наведено да је измена уговора потребна због „економских тешкоћа, технолошких промена или реорганизације предузећа која је нужна за очување његове конкурентности“.<sup>24</sup>

Поред разлога, у понуди за закључење анекса мора бити одређен и рок у којем запослени може да одговори на понуду. У том року, послода-вац не може захтевати од запосленог да ради под новим условима који су наведени у понуди, будући да понуђена страна има последњу реч у настајању анекса. Како у тренутку упућивања понуде за послодавца није настала обавеза која чини садржину предложене измене, он је дужан да током периода у којем запослени треба да се изјасни о понуди обезбеди запосленом обављање уговореног посла. Ако то не учини, дуговаће накнаду штете коју запослени због тога претрпи,<sup>25</sup> односно накнаду за-

20 Christian Bessy, *La contractualisation de la relation de travail*, L.G.D.J., Paris, 2007, стр. 97–119.

21 Ch. Radé, *нав. дело*, стр. 81.

22 „Незаконит је анекс уговора о раду који се достави запосленом на потпис без претходно учињене понуде за закључење уговора о раду под измењеним условима и који не садржи разлоге за такву одлуку“. Пресуда Врховног касационог суда, Рев2. 1379/2013, од 18. децембра 2013. године, *нав. према: Зоран Лазих et al., Водич за йрмену Закона о раду*, 2. издање, Paragraf Co/Paragraf Lex, Београд – Нови Сад, 2014, стр. 68.

23 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 14 mai 1994, *нав. према: Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, Droit du travail*, 27<sup>e</sup> edition, Dalloz, Paris, 2013, стр. 638.

24 *Ibid.*

25 J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *нав. дело*, стр. 638.

раде као у случају тзв. принудног одмора. Обавеза исплате ове накнаде неће, међутим, постојати, ако током периода у којем је требало да се изјасни о послодавчевој понуди, запослени одбије да обавља послове за које је (изворно) закључио уговор о раду.<sup>26</sup>

#### IV (Не)прихватање понуде за измену уговора о раду

Измена уговора о раду се изводи посредством додатка постојећем уговору. Он постаје саставни део уговора, уз замену уговорних одредаба које се односе на елементе о чијој је промени постигнута сагласност. Анекс је закључен оног тренутка када понуђена страна *изричито и недвосмислено* да позитиван одговор на учињену понуду.<sup>27</sup> Наш законодавац, притом, утврђује дужност запосленог да се изјасни о послодавчевој понуди, а *ћушању зайосленој* признаје улогу неприхватања послодавчеве понуде, будући да се сматра да је запослени одбио понуду анекса ако га не потпише у одређеном року.<sup>28</sup> Ова фикција важи у *свим* случајевима у којима послодавац може да предложи запосленом измену уговора о раду.

Уколико је *понуду учинио зайослени*, он може да настави са радом под претходно уговореним условима, а, ако је тиме незадовољан, може да откаже уговор. Послодавац који не прихвати понуду за измену уговора не може имати оправдани разлог да запосленом да отказ због саме чињенице да је он учинио понуду за закључење анекса, наравно, под условом да запослени, по учињеној понуди, не одбија да ради под условима који су утврђени уговором о раду.<sup>29</sup>

26 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 22 mars 1978, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 227, нав. према: J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, нав. *дело*, стр. 638, фн. 3.

27 У том смислу, посебно је интересантна пресуда Врховног суда Србије у којој је потврђено да запослени није одбио да ради на радном месту пословође, ако је рад на том новом радном месту условљен премештајем дотадашњег пословође и других радника у продавници који су „за кратко време направили велики мањак“. Суд је, наиме, закључио да је услов за прихватање новог радног места био оправдан, будући да је комисијски утврђен пропуст у раду других запослених (илегална продаја цигарета): „држање тужиоца указује да је он са пуном одговорношћу желео да преузме продавнице, а не да је вршио опструкцију према новој радној обавези. Зато и није било основа за доношење одлуке о престанку радног односа због одбијања распореда“. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3329/02, од 5. новембра 1992. године, нав. према Зоран Ивошевић, Боривоје Шундерић, Остоја Милисављевић, *Заштитна права у споровима из радног односа – првих 500 одлука Врховног суда Србије, пракса уставних судова и мишљења министарства за рад, Савремена администрација, Београд, 1994, стр. 109.*

28 ЗР, чл. 172, ст. 1 и 4.

29 J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, нав. *дело*, стр. 639.

Када се у улози *ионуђача налази послодавац*, будућност уговора зависи од тога да ли ће запослени прихватити понуду за закључење анекса или не. Неприхватање послодавчеве понуде озбиљно угрожава сигурност запослења, јер представља оправдани разлог за отказ уговора о раду на иницијативу послодавца. То, даље, значи да запослени, у складу са слободом уговарања, може да одбије понуду за закључење анекса, након чега може захтевати примену неизмењеног уговора, док послодавац може да се сложи са тим захтевом (тј. да повуче своју понуду), али може и да задржи своју понуду и да запосленом да отказ. Одлука послодавца да запосленом који није прихватио понуду за измену уговора не да отказ скопчана је са обавезом да му омогући извршавање престације рада у ранијим условима. Ако, међутим, не жели да запослени настави да ради у првобитним условима, послодавац има на располагању само једну могућност: отказ уговора о раду. Та могућност, наравно, стоји на располагању и запосленом коме послодавац настоји да наметне нове, измењене, услове рада, и поред тога што му је запослени ускратио сагласност за измену уговора.

У једном делу литературе, изражено је становиште да неприхватање послодавчеве понуде за закључење анекса не представља мотив за отказ уговора о раду, већ да је у том случају, мотив за отказ – чињеница због које је уговор измењен (потреба организације и процеса рада, економске, организационе и технолошке промене код послодавца и сл.). У упоредном праву, мотив за измену уговора могу бити и чињенице везане за понашање запосленог, нарочито ако је отказ уследио након његовог одбијања да ради на нижем послу на који је премештен због учињене повреде радне обавезе.<sup>30</sup> Уз потоњи изузетак, отказ уговора о раду који послодавац може дати запосленом у случају неприхватања понуде за измену уговора о раду не може се квалификовати као тзв. дисциплински отказ (отказ из дисциплинских разлога), зато што је одбијање послодавчеве понуде законито, а мотиви за њено истицање нису дисциплинске природе.<sup>31</sup>

## 1. Наметање измене уговора о раду *via facti*

Послодавац који, и поред одбијања запосленог да прихвати понуду за закључење анекса, *via facti* намеће измену уговора о раду чини *иовреду уговора*. У случају тако једнострано измењених услова уговора,

30 *Ibid.*, стр. 638.

31 А. Mazeaud, *нав. дело*, стр. 433. Слично и: Боривоје Живковић, „Отказ због одбијања запосленог да закључи анекс уговора о раду“, *Правни информатор*, бр. 5/2008, стр. 58; Ivica Crnić, *Otkaz ugovora o radu: s iscrpnom sudskom praksom, priložima i abecednim kazalom pojmova*, Organizator, Zagreb, 2013, стр. 220.

запослени није дужан да обавља нове послове, да ради у новом месту рада или у другом новим условима, чак ни привремено, у складу са начелом *Quod non conventum non debetur*.<sup>32</sup> У том смислу, одбијање запосленог да поступи по послодавчевом решењу о премештају не би могло да се квалификује као неоправдани изостанак запосленог са посла, као самовољно напуштање посла или као нека друга повреда радне обавезе. Такође, ваља имати у виду да у овом случају, запослени може да откаже уговор о раду. Такав *о̄тказ се може приписати послодавцу*, уз право запосленог на заштиту која му припада у случају незаконитог отказа. Ово стога што радни однос тада не престаје кривицом запосленог, већ зато што је послодавац једнострано изменио услове уговора преместивши запосленог, против његове воље, на други посао или у друго место рада. Стога би било прихватљивије да послодавац који је једностраном одлуком преместио запосленог на други посао или у друго место рада – раскине радни однос (отказом због смањења обима посла или другог оправданог разлога, након што запослени изричито изјави да не пристаје да ради на другом послу или у другом месту рада). За време отказног рока, запослени има право да обавља посао на којем је радио до премештаја, односно да настави са радом у дотадашњем месту рада.

## V Премештај запосленог

За разлику од Закона о раду од 2001. године, чијим одредбама нису биле непосредно утврђене промењене околности због којих је послодавац могао да понуди запосленом измену уговора о раду,<sup>33</sup> важећи истоимени закон прецизно утврђује више случајева у којима је то могуће. То битно допринио успостављању правне сигурности, премда законодавац не утврђује *numerus clausus* тих разлога, већ њихов индикативни списак, док уговором о раду, колективним уговором или правилником о раду могу бити утврђени и други разлози за упућивање понуде за закључење анекса.<sup>34</sup> То, даље, значи да је, уз пристанак запосленог, промена елемената уговора о раду увек могућа, ако није супротна когентној правној норми, јер у потоњем случају не вреди правило да се не наноси неправда ономе ко на њу пристаје (*Volenti non fit iniuria*).<sup>35</sup>

32 N. Tintić, *нав. дело*, стр. 272–273.

33 У овом закону нису били коришћени изрази „измена уговора о раду“, „измена услова уговора о раду“ или „анекс уговора о раду“, већ се законодавац одлучио за израз „закључивање уговора о раду под измењеним условима“. Послодавац је, притом, могао да понуди запосленом закључење уговора под измењеним условима „само из оправданог разлога“. Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 70/2001 и 73/2001), чл. 103, ст. 1–2.

34 ЗР, чл. 171, ст. 1, тач. 6.

35 N. Tintić, *нав. дело*, стр. 254.

Један од најзначајнијих повода у којима се запосленом може упутити понуда за закључење анекса јесте премештај запосленог. Наш законодавац приписује појму премештаја широко значење, те се тако могу квалификовати акти којима се запослени премешта на други посао или из једног у друго место рада. У оба случаја, премештај уноси промене у постојећи распоред рада не би ли се задовољиле нове потребе организације рада или процеса рада, обезбедило правилније коришћење средстава рада или на други начин унапредили интереси радне средине. То, даље, подразумева да је недопуштен премештај до кога долази у циљу шиканирања запосленог или из других разлога који би значили злоупотребу права, будући да тада не постоје стварне потребе процеса рада, нити други објективно утврђени разлози који се тичу захтева послова због којих је неопходно променити услове уговора.<sup>36</sup> Уместо тога, у овим случајевима, премештај на други посао или у друго место рада има за циљ стављање запосленог у неповољније услове рада, најчешће како би се на њега извршио притисак да сам иницира престанак радног односа, иако шикана може задобити и облик прорачунатог премештања запосленог на посао за који је извесно да ће у скоријем периоду бити укинут.<sup>37</sup>

## 1. Премештај на други посао

Будући да значајно утиче на права, обавезе и одговорности из радног односа, али и на његов приватни и породични живот, посао који ће запослени обављати може бити само ствар његовог и послодавчевог споразума. У уговору о раду се, отуд, мора навести посао који ће запослени обављати, јер је то једина гаранција да је запослени упознат са својом радном функцијом.<sup>38</sup> Одређени посао, притом, мора бити уна-

36 *Ibid.*, стр. 240.

37 *Ibid.*, стр. 265.

38 *Ibid.*, стр. 220. Одредбама Директиве Савета 91/533/ЕЕЗ (Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship, *Official Journal* L 288, 18.10.1991, стр. 32–35) потврђено је право запосленог да, на основу писаног документа, буде обавештен о свим „основним аспектима“ уговора који закључује са послодавцем, укључујући и назив, степен, природу или категорију посла и кратак опис посла (чл. 2, ст. 2, тач. с). Како све што важи за уговор о раду мора важити и за његову измену, послодавац је, у складу са одредбама ове директиве, дужан да писаним путем обавести запосленог о свим променама наведених основних аспеката уговора. Свака од тих измена мора бити предмет писаног документа који је послодавац дужан да преда запосленом најраније што може, али не касније од месец дана од датума ступања на снагу одређене измене, уз изузетак измена закона, подзаконских аката или колективних уговора на које се позива уговор о раду (чл. 5). Из ових одредаба Директиве произлази и обавеза послодавца да запосленом до-

пред утврђен правилником о организацији и систематизацији послова, јер би другачије решење отворило могућност за арбитарно одлучивање и друге злоупотребе послодавчевих овлашћења. Ово тим пре што се наведеним правилником обавезно утврђују и посебни услови за заснивање радног односа, како би се омогућило запошљавање лица са способностима и својствима која *стварно* омогућавају правилно и квалитетно обављање послова за које се закључује уговор о раду. Осим тога, послодавац је обавезан да, по закључењу уговора, распореди запосленог на одговарајући посао у складу са правилником и од њега може да захтева обављање само оних радних задатака који одговарају способностима које су биле утврђене као услов за заснивање радног односа приликом закључивања уговора. Те способности и својства морају постојати на страни запосленог не само у тренутку заснивања радног односа, већ и за време његовог трајања, будући да радни однос престаје ако настану сметње због којих он не би ни могао бити заснован, да су постојале у време закључивања уговора. Истовремено, запослени не може да одбије извршавање захтеване престације ако она одговара његовим способностима, ризикујући да, у супротном, учини повреду радне обавезе. Постојање ове повреде радне обавезе претпоставља, међутим, испитивање више чињеница, почевши од оправданости послодавчевог налога. Ово питање постаје нарочито деликатно ако се послодавчев налог односи на обављање радних задатака који не спадају у опис посла за који је запослени закључио уговор.<sup>39</sup> Такође, ваља имати у виду да је у судској пракси неких држава, једнострано премештај на други посао изједначаван са једностраним раскидом радног односа од стране послодавца. Судови су, наиме, сматрали да послодавац који је изменио овај битан елемент уговора без пристанка запосленог, раскида радни однос, уз обавезу да запосленом (који своје неслагање са изменом доказује одбијањем да ради на новом послу) накнади штету за време колико у том случају траје отказни рок.<sup>40</sup> Са друге стране, ваља имати у виду да

---

стави писану понуду за измену уговора о раду и разлоге за упућивање те понуде, као што предвиђа и наш законодавац.

39 О томе, примера ради, сведочи и предмет из аустралијске судске праксе, који се тичао отказа уговора о раду који је једна велика адвокатска канцеларија дала рецепционерки због тога што је одбила да обавља и послове прања судова и припремања напитака и хране. Суд је, с правом, закључио да, у овом случају, није постојао ваљани отказни разлог, будући да задаци чије је обављање запослена одбила нису чинили саставни део њених уговорених радних дужности, а послодавац јој није упутио понуду за измену уговора о раду. *Lipoi v. Phillips Fox* (1996). Нав. према: Anna Chapman *et al.*, *Valid reasons for termination of employment*, Working Paper No. 12, University of Melbourne – Centre for Employment and Labour Relations Law, Melbourne, 1997, стр. 17.

40 N. Tintiћ, *нав. дело*, стр. 249, фн. 19.

у изузетним случајевима, послодавац може имати оправдани разлог да захтева од запосленог да, поред уговореног посла, обавља и одређене радне задатке који нису обухваћени уговором, ако запослени поседује способности за њихово обављање, због чега таква измена описа посла не прелази границе послодавчевог *ius variandi*.<sup>41</sup> То је потврђено и у судској пракси француских судова који сматрају да нема измене уговора ако послодавац не мења обим одговорности и запосленог нити излази из његових квалификација.<sup>42</sup> У том смислу, изменом уговора о раду не треба сматрати ни послодавчев захтев да запослени обавља задатке који су повезани са задацима које запослени редовно обавља, као и задатке чија је природа иста као и природа задатка које запослени редовно обавља.<sup>43</sup> И, супротно, понудом за измену уговора о раду требало би сматрати захтев за обављањем оне врсте задатака који се отворено разликују од задатака које запослени уобичајено обавља и који им нису придружени.<sup>44</sup> Такође, у француској судској пракси је афирмисан став да се једностраном одлуком послодавца може мењати и интензијетет

41 Тако је, примера ради, Радни суд у Лијежу закључио да се не може квалификовати као злоупотреба послодавчеве власти отпуштања – отказ који је послодавац дао запосленом зато што је одбио да, на послодавчев захтев, привремено обавља део задатака који се састоје у чишћењу трпезаријског пода и тоалета, а што је било неопходно јер је запосленом који до тада обављао ове послове престао радни однос. Суд је заузео став да одбијање налога који се тиче обављања задатака за које је дневно потребно мање од 90 минута представља повреду радне обавезе, тим пре што је уговором о раду који је отпуштени запослени закључио са послодавцем било утврђено да ће он прихватити активност која одговара његовим професионалним способностима сваки пут када за тим буде постојала потреба предузећа, док је правилником о раду било потврђено да „послодавац задржава право да привремено премести запосленог на други посао, како би осигурао добро функционисање предузећа“. Cour du travail de Liège du 2 avril 2003, Rôle général, n° 29.837/01, нав. према: Vivane Vannes, Laurent Dear, *La rupture abusive du contrat de travail – Théorie et applications*, Bruylant, Bruxelles, 2010, стр. 197–198.

42 J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, нав. дело, стр. 616.

43 Тако, примера ради, *ius variandi* послодавца обухвата његово право да од пољо-привредног радника који је задужен за брање лимуна захтева обављање посла који се састоји у паковању банаана (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 10 mai 1999, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 791), односно да од запослене која обавља кућне послове у становима сувласника захтева и чишћење њихових заједничких просторија (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 24 avril 2001, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 128). Наведено према: J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, нав. дело, стр. 618.

44 У том смислу, одбијање ноћног чувара запосленог у ресторану да поставља столове за доручак гостију не може представљати ваљани разлог за отказ уговора о раду. Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 24 janvier 2001, *Revue de jurisprudence sociale* (F. Lefebvre), 2001, n° 563, J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, нав. дело, стр. 618.

*радних задатака*, нпр. убрзање ритма рада, повећање квантитета рада, те скраћивање периода за обављање задатака, што се све разуме као последица добровољног пристанка запосленог да се подређује управљачкој власти послодавца.<sup>45</sup>

Послодавцу не припада слобода једностраног премештаја запосленог на други посао, јер би другачије решење имало за последицу једнострану квалитативну и/или квантитативну (нпр. у погледу захтева посла и дужине радног времена) измену дуговане престације рада, чиме би била елиминисана сразмерност између рада и висине зараде.<sup>46</sup> Ипак, у одређеним случајевима, у складу са *обавезом очувања зайослења* и начелом савесности и поштења, може постојати и *дужности* послодавца да запосленом обезбеди други одговарајући посао, тј. да му понуди премештај на други одговарајући посао (фр. *obligation de reclassement*).<sup>47</sup> Обавеза премештаја ће, тако, постојати ако је запослени онемогућен да извршава поверене радне задатке због тога што је дошло до *умањења способости зайосленог за рад на одређеном послу*, услед претрпљене повреде на раду, професионалног обољења или повреде, односно болести које нису професионалне природе. Послодавац је у том случају дужан да запосленом обезбеди обављање послова према преосталој радној способности, док је Законом о раду ова обавеза протегнута и на запослене код којих је било утврђено постојање опасности од настанка инвалидности на одређеним пословима, уз право послодавца да откаже уговор ако запослени не прихвати други посао.<sup>48</sup> Имплицитна обавеза премештаја постоји и ако је надлежни здравствени орган утврдио да је рад на одређеном послу за време трудноће опасан по здравље запослене и плода (нпр. због ноћног рада), с тим што је у овом случају реч о привременом премештају за који није потребно закључење анекса (будући да му недостаје елемент трајности).

Интересантно је уочити да у упоредном праву, поред случаја ограничења способности запосленог за рад, обавеза премештаја постоји и ако су тешкоће за извршење уговорених престација наступиле због промена у привредном окружењу. Обавеза премештаја се тада уводи као саставни део отпуштања због потреба послодавца, будући да он може запосленом дати *оштак због економског разлога* само ако није било могућности за премештај на други посао.<sup>49</sup> Ово правило добија особе-

45 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 20 octobre 2010, J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *нав. дело*, стр. 618.

46 N. Tintić, *нав. дело*, стр. 251.

47 A. Martinon, *нав. дело*, стр. 117.

48 ЗР, чл. 101–102.

49 A. Martinon, *нав. дело*, стр. 119.



ни вид у случају *колективної оційушїања*, јер је тада послодавац дужан да изради програм решавања вишка запослених, којим су обавезно обухваћене и мере за запошљавање, укључујући меру премештаја на друге послове, што је предвиђено и у српском радном законодавству.<sup>50</sup>

*а) Услови доушїеностїи йремешїаја*

Српски законодавац допушта премештај запосленог на други посао ако су испуњена два услова: а) да захтеви новог посла одговарају врсти и степену стручне спреме запосленог, у погледу потребних радних способности; б) да је промена посла потребна због процеса и организације рада.<sup>51</sup> У погледу првог услова, не треба губити из вида то да сваком запосленом мора бити омогућено да учествује у процесу рада према својим радним способностима, вештинама и умећима, што је значајно за добро функционисање радне средине, али и за добробит самог запосленог, због могућности да користи своје способности и остварује зараду према резултатима рада. Правило да запослени може бити ангажован само за обављање посла који одговара његовој радној способности нарочито подразумева да се запослени распоређује на посао који одговара његовој стручној спреми. Премештај на други посао је, стога, ограничен захтевом да је реч о *'одговарајућем йослу'*, тј. послу који одговара стручној спреми запосленог. Он може заузимати више или ниже место у класификацији послова код послодавца, све док је за његово обављање потребна стручна спрема коју има запослени у питању.<sup>52</sup> То, коначно, значи да без свог изричитог пристанка, запослени не може бити распоређен на посао за који се захтева нижи степен стручне спреме од оног који он има, док би рад на послу за који се захтева виши степен стручне спреме од његовог, у сваком случају, био недопуштен, јер би, у супротном, било угрожено уредно и сигурно обављање послова у одређеној радној средини.

Када је, пак, реч о другом услову, он подразумева да потреба за премештајем мора бити *објективно заснована*, тј. да премештај на други посао мора бити мотивисан објективним разлозима, које законодавац

50 ЗР, чл. 155, ст. 1, тач. 5.

51 ЗР, чл. 171, ст. 1, тач. 1.

52 То, даље, значи да повреда законских правила о измени уговора о раду постоји онда „када послодавац покуша да запосленог распореди на радно место које није адекватно његовом знању, школској спреми и способностима. Уколико запослени такву понуду (анекс) не прихвати, има право да оспорава његову законитост у поступку за поништај решења о престанку радног односа“. Пресуда Врховног касационог суда Рев 2. 1517/2013, од 10. априла 2014. године, нав. према: 3. Лазић *et al.*, нав. *дело*, стр. 68.

означава генеричким појмом *‘иоџребе ѝроцеса и орџанизације рада’*. У том смислу, треба сматрати да послодавац има објективне разлоге за истицање понуде за закључење анекса онда када је премештај на други посао неопходан због задовољавања захтева радног процеса или техничког и технолошког напретка, нпр. зато што је одређени посао доступан (упражњен) или је уведен нови посао који запослени може да успешно обавља, или, пак, постоји потреба за побољшањем квалификационе структуре запослених, нпр. због увођења нових специјализација. Исто вреди и за друге објективне захтеве који се тичу процеса рада или стварних кадровских, финансијских и других потреба одређене радне средине. До премештаја на други посао може доћи и због подстицања запослених на остваривање бољих резултата рада или због омогућавања напредовања у каријери, будући да повећање степена стручне спреме запосленог може имати за последицу његов премештај на други посао, на захтев запосленог или уз његов пристанак. У сваком случају, до премештаја може доћи само ако је потреба за таквом променом *нейри-сѝрасно и сѝварно* утврђена.

У изузетним случајевима, послодавац може да *ѝривремено ѝремесѝи зайосленоѝ на друѝи ѝосао*, без обавезе упућивања понуде за закључење анекса. До јула 2014. године, таква могућност није била изричито предвиђена Законом о раду, премда се и ово решење могло тумачити на начин да је привремени премештај допуштен у случају наступања изузетних околности које захтевају неодољан привремени премештај запосленог, под условом да за то постоји његова сагласност. Реч је о случајевима *краѝкоѝрајноѝ ѝремешѝаја*, који траје док постоје изузетне околности због којих је он неопходан, нпр. ако предстоји опасност од поплаве или хаварије или је дошло до пожара, земљотреса или изненадног квара на средствима за рад или до прекида рада због несреће на послу због које је неопходна хитна замена повређеног запосленог. Запослени тада обавља други посао онолико колико је неопходно да се отклони дејство више силе, односно да се спасу људски животи или спречи наступање штете, уз право запосленог да се врати на ранији посао.<sup>53</sup>

Будући да је могућност привременог премештаја скопчана са ризиком злоупотребе, посебно када је реч о *неоѝраниченом ѝроширивању ѝојма више силе*, тј. околности у којима је привремени премештај допуштен, спречавању ових злоупотреба доприноси *ѝравна одређеносѝ изузетѝних околносѝи у којима је ѝривремени ѝремешѝај доѝушѝен*.<sup>54</sup>

53 Одлука Суда удруженог рада Србије, бр. 14/77, од 21. априла 1977. године, нав. према: Joško Perlain, „Neka pitanja u vezi rasporeda radnika u radnom odnosu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XXVI, 1978, стр. 145.

54 N. Tintić, нав. *дело*, стр. 252.

Ти изузеци могу бити утврђени у закону, колективном уговору или једностраним општим актима послодавца, с тим што ограничавању послодавчевих овлашћења у вези са привременим премештајем значајно доприноси и одређивање максималне дужине рада запосленог на другом послу (као и у случају прековременог рада). Потоње ограничење уведено је у домаће законодавство последњом новелом Закона о раду и то за случај да је „потребно да се одређени посао изврши без одлагања“, када „запослени може бити привремено премештен на друге одговарајуће послове на основу решења, без понуде анекса уговора [...], најдуже 45 радних дана у периоду од 12 месеци“.<sup>55</sup> Законодавац је, међутим, пропустио да наведе индикативну листу околности у којима се може сматрати да постоји потреба да се одређени посао изврши без одлагања, због чега остаје нада да ће социјални партнери разумети значај првог ограничења. Осим тога, злоупотребе послодавчевих овлашћења могу спречити и одредбе извора аутономног радног права којима би била утврђена надлежност за одлучивање о краткотрајном премештају запосленог на други посао. Са друге стране, треба похвалити одредбу Закона о раду којом се штити економска сигурност запосленог за време привременог премештаја, будући да је законодавац предвидео да запослени задржава основну зараду утврђену за посао са кога се премешта, ако је то за њега повољније.<sup>56</sup>

*б) Премештај на други посао и ризик дискриминације запосленог*

Институт премештаја запосленог на други посао повезан је са израженим ризиком дискриминације, и то, нарочито у погледу посредне дискриминације због породичних дужности. Овај ризик, прецизније, подразумева премештај запосленог који је користио одсуство због трудноће и порођаја на нижи, слабије плаћени посао. Таква промена може имати за последицу и нижу основну зараду, губитак одређених погодности, као и ограничавање права запосленог на напредовање, чиме се запослени са породичним дужностима удаљавају од тржишта рада. Будући да право на одсуство ради неге детета редовно користе жене, овакво поступање послодавца продубљује неједнакости између мушкараца и жена у области радних односа, нарочито у погледу напредовања на раду и рада на вишим пословима, који су редовно теже доступни женама. Исто вреди и за остваривање права на зараду и примену начела једнаког награђивања мушкараца и жена за исти рад, због ризика плаћања на штету жена у поређењу са запосленима мушког пола, који се, између осталог, може објаснити и неспроведеном прерасподелом по-

55 ЗР, чл. 172а, ст. 1.

56 ЗР, чл. 172а, ст. 2.

родичних улога.<sup>57</sup> Због ових разлога, питање дискриминације запослених са породичним дужностима у вези са њиховим *временским* након коришћења *права на породично одсуство и одсуство са рада ради неге деце* има велики друштвени значај. То је потврђено и у одредбама Закона о равноправности полова које забрањују да се одсуство са посла због трудноће и родитељства разуме као сметња за напредовање или основ за распоређивање на неодговарајуће послове.<sup>58</sup> Наш законодавац утврђује ову забрану у складу са стандардима садржаним у конвенцијама Уједињених нација и Међународне организације рада,<sup>59</sup> које женама пружају посебну заштиту због нарочитог физичког и психичког стања за време трудноће, као и због потребе да им се обезбеди несметано испуњавање материнске улоге.

Поред посебне заштите улоге материнства, забрана дискриминације запослених са породичним дужностима обухвата и заштиту од ризика да се, због околности које настају због репродуктивне функције, према њима поступа неповољније него према другим запосленима.<sup>60</sup> Потоњи захтев претпоставља забрану отпуштања за време породичног одсуства, као и забрану премештаја на други, слабије плаћени посао по повратку са породичног одсуства или одсуства са рада ради неге детета, јер је такав премештај неретко мотивисан настојањем да се запослена присили да сама откаже уговор о раду. Осим тога, друге запослене могу разумети „деградацију“ њихове колегинице и као „упозорење“ да не користе одсуство са рада ради неге детета или, барем не, у пуном трајању. То може бити штетно по њихово здравље и добробит њихове деце, будући да је посебна заштита након трудноће усмерена и на заштиту од нарушавања нарочитог односа који се развија између мајке и детета вишеструким тешкоћама које оптерећују запослену у случају повратка на рад непосредно након порођаја.<sup>61</sup> Ово тим пре што није искључено да

57 Весна Николић-Ристановић *et al.*, *Дискриминација жена на временском раду у Србији*, Виктимолошко друштво Србије/Прометеј, Београд, 2012, стр. 43, 48-51 и 53-56.

58 Закон о равноправности полова (*Службени гласник РС*, бр. 104/09), чл. 16.

59 Видети: Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81), чл. 11, ст. 2, тач. б); Конвенција Међународне организације рада бр. 183 о заштити материнства (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/10), чл. 8, ст. 2; Конвенција Међународне организације рада број 156 о једнакој могућности за раднике и раднице са породичним обавезама (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/87), чл. 7.

60 International Labour Organization, *Maternity protection resource package: From aspiration to reality for all. Part two – Employment protection and non-discrimination*, International Labour Office, Geneva, 2012, стр. 2.

61 Пресуда Европског суда правде у предмету C-184/1983 (*Ulrich Hofmann v. Barmer Ersatzkasse*), од 12. јула 1984. године (*European Court Reports*, 1984, стр. 3047), ст. 25.

би код неких запослених, сазнање за дискриминаторску праксу послодавца могло утицати и на одлагање реализације материнске улоге, а код појединих запослених које су трудне чак и на разматрање одлуке о прекиду трудноће.<sup>62</sup> Стога запослена, по завршетку породилског одсуства или одсуства са рада ради неге детета мора бити поново интегрисана у посао на којем је претходно радила, док јој премештај на други посао може бити предложен само ако ранији посао више није доступан: „по повратку са породилског одсуства организација (послодавац) дужна је да омогући радници рад на пословима које је радила пре одсуства, осим у случају када су ти послови укинута“.<sup>63</sup>

Коришћење одсуства због порођаја и трудноће не сме произвести никакву негативну последицу ни у односу на зараду одсутног запосленог,<sup>64</sup> због чега гаранција заштите запослења запослених који користе породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета подразумева и право запосленог да се по истеку одсуства врати на исти или еквивалентни посао за који ће бити једнако плаћен. У основи гаранције *права на повратак на исти или једнако плаћени посао* налази се, наиме, идеја да коришћење одсуства, само по себи, не сме представљати главни критеријум за промену услова рада, већ одсуство због трудноће и порођаја мора производити исте последице као и сваки други прекид рада који је скопчан са суспензијом основних права и обавеза из радног односа.<sup>65</sup> Гаранција права на повратак на исти или једнако плаћени посао, притом, претпоставља реинтеграцију запосленог, чак и ако је послодавац извршио измене у организацији послова због одсуства запосленог, укључујући премештај другог запосленог на посао одсутног запосленог. Послодавац је, штавише, дужан да, и у случају престанка потребе за обављањем одређеног посла, понуди запосленом закључивање уговора о раду за обављање другог одговарајућег послу и то у условима рада који не смеју бити неповољнији, као што то изричито предвиђа радно

62 То је потврђено у више пресуда Европског суда правде: у пресуди у предмету C-32/93 (*Carole Louise Webb v. EMO Air Cargo /UK/ Ltd.*), од 14. јула 1994. године (*European Court reports* 1994, стр. I-3567), ст. 21; пресуди у предмету C-394/96 (*Mary Brown v. Rentokil Initial UK Limited*), од 30. јуна 1998. године (*European Court reports* 1998, стр. I-4185), ст. 18; пресуди у предмету C-109/00 (*Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark /HKI/*), од 4. октобра 2001. године (*European Court reports* 1994, стр. I-6993), ст. 26; пресуди у предмету C-460/06 (*Nadine Paquay v. Société d'architectes Hoet + Minne SPRL*), од 11. октобра 2007. године (*European Court reports*, 2007, стр. I-08511), ст. 30.

63 Одлука Суда удруженог рада Србије, бр. 2655/84, нав. према: Драгољуб Симоновић, *Радноправна чланица. Књига прва*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 349.

64 J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, нав. *гело*, стр. 369.

65 International Labour Organization, *Maternity protection resource package*, нав. *гело*, стр. 11.

законодавство неких држава (нпр. Хрватске).<sup>66</sup> То, коначно, значи да се, чак, и онда када се предузима зато што то захтевају потребе процеса рада, премештај са једног на други посао не сме вршити на штету премештеног запосленог: „ако није доказана објективна потреба процеса рада, очито је разлог премештаја зла воља или самовоља појединца [...], дакле, све оно што премештај чини недопустивим и ништавим“.<sup>67</sup>

## 2. Премештај у друго место рада

Присуство запосленог на месту рада према утврђеном распореду радног времена неопходан је услов за делотворно вршење послодавчевих управљачких и других овлашћења. Запослени, стога, извршава престацију рада само на месту које је унапред одређено као место рада, а које се дефинише као свако место на којем се обављају послови за послодавца и које је, у том смислу, доступно запосленима. Појам места рада, дакле, суштински одређују три елемента: а) намена; б) доступност запосленима; в) могућност послодавчеве контроле. Поред ових трију елемената, према неким ауторима, појам места рада обухвата још један елемент: елемент географске (просторне) одређености. Присуство овог елемента у дефиницији места рада подразумева да је простор послодавчеве власти географски дефинисан. Премда је у највећем броју случајева, указивање на овој елемент оправдано, његову поузданост доводе у питање случајеви у којима он не може бити прецизно одређен (нпр. рад на даљину или обављање послова који подразумевају сталну географску мобилност запосленог).

Место рада као елемент уговора о раду може бити измењено само уз сагласност запосленог, с тим што премештајем у друго место рада не треба сматрати случајеве рада запосленог ван седишта послодавца, ако је делатност послодавца таква да се *послови и радни задаци уобичајено врше ван седишта послодавца* (нпр. грађевински радови на отвореном,

66 Zakon o radu (*Narodne novine*, бр. 93/14), чл. 36, ст. 2.

67 N. Tintić, *нав. дело*, стр. 240 и 279. Таква пракса послодаваца супротна је и општем интересу за јачање пронаталитетне политике и омогућавање лакшег усклађивања породичног и професионалног живота, које треба да допринесе равноправности оба родитеља на тржишту рада и њиховом уравнотеженом учешћу у подизању и васпитавању деце. Ово тим пре што законске одредбе којима је право на одсуство са рада ради неге детета учињено доступним родитељима оба пола неретко остају само „мртво слово на хартији“, јер главни терет породичних обавеза и дужности и даље пада на мајке, што производи негативне последице на могућност жена за запошљавање и очување запослења. Eugenia Caracciolo di Torella, „New labour, new dads: The impact of family friendly legislation on fathers“, *Industrial Law Journal*, бр. 3/2007, стр. 320–322.

монтажни радови на терену, рад у саобраћају и сл.).<sup>68</sup> У литератури, такође, постоји и мишљење да се премештајем у друго место рада не може сматрати ни премештај из једне у другу радну јединицу у географски истом месту рада, премда овај став донекле релативизује то што оне могу бити различито удаљене.<sup>69</sup>

Премештај запосленог у друго место рада може бити допуштен само ако послодавац има погоне, одсеке, секторе, одељења или друге јединице у географски различитим местима. Тај захтев уважен је и у одредбама Закона о раду, којима је премештај ограничен следећим условима: „1) ако је делатност послодавца такве природе да се рад обавља у местима ван седишта послодавца, односно његовог организационог дела; 2) ако је удаљеност од места у коме запослени ради до места у које се премешта на рад мања од 50 km и ако је организован редован превоз који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада.“<sup>70</sup>

Законодавац, с правом, поставља строге границе премештаја, спречавајући злоупотребе послодавчевих овлашћења које би, у овом случају, могле да угрозе и приватни и породични живот запосленог, с тим што те захтеве, у извесној мери, релативизује могућност да запослени, уз свој пристанак, буде премештен у друго место рада и ван наведених случајева.<sup>71</sup> Притом, ваља имати у виду да је законодавац утврдио само основна правила за премештај у друго место рада, препуштајући социјалним партнерима да општим актима уреде детаљнија правила.

### *а) Клаузула географске мобилности*

Место рада представља битан елемент уговора о раду за чију је измену неопходна сагласност обеју уговорних страна, с тим што оне у уговор могу унети и *клаузулу географске мобилности*. Њеним уношењем у уговор се, наиме, предвиђа да ће запослени обављати посао унутар

68 Тако је, примера ради, у словеначкој судској пракси забележено да је погрешно ставиште да је за сваку промену места рада потребно закључити нови уговор, ако у уговору о раду није тачно одређена локација обављања рада, већ је предвиђено да ће се рад обављати на *више локација*. Како у предметном случају, у уговору није било тачно одређено место рада, закључено је да је запослена неоправдано одбила да ради на другој локацији, што представља разлог за ванредни отказ уговора о раду (Sklep VS RS VIII Ips 85/2006, z dne 26.9.2006, z vezi s sodbo VDSS Pdp 1245/2004, z dne 18.11.2005). Нав. према Marta Klampfer, „Sprememba ali sklenitev nove pogodbe o zaposlitvi zaradi spremenjenih okoliščin“, у: Darja Senčur Peček, Nataša Belovalovič, Miran Kalčič (red.), *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana, 2008, стр. 221.

69 N. Tintić, *нав. дело*, стр. 267.

70 ЗР, чл. 173, ст. 1.

71 ЗР, чл. 173, ст. 2.

једног ширег географског сектора, уз право послодавца да захтева од запосленог да ради на било ком месту унутар тог подручја. Реч је, дакле, о случају у којем запослени *a priori* прихвата да ради тамо где то жели друга уговорна страна.<sup>72</sup> Ово стога што се уговором о раду прецизно утврђује подручје у којем запослени редовно извршава престацију рада, уз овлашћење послодавца да једнострано измени место рада, под условом да оно остане у оквиру истог (уговореног) географског сектора.<sup>73</sup> Примена клаузуле мобилности не претпоставља, дакле, измену уговора у сваком случају промене места рада, али само под условом да се одговарајуће промене не предузимају са циљем да се нашкоди запосленом, већ у интересу предузећа. То има за последицу немогућност послодавца да једнострано одређује ново место рада ван уговореног географског сектора или ван ограничења предвиђених клаузулом о географској мобилности. Француска судска пракса сматра да се од овог правила може одступити ако је неопходно да запослени обави одређени задатак ван географског сектора у којем редовно обавља поверени посао. Овај изузетак ће, притом, бити допуштен под условом да се одређени радни задатак обавља у интересу предузећа, да је његово обављање неопходно због изузетних околности које су наступиле и да је запослени унапред (у једном разумном року) обавештен о привременој природи и предвидљивом трајању тог задатка.<sup>74</sup>

Крајње особен начин одређивања места рада уводи и мађарско радно право, будући да је новим Закоником о раду напуштено традиционално решење да место рада мора бити утврђено уговором о раду. Уместо тога, уговорне стране могу одредити место рада, али могу и закључити уговор без прецизирања овог елемента, када се, у складу са одредбама Законика о раду, сматра да уговор о раду садржи имплицитну (прећутну) клаузулу да је као место рада уговорено „уобичајено место рада“.<sup>75</sup> У литератури се, с правом, указује да тај вид флексибилизације услова рада није усклађен са одредбама Директиве Савета 91/533/ЕЕЗ, а ту констатацију прати и упозорење о ризику озбиљне повреде права запосленог и начела правне сигурности. Ово стога што запослени који ради на тако схваћеном месту рада има обавезу да обавља поверени посао у дословно *свим* радним јединицама послодавца (нпр. у свим про-

72 Ch. Radé, *нав. дело*, стр. 72.

73 *Ibid.*, стр. 71 и 81.

74 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 3 février 2010, Ch. Radé, *нав. дело*, стр. 72.

75 Csilla Kollonay-Lehoczky, „Une ‘troisième voie’ en droit du travail? Un panorama du nouveau Code du travail hongrois: Entre un libéralisme extrême et des réminiscences de l’économie planifiée centralisée“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, бр. 2/2012, стр. 81.



давницама једног ланца продавница), будући да се послодавцу признаје безмало неограничена могућност да премешта запосленог у друга географска места, укључујући и она врло удаљена и то без обавезе исплате накнаде за време које запослени проведе у путу (и за колико је краће његово време одмора).<sup>76</sup>

б) Прелазак (са рада на „традиционалном“ месту рада)  
на рад на даљину

За разматрање питања промене места рада ваља се осврнути и на *рад на даљину* који се, најопштије посматрано, разуме као редовно обављање посла ван просторија послодавца, с тим што запослени остаје у вези са послодавцем посредством информационе технологије. Запослени, притом, може да буде ангажован за рад на даљину само ако је сагласан да се његов рад организује и извршава на овај начин. Добровољни карактер рада на даљину претпоставља сагласност запосленог како приликом заснивања радног односа, тако и у случају да му послодавац, након закључења уговора о раду, понуди да убудуће ради на даљину. У потоњем случају, прелазак на рад на даљину захтева закључење анекса уговора о раду, при чему одбијање послодавчевог предлога, само по себи, не може представљати оправдани разлог за престанак радног односа.<sup>77</sup>

За правилно и потпуно разумевање добровољности рада на даљину значајно је и питање *реверзибилности избора рада на даљину*, тј. одлуке о раду на даљину у случајевима када он није представљао део иницијалног описа посла. Одредбама Европског оквирног споразума о раду на даљину је, тако, потврђено да запослени који је, након закључења уговора о раду на традиционалном месту рада, пристао да ради на даљину, има право да се, на сопствени или послодавчев захтев, врати на извршавање рада у просторијама послодавца и то на основу индивидуалног или колективног уговора о раду.<sup>78</sup>

76 *Ibid.*, стр. 83.

77 Framework agreement on telework concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002, тач. 3, ст. 1 и 3–4. То правило примењено је у безмало свим европским државама, док специфично решење срећемо у Италији где је општим колективним споразумом предвиђено да одбијање послодавчеве понуде за рад на даљину представља оправдани отказни разлог. Ово само ако је рад на даљину једини начин извршавања одређеног посла, будући да *ratio legis* такве квалификације представља потреба да се проблем вишка запослених у процесу реорганизације послодавца реши њиховим премештањем на сличне послове, чак и ако обављање тих послова захтева рад на даљину. ETUC, UNICE/UEAPME, CEEP, Implementation of the European framework agreement on telework. Report by the European social partners adopted by the Social dialogue committee on 28 June 2006, стр. 18.

78 Framework agreement on telework, тач. 3, ст. 5. Поједини национални колективни споразуми о раду на даљину предвиђају обавезу установљивања тзв. *периода*

в) Промена места рада и право на поштовање  
јуродичној животи

Премештај у друго место рада може проузроковати озбиљне последице по право запосленог да слободно изабере место становања, али и по избор школе коју ће похађати његова деца, могућност његовог супружника за запослење у другом месту, могућност породице да одржава и развија друштвене контакте и сл.<sup>79</sup> Неки правни системи, отуд, ограничавају премештај запосленог у друго географско место захтевом да се *премештајем бијно не појоршавају услови животи зајосленог и његове јородице*. Интересантно је уочити да исти разлози доводе у питање и ограничење слободe избора места становања до којег долази због захтева да запослени станује што је могуће ближе просторијама послодавца. У начелу, то ограничење може бити допуштено само ако је нужно за заштиту легитимних интереса предузећа, а одговарајућа заштита не може да се обезбеди на други начин, који би био мање „инванзиван“ по приватност запосленог.<sup>80</sup>

*прилагођавања* у случају да је запослени премештен да ради на даљину. Тако је, примера ради, одредбама француског Колективног споразума о раду на даљину потврђена могућност страна уговора о раду да иницирају напуштање овог облика организације рада током периода прилагођавања (фр. *période d'adaptation*), уз поштовање унапред утврђеног рока и уз обавезу послодавца да предложи запосленом посао који одговара његовим способностима, а који се обавља у просторијама послодавца (Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 sur le télétravail, чл. 2, ст. 3–4). По истеку периода прилагођавања, запослени може да се врати на рад у послодавчевим просторијама само ако се са својим послодавцем о томе буде споразумео. Са друге стране, према одредбама луксембуршког колективног уговора, стране уговора о раду утврђују период прилагођавања у оквиру рока од три до 12 месеци, током којег имају право да се врате на „класичан“ облик извршавања рада. По истеку овог периода, повратак на рад у послодавчевим просторијама биће могућ само ако су се стране о томе споразумеле, с тим што обавештавање запосленог који ради на даљину представља приоритет у случају да у предузећу постану доступни послови који одговарају његовим способностима (Convention du 15 juillet 2011 relative au régime juridique du télétravail conclue en date du 15 juillet 2011, тач. 5, ст. 1, и тач. 17).

79 Cédric Jacquélet, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, стр. 247.

80 Слично је резоновано и Уставни суд Македоније приликом одлучивања о могућности да се запошљавање лекара и других здравствених радника у сеоским здравственим станицама услови захтевом да станују у седишту станице. Констатовано је да успешан рад сеоске здравствене станице није могућ ако здравствени радник није стално присутан у селу. То је, заједно с природом позива и послова здравствених радника, био одлучујући разлог за оцену да одредбе општег акта Медицинског центра у Прилепу не повређују уставну гаранцију слободe кретања и настањивања. Уставни суд Македоније, Решење У. 350/68, од 13. новембра 1986. године, нав. према: Влајко Брајић (прир.), *Радно право у љракси: Приручник судске љраксе*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1974, стр. 70–71.

## VI Закључак

Пожелевши да доследно оствари уговорну концепцију радног односа, српски законодавац је детаљно уредио питање измене уговора о раду. То је, најпре, укључило напуштање решења из југословенског права, према којем је распоређивање, односно премештај запосленог на друго радно место или у друго место рада вршено једностраном одлуком послодавца, тако да је запослени који би одбио да ради на новом радном месту могао да буде отпуштен, након што послодавчева одлука постаје коначна. Уместо тога, са реafirмацијом уговорне концепције радног односа, уведено је и правило да се оно што је приликом заснивања радног односа могуће правоваљано створити само споразумом странака – у току трајања радног односа може изменити само уз њихов пристанак.<sup>81</sup>

Због заокрета у приступу утицају измењених околности на радни однос, законодавац је пред собом имао задатак да доследно уреди питање измене уговора о раду, уз заштиту запосленог, као слабије стране радног односа. Тај задатак је остварен потврђивањем захтева да се услови уговора о раду могу изменити само из разлога који су унапред утврђени законом, колективним уговором, правилником о раду или вољом уговорних страна. Изменом уговора се, притом, могу сматрати само трајне измене његових битних елемената, док се измена услова рада која се не тиче битних елемената уговора сматра изразом послодавчеве власти са чијим је вршењем запослени сагласан од момента закључења уговора о раду, укључујући и промене радних задатака у којима се не мења обим одговорности запосленог нити се излази из поља његових квалификација. Притом се не сме губити из вида да је право да одбије послодавчеву понуду за измену уговора – апсолутно право запосленог, које он може остварити и ако су предложене измене минималне или за њега повољније. Измена услова уговора има предност у односу на отказ уговора, тако да радни однос неће престати ако друга страна пристане на правичну измену услова уговора. Са друге стране, запослени који одбије понуду за закључење анекса може захтевати примену неизмењеног уговора, док послодавац може да се сложи са тим захтевом, али може и да задржи своју понуду и запосленом да одкаже. Послодавац који, и поред одбијања запосленог да прихвати понуду за закључење анекса, *via facti* намеће измену уговора о раду чини повреду уговора. У случају тако једнострано измењених услова уговора, запослени није дужан да обавља нове послове, да ради у новом месту рада или у другим новим условима.

81 N. Tintić, *нав. дело*, стр. 255.

Отказ уговора о раду због неприхватања послодавчеве понуде за закључење анекса биће ништав ако је она учињена из дискриминаторских мотива. Притом, ваља имати у виду да сваки премештај запосленог или промена других услова уговора не представља дискриминацију. Ово тим пре што, у складу са својим управљачким и нормативним овлашћењима, послодавац има право да, у оквирима постављеним радним законодавством, самостално утврђује унутрашњу организацију предузећа, у складу са околностима које постоје у предузећу и потребама тржишта, односно у складу са потребом да обезбеди јединство процеса рада и пословања предузећа.<sup>82</sup> Ипак, ова послодавчева овлашћења могу бити и злоупотребљена. Тај ризик је нарочито изражен у односу на запослене који користе одсуство са рада због трудноће и порођаја, будући да њихов рад прати опасност од премештаја на нижи посао по повратку са породилског одсуства и, нарочито, са одсуства са рада ради неге детета, као и ризик да коришћење ових права може имати за последицу ограничење права и погодности које се тичу услова рада, нарочито зараде. Поред успостављања дискриминације, институт премештаја може бити злоупотребљен и на низ других начина, попут неограниченог проширивања појма више силе, тј. околности у којима је допуштен привремени премештај. Исто вреди и за прорачунати премештај запосленог на посао за који је извесно да ће у скоријем периоду бити укинут, као и за друге случајеве премештаја који послодавац предлаже у циљу шиканирања запосленог, односно његовог стављања у неповољније услове рада. Ризик злоупотребе премештаја, притом, постаје посебно озбиљан ако се има у виду да је запослени суочен са *економским њришиском* да прихвати послодавчеву понуду за измену уговора, будући да је алтернатива таквом исходу губитак запослења и ризик (неретко дуготрајне) незапослености.<sup>83</sup> Стога се може закључити да се пред законодавцем и социјалним партнерима налази задатак да стварају правила о измени уговора о раду која ће уважити обавезујућу снагу уговора и допринети успостављању равнотеже између интереса предузећа и управљачке власти послодавца, са једне стране, и потребе за заштитом запосленог као слабије стране радног односа, са друге стране.

82 Андреј Фримерман, *Системајизација њослова и радних задатака*, Привредна штампа, Београд, 1981, стр. 1.

83 Jean Rivero, Jean Savatier, *Droit du travail*, PUF, Paris, 1956, стр. 330. Тако и А. Martinon, *нав. дело*, стр. 132-133.

**Ljubinka KOVAČEVIĆ, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

## **LEGAL CONSEQUENCES OF REFERRING AN OFFER TO AMEND ELEMENTS OF AN EMPLOYMENT CONTRACT WITH A FOCUS ON EMPLOYEE RELOCATION OR TRANSFER TO ANOTHER JOB**

### **Summary**

*In labour law, the rules of the contract law that allow modifications due to changed circumstances are applied, alongside necessary adjustments to these rules to fit the particular nature of the employment contract. Although the rules on employment contract modification in the labour law differ from the corresponding rules in the contract law, what grabbed the attention of the experts were the new solutions proposed in the Second Volume of the Preliminary Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, regarding termination and modification of contract due to changed circumstances (art. 145–148). This paper has examined the legal consequences of referring an offer for an annex to an employment contract. Specific chapters deal with the key aspects of employee transfers to another job or to a different (geographic) place of work. The analysis identifies cases where the amendments to an employment contract had a significant risk for misuse of transfers, such as unlimited expanding of circumstances where temporary transfer is allowed, and also transfer of employees to lower level jobs and lower paid jobs, especially upon their return from maternity leave.*

*It is pointed out that attempts of the Serbian legislator to establish a contractual concept of employment relationship have resulted, amongst other things, in regulation of issues regarding amendments of employment contract, with appropriate protection provided for weaker party in employment relationship. Only permanent modifications of the essential elements of the contract shall be considered employment contract modifications, while modifications of the working conditions outside of the essential elements of the contract shall be considered an expression of employer's *ius variandi*. Modification of employment contract terms take precedence over its termination, meaning that the employment relationship will not be terminated if an employee agrees to a fair modification of the terms. On the other hand, an employee who rejects an offer, may require application of the unmodified contract, and the employer can agree with that request (i.e. enable work under previous conditions), or keep*

*the offer and dismiss the employee. An employer, who, despite the refusal of the employee to accept the offer, via facti imposes the modification of the contract, is in breach of the contract and an employee is not obliged to perform new tasks or to work in a new place of work.*

**Key words:** *permanent obligations, essential elements of employment contract, working conditions, employee transfer to another job, relocation to a different place of work, dismissal, risk of discrimination.*

Др *Велисав* МАРКОВИЋ  
ванредни професор Пословног факултета, Ваљево  
Универзитета Сингидунум, Београд

## ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА УГОВОРА О РАДУ

### Резиме

*Изменама Закона о раду из 2014. године учињене су битне промене у праву зајослених на враћање на рад и накнаду штете збој незаконитој ојказа уговора о раду. Овим изменама положеј зајослених је битно појоршан а послодавац је прилично привилејован.*

*У раду аутор, користићећи теорију и судску праксу, ујоредно правна решења и место Закона о раду у правном систему, анализира одредбе о правним последицама незаконитој ојказа уговора о раду од стране послодавца указујући на сјорна правна питања. Такође, представља решења нацрта Грађанској законика Србије која би могла да допринесу јавној сигурности, решењу сјорних питања и бољој заштити зајослених.*

**Кључне речи:** *ојказ уговора о раду, претјанак радној односа, накнада штете, враћање на рад, заштити зајослених.*

### I Увод

Отказ уговора о раду од стране послодавца, у општем режиму радних односа, уређен је Законом о раду.<sup>1</sup> Правни основ који даје

---

<sup>1</sup> Закон о раду (Службени гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 74/ 2014).

овлашћење послодавцу да запосленом откаже уговор о раду је члан 175 став 1 тачка 4 наведеног закона у коме је прописано да радни однос престаје отказом уговора о раду од стране послодавца или запосленог. Даље, чланом 179 Закона о раду прописани су разлози за отказ.

Након добијања решења о отказу уговора о раду запослени може да покрене спор пред надлежним судом ради поништаја отказа уговора о раду и да захтева утврђење да је отказ незаконит, враћање на рад, накнаду штете изгубљене зараде и других примања због незаконитог отказа уговора о раду и уплату припадајућих доприноса за социјално осигурање за период у коме запослени није редио.

Последњим изменама Закона о раду<sup>2</sup> законодавац је учинио веома битну промену у регулисању права на накнаду штете због незаконитог отказа тако што је одустао од принципа интегралне накнаде штете и прописао битно различите услове када запослени има право на враћање на рад и на накнаду штете изгубљене зараде и у ком износу што је довело до критике стручне јавности, јер је положај запосленог прилично погоршан а „привилегује послодавце тако што их сам закон ослобађа од одговорности за кршење одредаба закона који се тичу поступка за престанак радног односа“.<sup>3</sup>

У раду, аутор анализира правне последице незаконитог отказа уговора о раду као спорним питањем које изазивају полемике у теорији и стручној пракси указујући на неуставност донетих законских решења.

## II Разлози за отказ уговора о раду од стране послодавца

Разлози за отказ уговора о раду од стране послодавца прописани су чланом 179 Закона о раду и то су:

- ако за то постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог и његово понашање (ако не остварује резултате рада или нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради; ако је правноснажно осуђен за кривично дело на раду или у вези са радом; ако се не врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана истека рока мировања радног односа, односно неплаћеног одсуства),
- запосленом који својом кривицом учини повреду радне обавезе (ако несавесно или немарно извршава радне обавезе; ако

2 Закон о раду (Службени. гласник РС, бр. 74/2014).

3 Лидија Ђукић, „Дисциплински отказни разлози према Закону о изменама и допунама Закона о раду“, *Билтен Врховној касационој суда Републике Србије*, бр. 4/2014, стр. 73.



- злоупотреби положај или прекорачи овлашћења; ако нецелисходно и неодговорно користи средства рада; ако не користи или ненаменски користи обезбеђена средства или опрему за личну заштиту на раду; ако учини другу повреду радне обавезе утврђену општим актом, односно уговором о раду,
- запосленом који не поштује радну дисциплину (ако неоправдано одбије да обавља послове и извршава налоге послодавца у складу са законом; ако не достави потврду о привременој спречености за рад; ако злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад; због доласка на рад под дејством алкохола или других опојних средстава, односно употребе алкохола или других опојних средстава у току радног времена, које има или може да има утицај на обављање посла; ако његово понашање представља радњу извршења кривичног дела учињеног на раду и у вези са радом, независно од тога да ли је против запосленог покренут кривични поступак за кривично дело; ако је дао нетачне податке који су били одлучујући за заснивање радног односа; ако запослени који ради на пословима са повећаним ризиком, на којима је као посебан услов за рад утврђена посебна здравствена способност, одбије да буде подвргнут оцени здравствене способности; ако не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца; одбијање запосленог да се одазове на позив послодавца да изврши анализу у овлашћеној здравственој установи на околности злоупотребе права у случају болести и утврђивања алкохолисаности или коришћења опојних дрога),
  - ако за то постоји оправдан разлог који се односи на потребе послодавца (ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла; ако одбије закључење анекса уговора).

### **III Правне последице незаконитог престанка радног односа**

Доношењем последњих измена Закона о раду, законодавац је, прво, у наслову изнад члана 191 одустао од термина „незаконит отказ“, а увео термин „правне последице незаконитог престанка радног односа“. Оне су: а) враћање на рад, б) накнада штете и в) уплата припадајућих

доприноса за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио. Осим наслова, учињене су и друге, значајније измене.

## 1. Враћање на рад – реинтеграција

Пре свега, у вези враћања на рад услед незаконитог отказа измена закона промењена је и терминологија. Ранији текст одредбе: „Ако суд донесе правоснажну пресуду којом је утврђено да је запосленом *незаконитио њресџао радни однос*, суд ће одлучити да се запослени врати на рад, ако запослени то захтева“, сада гласи: „Ако суд у току поступка утврди да је запосленом *њресџао радни однос без њравној основа*, одлучиће да се запослени врати на рад...“ Може се поставити питање шта значи термин „без правног основа“. Неки правни писци указују да „то није само језичка промена“, те да је „наредба о враћању на рад замењена одлуком о захтеву за враћање на рад“ и да „то значи да поништај решења о отказу уговора о раду не води безусловно одлуци о враћању на рад“.<sup>4</sup> Произилази да уколико је до поништаја решења о отказу уговора о раду дошло због непостојања правног основа за отказ уговора о раду, суд не мора одлучити да запосленог врати на рад. Међутим, сматрам да је ово питање разјашњено даљим одредбама члана 191 Закона о раду. У ставу 5 истог члана прописано је да ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, а запослени не захтева да се врати на рад, суд ће, на захтев запосленог, обавезати послодавца да запосленом исплати накнаду штете у износу од највише 18 зарада запосленог, у зависности од времена проведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице. Затим је, у ставу 6. истог члана, прописано да ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, али у току поступка послодавац докаже да постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ, суд ће одбити захтев запосленог да се врати на рад и досудиће му накнаду штете у двоструком износу од износа утврђеног у складу са ставом 5 овог члана.

Значи да суд, уколико је у поступку утврдио да је до престанка радног односа дошло без правног основа, мора донети одлуку о враћању на рад ако запослени то захтева са наведеним изузетком из става 6 члана 191 Закона о раду. Овде посебно треба указати да је законодавац направио разлику између незаконитог престанка радног односа због непостојања правног основа и незаконитог престанка радног односа због непоштовања процедуре давања отказа уговора о раду. Томе у прилог је решење дато у ставу 7 члана 191 Закона о раду у коме се каже да

4 Боривоје Живковић, „Неке новеле Закона о раду“, *Билџен Врховној касационој суда Републике Србије*, бр. 4/2014, стр. 159.

ће суд одбити захтев за враћање на рад ако у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан престанак радног односа.

Овакво разликовање незаконитог престанка радног односа не постоји у земљама бивше Југославије. У праву Словеније је прописано да ако суд утврди да је раскид уговора незаконит, али да према околностима и интересима обе стране наставак рада не би био могућ, на предлог послодавца или запосленог, суд ће одредити трајање радног односа и одговарајућу компензацију запосленом до 18 месечних зарада. Ова висина накнаде ће се одредити у зависности од трајања радног односа, других услова али и од околности које су довеле до незаконитог раскида уговора о раду.<sup>5</sup> Дакле, околности које су довеле до незаконитог престанка радног односа узимају се за одређивање висине накнаде коју ће суд досудити.

У праву Хрватске прописано је да ако суд утврди да отказ послодавца није допуштен и да радни однос није престао, наложиће враћање радника на посао.<sup>6</sup>

Закон о раду Републике Српске прописује да ако надлежни суд утврди да је отказ уговора о раду, који је послодавац дао раднику, незаконит, наложиће послодавцу да радника врати на рад и распореди на послове које је обављао пре отказа уговора о раду или на друге послове који одговарају стручним и радним способностима радника, као и да му исплати накнаду на име изгубљене зараде и других примања на које радник има право према колективном уговору, правилнику о раду и уговору о раду.<sup>7</sup>

Закон о раду Црне Горе прави разлику између законитих или оправданих разлога за отказ уговора о раду, али не прави разлику у правним последицама. Наиме, уколико се у поступку утврди да нису постојали законити или оправдани разлози за отказ уговора о раду, било да их је послодавац прописао својим актом или их је предвидео уговором о раду, запослени има право да се врати на рад, као и право на накнаду материјалне и нематеријалне штете, у законито предвиђеном поступку. Право на накнаду материјалне штете има у висини изгубљене зараде и других примања која би остварио да је био у рандом односу.<sup>8</sup>

5 Закон о радним односима Словеније (сл. *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1)*, *Uradni list RS*, št. 21/2013), чл. 118.

6 Закон о раду Републике Хрватске (*Народне новине Хрвајске*, бр. 93/14), чл. 124.

7 Закон о раду Републике Српске – пречишћен текст (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 55/2007), чл. 130.

8 Закон о раду Црне Горе (*Службени лист ЦГ*, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012), чл. 143д.

И македонски Закон о радним односима прописује да ако је суд утврдио да је запосленом незаконито престао радни однос запослени има право да се врати на рад ако то захтева као и право на накнаду штете сагласно закону, колективном уговору и уговору о раду и да му уплати доприносе за обавезно социјално осигурање. Поред тога, ако суд утврди да је запосленом незаконито престао радни однос а за запосленог није прихватљиво да остане у радном односу (и на захтев послодавца ако постоје околности које указују да наставак радног односа није могућ), суд ће на његов захтев досудити накнаду штете зависно од трајања радног односа, узраста, социјалног стања и обавезе издржавања које запослени има.<sup>9</sup> Закон не прописује висину накнаде штете, нити је лимитира.

У Аустрији питање накнаде штете између послодавца и запосленог уређено је Општим грађанским закоником, а не Законом о раду. Овим закоником је предвиђено да „уколико послодавац отпусти запосленог без важног разлога пре рока или уколико сноси кривицу због превременог отказа од стране запосленог, запослени задржава, без обзира на даљу накнаду штете, своја права на накнаду за рад у складу са уговором, за онај период који би требало да прође до окончања радног односа на основу истека уговором дефинисаног времена или регуларног отказа, урачунавши оно што је због необављања рада уштедео или стекао на други начин или намерно избегао да стекне“. Уколико међутим горе наведени период не траје дуже од три месеца, запослени може одмах да тражи целокупну накнаду за тај период без одбитака.<sup>10</sup>

У правној теорији се наводи да се у Франсуцком праву прави разлика између нерегуларног отказа који је последица непридржавања прописаног поступка и отказа без оправданог разлога, што се огледа у различитим последицама.<sup>11</sup> Међутим, правне последице се разликују од последица предвиђених нашим правом. Наиме, Закон о раду Француске предвиђа да ако је запосленом престао радни однос без прописане процедуре, али због правог и озбиљног узрока, судија ће наложити послодавцу да спроведе правилан поступак и одобрити запосленом накнаду штете од стране послодавца која неће прелазити једномесечну зараду.<sup>12</sup>

9 Закона о радним односима Македоније (*Закон за работниотне односи – иречистен шекси*, *Службени весник на РМ*, бр. 158/2010), чл. 102.

10 §1162b Општи аустријски грађански законик (скр. *ABGB*), доступно на адреси: <http://www.sozialministerium.at/site/Arbeit/Arbeitsrecht/Rechtsvorschriften/>, 9.3.2015, пар. 1162b.

11 Michel Despax, Jacqueline Rajot, Jean-Pierre Laborde, *Labour Law in France*, The Netherlands, 2011, стр. 163. Наведено према: Горан Обрадовић, Слободанка Ковачевић Перић, „Новчана накнада нематеријалне штете због незаконитог отказа“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, бр. 67/2014, стр. 203.

12 Закон о раду Француске (фр. *Code du travail*), чл. Л1235-2 који се примењује од 1.5.2008. године, доступно на адреси: <http://www.juritravail.com/codes/code-travail/>

Даље, уколико се утврди да је отказ уговора о раду дат без стварног и озбиљног разлога запосленом се враћају сва права и сматра се да никада није престао да буде запослени. Ако запослени одбије да настави извршење уговора о раду, односно да ради код послодавца суд ће му одредити накнаду од најмање шест зарада за последњих шест месеци и отпремнину по колективном уговору, споразуму или уговору о раду.<sup>13</sup>

Основ давања отказа уговора о раду треба разликовати од правног основа. Правни основ представља законску одредбу (члан закона) која даје овлашћење послодавцу да откаже уговор о раду запосленом. Основ давања отказа овде треба тумачити као постојање разлога за давање отказа уговора о раду. Ти разлози су наведени у члану 179 Закона о раду и они морају бити оправдани.

Основ престанка радног односа су правне чињенице за које закон везује разлоге за престанак радног односа (околности због којих радни однос престаје). Основ, односно разлог за престанак радног односа мора постојати и мора бити утврђен у сваком конкретном случају престанка радног односа.<sup>14</sup>

Посебну реакцију стручне и научне јавности изазвао је став 7 члана 191 Закона о раду у коме је прописано ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог.

По мишљењу неких правних писаца ова новина ће утицати и на измену судске праксе, која је до сада „била јединствена у ставу да кршење одредбе о упозорењу или застарелости давања отказа увек води закључку о незаконитости отказа и поништају решења“.<sup>15</sup> Напуштањем класичног концепта незаконитог отказа (отказ који је дат супротно изричитим законским одредбама – укључујући ту и поступак), положај слабије стране у радном односу је додатно (и неоправдано) отежан а послодавцу је отворен широк пут за (скоро некажњено) поступање.<sup>16</sup>

Ове одредбе закона код утврђивања незаконитог отказа уговора о раду намећу потребу да се приликом испитивања законитости давања отказа уговора о раду мора утврдити а) да ли је постојао основ давања отказа (материјални узрок) и б) да ли је спроведена процедура давања от-

[article/L1333-1.html](http://article/L1333-1.html), 6.3.2015.

13 Закон о раду Француске, чл. Л1134-4.

14 Предраг Јовановић, *Радно право*, Нови Сад, 2012, стр. 318.

15 Л. Ђукић, *нав. дело*, стр. 74.

16 Г. Обрадовић, С. Ковачевић Перић, *нав. дело*, стр. 204.

каза прописана законом о раду. У зависности од тога биће и одлука суда по тужбеном захтеву. Међутим, ово доводи до тога да суд да би испитао да ли је постојао правни основ за престанак радног односа фактички мора да „спроведе дисциплински поступак“, односно да изведе све доказе ради утврђења постојања повреде радне обавезе. Овде се оправдано може поставити питање да ли је суд овлашћен да поново спроводи дисциплински поступак и утврђује дисциплинску одговорност запосленог, односно које су границе поступања суда у утврђивању кривице запосленог. Досадашња судска пракса је ишла у правцу да суд испитује законитост процедуре давања отказа уговора о раду али и утврђивања кривице запосленог без оцене целисходности изречене мере при чему није везан правном квалификацијом од стране послодавца.<sup>17</sup> Конвенција Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца предвиђа да радни однос радника неће престати ако за такав престанак не постоји ваљан разлог везан за способност или понашање радника или за оперативне потребе предузећа, установе или службе. Даље, суд је овлашћен да испитује разлоге дате за престанак радног односа, као и друге околности везане за односни случај и да донесе одлуку о томе да ли је престанак био оправдан.<sup>18</sup> У парничном поступку важи принцип *ne eat index ultra et extra petita partium*, што значи да суд није везан правним основом, него тужбеним захтевом.<sup>19</sup> Посебно треба истаћи да је досадашња судска пракса заузела став да уколико суд утврди да је запослени крив за учињену повреду радне обавезе послодавац нема обавезу накнаде штете изгубљене зараде иако је одлука о престанку радног односа незаконита.<sup>20</sup>

17 „Суд се не може упуштати у оцену целисходности изрицања дисциплинске мере престанак радног односа уколико је она изречена у оквиру дискреционог права послодавца“, из пресуде Врховног суда Србије, Рев. II 1023/2007 од 3.4.2008. године; „При оцени законитости одлуке послодавца о престанку радног односа запосленог суд је везан чињеничним основом, односно отказним разлогом у чињеничном смислу, али не и његовом правном квалификацијом“, из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж1. 4445/2010 од 1.6.2011. године; „Правилно је првостепени суд усвојио тужбени захтев тужиоца и поништио решење о отказу уговора о раду којима је тужиоцима престао радни однос због повреде радне обавезе, па је туженик обавезан да их врати на рад и распореди на послове и радне задатке који одговарају њиховој стручној спреми, јер је утврђено да није било кривице тужиоца за повреду радне обавезе“, из пресуде Апелационог суда у Крагујевцу, Гж1. 216/2010 од 9.2.2010. године, доступно на: *ParagrafLex*.

18 Конвенција Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, коју је ратификовала наша земља (*Сл. лист СФРЈ – међународни уговори*, бр. 4/84 и 7/91), чл. 4 и чл. 9 тач. 1.

19 Живко Кулић, *Радно право*, Нови Сад, 2008, стр. 393.

20 „Поништај решења о престанку радног односа због застарелости вођења дисциплинског поступка не води до аутоматског стицања права запосленог на накнаду штете у виду изостале зараде и осталих примања из радног односа, већ одговор-

Са друге стране, поставља се питање зашто се оправдава и не санкционише непоштовање процедуре давања отказа. Сам поступак давања отказа уговора о раду је крајње упрошћен у односу на решења из прошлости. Некада се, на пример, због повреде радне обавезе спроводио дисциплински поступак, именовала дисциплинска комисија, одржавала рочишта, постојао је двостепен дисциплински поступак и сл.<sup>21</sup> Сада се процедура давања отказа уговора о раду састоји у: а) утврђивању постојања случаја и основа за престанак радног односа, б) доношењу и достављању одлуке о престанку радног односа, којом се отказује уговор о раду и в) разрешава запослени са рада, тј. разрешава се радних дужности.<sup>22</sup>

Најновијим изменама закона послодавац чак није обавезан ни да затражи мишљење синдиката, већ је остављено запосленом на вољу да исто приложи уз своју одбрану. Значи, до измена Закона о раду 2014. године, суд је у случају незаконитог отказа уговора о раду увек доносио одлуку о враћању на рад ако то запослени захтева а захтев за накнаду штете изгубљене зараде је досуђивао у зависности од кривице запосленог за насталу штету. Од ових измена закона суд ће одбијати захтев за враћање на рад, али ће досуђивати накнаду штете запосленом у износу до шест зарада запосленог. Поред тога, ова накнада умањује се за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа.<sup>23</sup>

## 2. Накнада штете

### а) Накнада штете уместо реинтеграције

У случају да је отказ уговора о раду незаконит зато што није постојао основ давања отказа запослени има право на накнаду ште-

ност послодавца за накнаду штете зависи од чињенице да ли би запослени био одговоран за повреду радне обавезе у ситуацији да је дисциплински поступак окончан у законском року“, из пресуде Првог општинског суда у Београду П. 2024/03 од 28.6.2006. године, пресуде Округног суда у Београду, Гж1. 3877/06 од 31.1.2007. године и пресуде Врховног суда Србије, Рев. 619/08 од 4.2.2009. године, *Билтен Округног суда у Београду*, бр. 79/2009. „Сама чињеница постојања незаконите одлуке послодавца не доводи до аутоматизма приликом одлучивања о захтеву за накнаду материјалне штете у виду изостале зараде и других примања из радног односа, већ ће послодавац бити ослобођен ове одговорности уколико се утврди да је штета настала искључивом кривицом запосленог“, из пресуде Апелационог суда у Крагујевцу, Гж1. 473/10 од 26.5.2010. године, доступно на адреси: <http://www.kg.ap.sud.rs/naknada-stete-zbog-izostale-zarade-html>, 3.3.2015.

21 Вид. Закон о радним односима (*Службени гласник РС*, бр. 55/96, 28/01, 43/01), чл. 90–97.

22 П. Јовановић, *нав. дело*, стр. 318.

23 Закон о раду, чл. 191 ст. 9.

те у висини изгубљене зараде која у себи садржи припадајући порез и доприносе у складу са законом, у коју не улази накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца. Накнада штете исплаћује се запосленом у висини изгубљене зараде, која је умањена за износ пореза и доприноса који се обрачунавају по основу зараде у складу са законом.<sup>24</sup> Ова накнада умањује се за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа.<sup>25</sup>

Прво, треба напоменути да у случају незаконитог отказа зато што није постојао основ давања отказа запослени има право на накнаду штете изгубљене зараде без обзира да ли је тражио враћање на рад или не.<sup>26</sup>

Уколико запослени не жели да се врати на рад има право и на накнаду штете у износу до 18 зарада. Чланом 191 став 5 Закона о раду прописано је да ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, а запослени не захтева да се врати на рад, суд ће, на захтев запосленог, обавезати послодавца да запосленом исплати накнаду штете у износу од највише 18 зарада запосленог, у зависности од времена проведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице. Ова накнада је „цена за одустанак од реинтеграције“.<sup>27</sup>

24 Закон о раду, чл. 191 ст. 2 и 3.

25 Закон о раду, чл. 191. ст. 9. „Ако суд донесе правоснажну одлуку којом утврди да је запосленом незаконито престао радни однос, поред враћања на рад код послодавца, запослени има право да захтева и накнаду штете по основу изгубљене зараде за период у коме није радио, коју накнаду треба умањити за приходе које је запослени остварио по било ком основу, као и за износ накнаде коју је запослени у утуженом периоду примао преко Националне службе за запошљавање“, из пресуде Привредног апелационог суда, Пж. 7089/2012(2) од 5.6.2013. године, доступно на: *ParagrafLex*.

26 „Код незаконитог престанка радног односа, запослени, без обзира да ли је тражио враћање на рад, има право на накнаду штете у висини изгубљен зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту и уговору о раду, као и на уплату доприноса за обавезно социјално осигурање“, из пресуде Апелационог суда у Крагујевцу, Гж1. 2787/2013 од 12.8.2014. године, доступно на: *ParagrafLex*. „Није од утицаја чињеница што тужилац није тражио извршење наведене пресуде у смислу враћања на рад код туженог, из разлога јер и запослени који није тражио да се врати на рад може остварити накнаду штете од дана незаконитог престанка радног односа до правоснажности пресуде којом је поништен акт о престанку радног односа, што је у конкретном случају предмет захтева тужбе“, из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 2978/12 од 26.11.2012. године, *Избор судске љраксе*, бр. 3/2015, стр. 55.

27 Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2007, стр. 391.



Новчани износ који је послодавац дужан да плати због противљења враћању незаконито отпуштеног лица на рад, до 36 зарада, односно до 18 зарада ако то сам запослени тражи и накнада штете изгубљене зараде не искључују једно друго, већ се кумулирају.<sup>28</sup> Међутим, изменама Закона о раду из 2014. године, чланом 191 став 9 прописано је да се накнада штете до 18 зарада запосленог, односно до 36 зарада запосленог, умањује за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа.

Ове измене закона на начин да се умањење накнаде штете изгубљене зараде због незаконитог отказа проширује и на накнаду која се исплаћује уместо враћања на рад (до 18, тј. до 36 зарада) у супротности су са ранијим одредбама Закона о раду, али и са одредбама Закона о облигационим односима.<sup>29</sup> Поред тога, приликом одлучивања о износу тих зарада суд ће водити рачуна, између осталог, и о времену проведену у радном односу само код послодавца од која је уследио незаконит отказ, а не о укупном времену у радном односу, као до измена закона.<sup>30</sup>

Спорна ситуација у примени овог института у пракси може бити и од ког тренутка се сматра да је запосленом престао радни однос? Наиме, поништајем решења о отказу уговора о раду престају и правне последице тог решења па уговор о раду остаје на снази. То доводи до наставка радног односа који запослени не жели да настави. Како накнада штете супституише повратак на рад потребно је да се одреди време престанка радног односа, јер од тог тренутка запосленом престају права и обавезе из радног односа. С обзиром да законом није предвиђено да се у овом случају наведе нови датум престанка радног односа има мишљења да би суд био дужан да, ценећи све околности случаја, утврди тај дан у изреци пресуде.<sup>31</sup> У праву Хрватске је прописан тзв. судски раскид уговора о раду по коме ако суд утврди да отказ послодавца није допуштен, а раднику није прихватљиво наставити радни однос, суд ће на захтев радника одредити дан престанка радног односа и досудити му накнаду штете у износу од најмање три, а највише осам прописаних или уговорених

28 Такав је био став и судске праксе: „Накнада штете из члана 191 став 4 Закона о раду потпуно је независна од накнаде штете из става 2 овог члана и искључиви циљ паушалне накнаде штете је да супституише враћање на рад и представља практично накнаду за одустанак запосленог од враћања на рад, а ова накнада не утиче на досуђивање накнаде штете због изгубљене зараде – плате“, из пресуде Апелационог суда у Крагујевцу, Гж1. 1476/10 од 12.1.2011. године.

29 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99), чл. 154, 155, 189 и 190.

30 Г. Обрадовић, С. Ковачевић Перић, *нав. дело*, стр. 205.

31 Вид. Изет Суљовић, „Накнада штете у случају незаконитог отказа“, *Билтен Врховној касационој суда Србије*, бр. 3/2011, стр. 310.

месечних зарада тога радника, зависно од трајања радног односа, старости те обавезама издржавања које терете радника. Ову одлуку суд може донети и на захтев послодавца, ако постоје околности које оправдано упућују на то да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обеју уговорних страна, није могућ.<sup>32</sup> Одређивање дана престанка радног односа у овој ситуацији прописује и Закон о радним односима Македоније као и Закон о раду Словеније.

*б) Накнада штете у случају незаконитог отказа када је постојао основ за престанак радног односа*

Изменама Закона о раду и новим чланом 191 став 7 прописано је ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог.

Овакво нормирање, које не познаје упоредно право, може довести до озбиљних проблема у пракси. Наиме, произилази да ако послодавац има основ за давање отказа а, на пример, наступила је застарелост давања отказа он може и након истека рока застарелости запосленом (који је сада продужен на шест месеци од дана сазнања за чињенице које су основ за давање отказа, односно годину дана од наступања чињеница које су основ за давање отказа, односно до истека рока застарелости за кривично дело утврђено законом) дати отказ уговора о раду, јер зна да ће на суду та одлука бити поништена али запослени неће бити враћен на рад. При том, накнада штете коју треба да плати је минимална и износи до шест зарада запосленог, што значи да може бити и једна зарада. Овакво решење доводи до правне несигурности и до релативизовања института застарелости.

Наиме, протек времена има веома велики значај у праву. Застарелост има сврху усклађивања стварног, чињеничног и правног стања ствари. Овим институтом право обезбеђује да неко ко поседује право, а дуго га не врши, губи право. Успостављањем сагласности фактичког и правног стања ствари обезбеђује се правна сигурност како за субјекте конкретног правног односа тако и за трећа лица. Потреба обезбеђења реалног правног стања и правне сигурности показује се тако у извесном смислу јачом од потребе обезбеђења законито стечених права.<sup>33</sup> Као што се може сматрати да је радник одустао од свог права на жалбу про-

32 Закон о раду Хрватске, чл. 125.

33 Мирослав Живковић, *Основи теорије државе и права*, Београд, 1997, стр. 297-298.

тив престанка радног односа ако то право не искористи у одређеном року после престанка рада<sup>34</sup> тако би се морало сматрати и да је послодавац одустао од доношења решења о отказу уговора о раду протеклом времена застарелости.<sup>35</sup>

У закону нису дати критеријуми на основу којић ће се суд руководити приликом одлучивања да ли ће досудити једну или шест зарада на име накнаде штете. И ово ће довести до неједнаког поступања судова који и до сада у сличним правним ситуацијама доносе различите одлуке тако да ће још више довести до правне несигурности.

Може се поставити питање зашто је законодавац прописао накнаду штете до износа од баш шест зарада запосленог? И још предвидео да се од тог износа умањује износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа. Ове измене закона резултат су притисака страних инвеститора и привреде. Међутим, стиче се утисак да је законодавац овим изменама ишао у корист послодавца а на штету запослених и више него што су послодавци тражили. Наиме, привредници су у својим предлозима за унапређење радног законодавства навели да су трпели веће штете због плаћања накнаде штете изгубљене зараде услед незаконитог престанка радног односа, али да није само послодавац одговоран за број месеци које запослени није радио после незаконитог отказа, већ је то најчешће и сам суд због спорости поступка. Спорови се најчешће протежу више година и поред изричите законске одредбе да се спор пред судом мора правоснажно окончати у року од шест месеци. Сматрају да није праведно да послодавац сноси трошкове кроз накнаду штете за коју није сам крив, већ неко други (тј. суд). Исти су предложили ограничавање обавеза послодавца на мањи број месечних зарада који се може досудити у корист запосленог и предложили су дванаест месечних зарада.<sup>36</sup>

Намеће се закључак да висина штете изгубљене зараде не би била велика када би судови радили свој посао квалитетно, односно, када би се поштовало начело суђења у разумном року и начело хитности решавања радних спорова. Како је за неажурно стање у судству одговорна држава, паушализацијом репарације штете њена одговорност се преваљује на запослене.<sup>37</sup>

34 Конвенција Међународне организације рада број 158, чл. 8 тач. 3.

35 Треба сматрати да је послодавац одустао од свог права да прекине радни однос ако то не учини у разумном року. Вид. Препорука 166, пар. 10. Нав. према: Б. Живковић, *нав. дело*, стр. 160.

36 Бошко Мијатовић, *Предлози за унапређење радног законодавства*, Београд, 2012, стр. 60.

37 Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2015, стр. 439.

### 3. Уплата доприноса за обавезно социјално осигурање

Порез и допринос за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио обрачунава се и плаћа на утврђени месечни износ изгубљене зараде, која у себи садржи припадајући порез и доприносе у складу са законом, у коју не улази накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца.<sup>38</sup>

Значи да се уплата доприноса за обавезно социјално осигурање плаћа само на утврђени износ изгубљене зараде у складу са законом.<sup>39</sup> То значи, да се на износ накнаде штете који је досуђен због незаконитог отказа (до шест, односно до 18 или до 36 зарада) не плаћају доприноси за обавезно социјално осигурање, јер тај износ нема карактер зараде. Наиме, Законом о порезу на доходак грађана прописано је да се не плаћа порез на доходак грађана по основу накнада материјалне и нематеријалне штете, изузев накнаде за измаклу корист и накнаде зараде (плате), односно накнаде за изгубљену зараду (плату).<sup>40</sup>

Законодавац је накнаду штете у овом случају предвидео „као вид санкције за послодавца који се није придржавао прописаних процедура при отказу уговора о раду“.<sup>41</sup> Поред тога, уколико су запосленом коме је незаконито престао радни однос у периоду када није радио плаћени доприноси од стране Националне службе за запошљавање, уплате доприноса су вршене у висини одређеној у складу са висином накнаде коју је тада примао запослени и исти има право на разлику висине уплаћених доприноса и висине доприноса одређене према висини зараде коју би остварио да је радио.<sup>42</sup>

38 Закон о раду, чл. 191 ст. 2 и 4.

39 „Ако је у судском поступку због незаконитог престанка радног односа утврђена обавеза бившег послодавца да запосленом исплати накнаду штете на име изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту и уговору о раду, умањену за износ прихода које је запослени остварио по основу рада по престанку радног односа, по нашем мишљењу, послодавац је дужан да изврши уплату доприноса за обавезно социјално осигурање на исплаћене зараде, сагласно члану 191. став 2. Закона о раду“, из мишљења Министарства рада и социјалне политике Републике Србије, бр. 011-00-80/2008-02 од 9.4.2008. године.

40 Закон о порезу на доходак грађана (*Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 10/2007, 7/2008, 7/2009, 31/2009, 44/2009, 3/2010, 18/2010, 4/2011, 50/2011, 91/2011 – Одлука Уставног суда, 7/2012, 93/2012, 114/2012 – Одлука Уставног суда, 8/2013, 47/2013, 48/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015), чл. 9 ст. 1 тач. 8.

41 Из образложења предлога Закона о изменама и допунама Закона о раду, доступно на адреси: [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/2344-14Lat.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2344-14Lat.pdf), 3.3.2015.

42 Види пресуду Привредног апелационог суда у Београду, Пж. 7089/2012(3) од 5.6.2013. године, *ParagrafLex*.

Уколико је запослени, у периоду у којем није радио код послодавца због незаконитог престанка радног односа, остварио приходе код других послодаваца који су му урачунати у накнаду штете изгубљене зараде, уплате доприноса које су плаћене од тих других послодаваца узеће се у обзир а запослени има право на разлику висине уплаћених доприноса и висине доприноса према висини зараде коју би остварио да је радио.

Према досадашњој судској пракси, када је поништавано решење о отказу уговора о раду због повреде процедуре давања отказа а постојао је основ за давање отказа, запослени није имао право на накнаду штете изгубљене зараде али је враћан на рад. Самим тим, имао је право на уплату пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио до враћања на рад, односно до правноснажности пресуде о враћању на рад ако исти није захтевао да се врати на рад, односно није захтевао извршење пресуде. Изменама закона из 2014. године више неће бити враћан на рад тако да неће имати право на уплату пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање.

Одбијање тужбеног захтева за враћање на рад запосленог у сваком случају доводи до тога да запослени нема право на уплату доприноса за обавезно социјално осигурање. Овде посебно истичем напред наведено решење закона да иако је отказ уговора о раду поништен као незаконит због повреде процедуре давања отказа, ако је постојао основ давања отказа, запослени нема права да се врати на рад, нема право на накнаду штете изгубљене зараде па самим тим нема право ни на уплату доприноса за обавезно социјално осигурање па ни за период трајања судског поступка што је очигледна неправда према запосленом.<sup>43</sup> Посебно када се има у виду да судски спорови код нас трају и по више година.

#### IV Закључна разматрања

Уставом Републике Србије,<sup>44</sup> прописана су основна људска права и слободе. Одредбама члана 60 Устава уређено је право на рад и то свако има право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, потребну заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правичну накнаду за рад и на правну заштиту за случај престанка радног односа. Нико се тих права не може одрећи. Овде посебно истичем право на правну заштиту за случај престанка радног односа. Поставља се питање, имајући у виду одредбе Закона о раду, да ли је ова правна заштита адекватна?

43 Има и супротних мишљења да запослени има право на накнаду штете изгубљене зараде за период од престанка радног односа до доношења судске одлуке. Вид. Б. Живковић, *нав. дело*, стр. 161.

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

Традиционални задатак радног права је да правну и фактичку неједнакост запосленог и послодавца ублажи у мери која је неопходна да би се, обезбедила социјална стабилност запослења, али и самог послодавца и друштва у целини. Зато радни однос мора представљати правни израз равнотеже његових субјеката, како би био стабилан и имао перспективу.<sup>45</sup>

Што се тиче накнаде штете иста је као институт прописана Законом о облигационим односима, као општим законом, док је накнада штете због незаконитог отказа у уговора о раду уређена, како је наведено, Законом о раду као посебним законом.

Радно право би требало да пружа већу заштиту од облигационог права лицу које обавља одређени рад, пружа услуге по основу уговора грађанског права. Са друге стране начело одговорности за штету – начело интегралне накнаде имовинске штете облигационог права пружа већу заштиту од начела одступања од начела интегралне накнаде у радном праву широким прибегавањем института паушалне накнаде.<sup>46</sup>

Штета услед незаконитог престанка радног односа је мерљива штета која се отклања интегралном накнадом и уместо да следи овај изворни принцип одштетног права, Закон о раду га напушта заменом интегралне накнаде паушалном. Паушална накнада се одређује само код немерљиве или тешко мерљиве шете и у овој ситуацији паушалној накнади није било места. Са друге стране не могу се маргинализовати процесне мане релативизацијом њиховог значаја, уколико решење послодавца буде поништено.<sup>47</sup> Тако и Конвенција МОР-а број 158 у члану 7 прописује да радни однос радника неће престати због разлога везаних за понашање радника или његов рад пре него што му се омогући да се брани од изнетих навода што код нас није случај с обзиром да се недавање упозорења о постојању разлога за отказ уговора о раду сматра процесном маном.

С тим у вези нацрт Грађанског законика Републике Србије<sup>48</sup> у члану 12 став 2 предвиђа да „посебан закон не може бити у супротности са начелима овог законика и његовим императивним одредбама“. Усвајањем овог законика одредбе Закона о раду, као посебног закона о накнади штете због незаконитог престанка радног односа, биле би у супротности са одредбама законика, јер су у супротности са начелом интегралне накнаде имовинске штете.

45 Предраг Јовановић, „Интересна обележја радног односа“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2013, стр. 21.

46 Вид. Бранко Лубарда, *Увод у радно право*, Београд, 2014, стр. 91.

47 З. Ивошевић, М. Ивошевић, *нав. дело*, стр. 438.

48 Текст нацрта законика се може видети на адреси: <http://www.advokatska-komora.co.rs/beograd/110214/zbirka.pdf>, 9.3.2015.

Нацртом Грађанског законика Србије даље је предложено чланом 183 да се, алтернативно, дода нови став 3 који би гласио: „Односи у вези одговорношћу за штету између запослених и послодавца уређују се посебним прописима“.

Може се поставити питање да ли је ово добро решење или и накнаду штете између запослених и послодавца треба уредити Грађанским закоником? У упоредном праву, на пример, ова накнада штете уређена је Општим аустријским грађанским закоником.<sup>49</sup> С обзиром на предлог нацрта Грађанског законика Србије из члана 12 став 2 може се рећи да је то довољна заштита од могућности да се посебним законом дају мања права субјектима права од права која даје законик. Са друге стране, нема разлога да се ово питање одговорности за штету не уреди Грађанским закоником како је то уређено, на пример, у Аустрији имајући у виду и разлоге и циљ доношења законика.

**Velisav MARKOVIĆ, PhD**  
Associate Professor at the Faculty for Business, Valjevo  
University Singidunum, Belgrade

## LEGAL CONSEQUENCES OF ILLEGAL TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACT

### Summary

*Amendments to the Labor Act of 2014, introduced significant changes to the right of employees to return to work and compensation for illegal termination of employment. This changes have significantly deteriorated the position of employees and made the employer quite privileged. The author, using the theory and jurisprudence, comparative solutions and the place of the Labor law in legal system, analyzes the provisions on the legal consequences of illegal termination of employment by the employer indicating the legal controversial issues. It also represents the solution of the draft Civil Code of Serbia that could contribute to legal security, settlement of controversial issues and better protection of employees.*

**Key words:** *termination of employment contract, termination of employment, compensation, return to work, protection of employees.*

---

49 Види Општи аустријски грађански законик (ABGB), пар. 1162, 1162a, 1162b, 1162c, 1162d, доступно на адреси: <http://www.sozialministerium.at/site/Arbeit/Arbeitsrecht/Rechtvorschriften/>, 9.3.2015.

## 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 италик).

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* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – на средини; курзив (коса слова, италик); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико а остала мала.



Пример:

<p style="text-align: center;"><b>I Појам</b></p> <p style="text-align: center;"><b>1. Терминологија</b></p> <p style="text-align: center;">а) <i>Терминологија у ујоредном љраву</i></p> <p style="text-align: center;">1) Немачко право</p>
---

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

## ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

### 1. Књиге

а) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

*Пример:* Мирко Васиљевић, *Трјовинско љраво*, 9. издање, Београд, 2006, 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3<sup>rd</sup> edition, London, 2004, 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

*Пример:* Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коменљар Закона о сљечајном љосљуљку*, Београд, 2006, 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 2001, 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 друшљва, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 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 број стране.

*Пример:* М. Васиљевић, 102.

R. Goode, 431.

- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

*Пример:* Н. Јовановић (2010), 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, број стране.

*Пример:* Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и њиврега*, бр. 1–4/2005, 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, 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 њиврега*, бр. 1–4/2005, 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, 307.

- в) 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, назив зборника радова, односно књиге курзи-

вом, у загради ознака „уредник“ или „ур.“ („editor“ или „ed.“), „редактор“, и сл. и име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

*Пример:* Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Акционарска грушџва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

*Пример:* В. Радовић, 164.

д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

*Пример:* В. Радовић (2014), 184.

ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово а, б, с, д, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

*Пример:* И. Јанковец (1995а), 16.

### 3. Прописи

а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

*Пример:* Закон о привредним друштвима, *Службени јласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 15.

б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после назива прописа наводи скраћеница под којом ће се он даље појављивати.

*Пример:* Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени јласник РС*, бр. 139/2014, чл. 4 ст. 2.

- 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.  
ЗПУ, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

*Пример:* немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.  
британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

#### 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, адреса интернет странице курзивом, датум приступа страници, 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, 18.

- б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив организације која је припремила текст, назив текста и број стране.

*Пример:* Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, 6.

XXIV СУСРЕТ  
ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ ПОДРЖАВАЈУ



GIZ Правна и правосудна реформа у Србији

„Енергопројект Холдинг а.д.“, Београд

„Danube-Foods д.о.о.“, Београд

МК Group д.о.о, Београд

Привредна комора Србије

Привредна комора Београда

Intermex, Београд



CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343





ТЕМА:

## ПРИВРЕДА И НОВИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК СРБИЈЕ

ТЕМАТСКЕ ОБЛАСТИ:

1. Основна тема
2. Кодификација грађанског права
3. Облигациони односи – општи део
4. Привредни уговори
5. Право осигурања
6. Банкарски послови
7. Право привредних друштава и уговор о ортаклуку
8. Уговор о раду

---

### 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“