

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

Београд
Година LIII

Број
7-9

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



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

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
7-9

2015

САДРЖАЈ

ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА

Божин ВЛАШКОВИЋ

Дистинктивност као услов за регистрацију жига 11

Зоран МИЛАДИНОВИЋ

Специфичности ауторских уговора 21

Михајло ЦВЕТКОВИЋ, Ђорђе НИКОЛИЋ

Саобразност дигиталног садржаја 47

Соња ЛУЧИЋ

Заштита нерегистрованих ознака географског порекла
у Европској унији 65

Јелена ЂЕРАНИЋ

Примена националних прописа држава чланица ЕУ
у оквиру система унитарне патентне заштите. 73

Ксенија ВЛАШКОВИЋ

Асоцијативне везе у праву жига Европске уније 88

Вукашин ПЕТРОВИЋ

Концепт „правичне накнаде“ за умножавање ауторских дела
у личне некомерцијалне сврхе у праву Европске уније 98

ПРИВРЕДНИ УГОВОРИ

Тамара МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ

Уговор о факторингу у Преднацрту Грађанског законика Србије.....	114
---	-----

Ивана МАРТИНОВИЋ

Непоштене одредбе у потрошачким уговорима.....	130
--	-----

Андреј МИЋОВИЋ

Ограничење принципа аутономије воље у функцији заштите стицалаца тајм-шеринга.....	144
---	-----

ПРИВРЕДНИ СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

Мирослав ПАУНОВИЋ

Поверљив карактер Међународне трговачке арбитраже.....	164
--	-----

Александар ЈАКШИЋ

Дејства пресуде Европског суда за људска права у правном поретку Републике Србије.....	185
---	-----

Својана ПЕТРОВИЋ

Начела парничног поступка пред судом у привредним споровима.....	205
---	-----

Кристина АНЂЕЛИЋ

Савремене тенденције у сагледавању улоге арбитра у решавању међународних инвестиционих спорова.....	227
--	-----

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

Соња БУНЧИЋ, Милена ГАЛЕТИН

Међународно право као меродавно право за решавање инвестиционих спорова у клазули билатералних споразума о подстицању и заштити улагања.....	240
--	-----

Урош ЗДРАВКОВИЋ

О узроцима и карактеристикама спорова у оквиру Светске трговинске организације.....	254
--	-----

МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Марија КРВАВАЦ

Сукоб закона код вануговорне одговорности за штету нанету животној средини 269

Јелена БЕЛОВИЋ

Forum loci solutionis у споровима из уговорних односа са елементом иностраности 281

СТЕЧАЈНО ПРАВО

Душица ПАЛАЧКОВИЋ

Лични стечај – циљеви и неопходни инструменти у регулисању 298

Милена ЈОВАНОВИЋ ЗАТЦИЛА, Марија ДРАГИЋЕВИЋ

Претпоставке (не)успешне примене института реорганизације у пракси Републике Србије 309

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ

Картелни споразуми о подели извора набавки 327

Синиша ДОМАЗЕТ

Одређивање релевантног географског тржишта у праву конкуренције ЕУ 342

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

Слободанка КОВАЧЕВИЋ-ПЕРИЋ

Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада 358

Драјана РАДОВАНОВИЋ

Реафирмација радног односа са непуним радним временом 372

Филиј БОЈИЋ

Уговор о приправничком раду *vs* уговор о стручном оспособљавању – криза института приправништва у савременом друштву 383

Бошко ЛАТКОВИЋ

Закључивање уговора о раду са странцем: досадашњи
развој и актуелна решења у праву Републике Србије 400

ПОРЕСКО ПРАВО

Зоран Р. ТОМИЋ

Поглед на општи порески процесни закон – неке одабране
управне дилеме 420

Хасиба ХРУСТИЋ

Хармонизација пореског законодавства Србије са пореским
правом Европске уније 438

ПРИВРЕДНОПРАВНО ОКРУЖЕЊЕ

Александар ВУЛЕТИЋ

Quo vadis, nomen agentis? – мовирани фемининуми
у функционалним стиливима привредно-правног
дискурса 453

Јелена ШОГОРОВ ВУЧКОВИЋ

Појам, структура и сврха права животне средине 465

Срђан РАЈЧЕВИЋ

Правни осврт на услуге „рачунарства у облаку“ 476

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 492

TABLE OF CONTENTS

INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Božin VLAŠKOVIĆ

Distinctiveness as a Requirement for Registration of Trademarks.	11
--	----

Zoran MILADINOVIĆ

Specific Characteristics of the Copyright Contract	21
--	----

Mihajlo CVETKOVIĆ, Đorđe NIKOLIĆ

Conformity of Digital Content	47
-------------------------------------	----

Sonja LUČIĆ

The Protection of Geographical Indication which is not Registered in the European Union	65
--	----

Jelena ĆERANIĆ

Application of National Laws of EU Member States within the Framework of the Unitary Patent Protection System	73
--	----

Ksenija VLAŠKOVIĆ

Associative Links in the Trademark Law of the European Union.....	88
--	----

Vukašin PETROVIĆ

The Concept of “Fair Compensation” for the Use of Private Copying Exception in European Union Law	98
--	----

COMMERCIAL CONTRACTS

Tamara MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ

Factoring Agreement in the Serbian Pre-Draft of Civil Code 114

Ivana MARTINOVIĆ

Unfair Terms in Consumer Contracts 130

Andrej MIĆOVIĆ

Limitation of the Principle of Volition in the Function of the
Protection of Timeshare Purchasers 144

COMMERCIAL DISPUTES – LITIGATION AND ARBITRATION

Miroslav PAUNOVIĆ

Confidentiality in International Arbitration 164

Aleksandar JAKŠIĆ

The Effects of the ECtHR Judgments in Serbian Legal System . . . 185

Stojana PETROVIĆ

The Principles of Civil Proceedings before the Court in
Commercial Disputes 205

Kristina ANĐELIĆ

Modern Tendencies about the Role of Arbitrators in Resolving
International Investment Disputes 227

INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW

Sonja BUNČIĆ, *Milena* GALETIN

International Law as Applicable Law in Choice of Law Clauses
in Bilateral Investment Treaties 240

Uroš ZDRAVKOVIĆ

About Causes and Characteristics of Disputes under the World
Trade Organization 254

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

***Marija* KRVAVAC**

Environmental Damage in European Private International Law . . . 269

***Jelena* BELOVIĆ**

Jurisdiction in Contract Disputes based on *Forum Loci Solutionis* 281

INSOLVENCY LAW

***Dušica* PALAČKOVIĆ**

Personal Bankruptcy – Goals and Necessary Regulative Instruments 298

***Milena* JOVANOVIĆ ZATTILA, *Marija* DRAGIĆEVIĆ**

Prerequisites for (Un)successful Application of Reorganization in the Serbian Legal Practice 309

COMPETITION LAW

***Sanja* DANKOVIĆ STEPANOVIĆ**

Cartel Agreement on Division of Sources of Procurement 327

***Siniša* DOMAZET**

Determination of Relevant Geographic Market in EU Competition Law 342

LABOUR AND SOCIAL LAW

***Slobodanka* KOVAČEVIĆ-PERIĆ**

Annex to the Labour Law – Change of the Agreed Work Conditions 358

***Dragana* RADOVANOVIĆ**

Reaffirmation of Part-Time Employment 372

***Filip* BOJIĆ**

Agreement on Internship Work vs Agreement on Professional Training – the Crisis of Internships in Modern Society 383

Boško LATKOVIĆ	
Conclusion of the Contract of Employment with Foreigner: Past Developments and Current Solutions in the Law of the Republic of Serbia.	400
TAX LAW	
Zoran R. TOMIĆ	
Look at the General Tax Procedural Law – Some Selected Administrative Dilemmas.	420
Hasiba HRUSTIĆ	
The Tax Legislation Harmonization of Serbia with the European Union Tax Law.	438
LEGAL FRAMEWORK OF ECONOMY	
Aleksandar VULETIĆ	
<i>Quo vadis, nomen agentis?</i> – Feminine Nomina Agentis et Professionis in the Functional Styles of the Economic-Legal Discourse.	453
Jelena ŠOGOROV VUČKOVIĆ	
Term, Structure and Purpose of Environmental Law	465
Srđan RAJČEVIĆ	
Legal Aspects of Cloud Computing Services	476
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	492

ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА

Др *Божин* ВЛАШКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ДИСТИНКТИВНОСТ КАО УСЛОВ ЗА РЕГИСТРАЦИЈУ ЖИГА

Резиме

Дистинктивност је одлучујући критеријум за оцену да ли нека ознака може да буде предмет жића. Оцена дистинктивности зависи од околности конкретне случаја. Индиције за оцену дистинктивности могу бити, на пример, фантастични карактер ознаке, њена вишезначност, потреба за интерпретацијом, крајкоћа и одесности да привуче пажњу. Генерално се може рећи да нису дистинктивне ознаке које су у општој језичкој употреби постале уобичајене за обележавање производа и услуга, као и описујуће ознаке.

Кључне речи: *општи интерес, функција упућивања на порекло, уобичајено обележавање, просечни потрошач, степен пажње.*

I Увод

Дистинктивност је један од основних појмова права жића, којим се изражава смисао и суштина овог права. Истовремено се омогућава и разграничавање у односу на прописе других грана права који се, под одређеним условима, такође могу применити за заштиту ознака.

Данашње тржиште се одликује готово непрегледном понудом производа и услуга. За потрошаче и произвођаче је зато неопходно да производи буду обележени прикладним ознакама, како би се међусобно разликовали. Ознаке по својим својствима могу бити различите и,

сходно томе, предмет посебне регулативе. На пример, ознаке којима се описују својства производа морају бити доступне свим произвођачима. Поред тога, овим ознакама се не омогућава разликовање производа једног произвођача од производа другог, па се не може остварити ни основна функција жига која се огледа у означавању порекла.

Дистинктивност ознака и потреба да описујуће ознаке буду свима слободно доступне међусобно су чврсто повезане. Може се уочити да основи за ускраћивање регистрације у великом броју случајева нису раздвојени довољно јасно и прецизно, већ су често спојени у једну целину. То је условљено чињеницом да описујуће ознаке истовремено нису дистинктивне. Међутим, посматрано са аспекта законске регулативе, дистинктивност је основни и самостални услов за регистрацију. Самосталност се огледа и у чињеници да се ознаке које нису описујуће не могу аутоматски сматрати као дистинктивне. У раду смо зато указали само на неке од критеријума за утврђивање дистинктивности.

II Појам дистинктивности ознаке

Дистинктивност је конкретна подобност својствена одређеној ознаци да се у промету схвати као средство разликовања обележених производа и услуга једног предузећа од производа и услуга других привредних субјеката. При том није неопходно да ознака садржи податке о идентитету произвођача или даваоца услуга.¹ Ознака је дистинктивна када се њоме производи или услуге за које је пријављена разликују према свом пореклу, а не према особинама или осталим обележјима.² Једино је ово тумачење дистинктивности у сагласности са чл. 7, ст. 16 Уредбе о комунитарном жигу 40/94, као и са дефиницијом и суштинском функцијом жига. Наиме, циљ који се остварује овом одредбом не може се поистоветити са гарантовањем слободе доступности неке ознаке за све учеснике у промету, јер је то циљ чл. 7, ст. 1ц Уредбе о комунитарном жигу 40/94.³ Општи интерес који је у основи чл. 7, ст. 16 Уредбе о комунитарном жигу 40/94, и суштинска функција жига, а то је упућивање на порекло, међусобно се прожимају и преклапају. Другим речима, ознаке којима се не може испунити основна функција жига у

1 Мишљење општег правозаступника Poiares Maduro од 17.6.2004. поводом спора C-64/02 P, доступно на адреси: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language...C-64/02, 20.1.2015, тач. 22.

2 Обједињене пресуде Европског суда правде „C-473/01 P и C-474/01 P, Procter & Gamble/НАВМ (Dreidimensionale Tablettenform III)“, тач. 91, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int*, Nr. 7–8/2007, стр. 639.

3 Мишљење општег правозаступника Philippe Leger од 2.6.2005. поводом спора C-37/03 P, доступно на адреси: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language...c-37/03, 11.2.2015, тач. 31 и 34.

вези са дотичним производима не могу бити регистроване као жиг и по том основу уживати заштиту.⁴

Према пракси Европског суда правде за утврђивање дистинктивности примењују се општеважећи и јединствени критеријуми. Њихова суштина је у томе да се дистинктивност ознаке оцењује у вези са производима и услугама за које је захтевана регистрација и за чије разликовање служи жиг, а мора се заснивати на опажању ознаке у меродавним прометним круговима које чине потрошачи или корисници наведених производа и услуга.⁵ При овом испитивању меродавно је на који начин просечно информисан, пажљив и разборит потрошач или корисник највероватније опажа ове производе или услуге. То истовремено значи да се оцена дистинктивности мора прилагођавати околностима конкретног случаја, што подразумева детаљну анализу врсте и посебних обележја ознаке чија се регистрација захтева. Услов за потврђивање дистинктивности је да се ознака непосредно опажа као упућивање на порекло производа или услуга на тај начин да меродавни прометни кругови, без опасности замене, могу да разликују производе или услуге титулара жига од оних које су другог порекла.⁶ У истом смислу Европски суд правде сматра да се чл. 7, ст. 16 Уредбе о комуни-тарном жигу 40/94 нарочито односи на ознаке којима се у меродавном промету не омогућава потрошачима да при каснијој куповини производа своју одлуку учине зависном од чињенице да су приликом прве куповине стекли добро или лоше искуство.⁷

Критеријуми за оцену дистинктивности су исти за све ознаке које могу бити предмет жига. Посебне тешкоће које се у пракси могу поставити у вези са оценом дистинктивности не оправдавају успостављање посебних и строжих критеријума. Ово питање је било нарочито постављано када је реч о регистрацији тродимензионалних ознака, боја и рекламних слогана.⁸

4 Пресуда Европског суда прве инстанце „Т-190/05, The Sherwin-Williams Company/ НАВМ (TWIST & POUR)“, тач. 41, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int*, Nr. 10/2007, стр. 853.

5 Пресуда Европског суда правде „С-474/01 P Procter & Gamble v OHIM (Joined Cases С-473/01 P, С-474/01 P)“, од 29.4.2004, доступно на адреси: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?...en...C-474/01, 23.1.2015, тач. 32 и 33.

6 Пресуда Европског суда прве инстанце „Т-130/01, Sykes Enterprises Incorp. /НАВМ (Real people, real solutions)“, тач. 20, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int*, Nr. 4/2003, стр. 356.

7 Пресуда Европског суда прве инстанце „Т-122/01, Best Buy Concepts Inc/НАВМ (Best Buy)“, тач. 20, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int*, Nr. 10/2003, стр. 834.

8 Пресуда Европског суда правде „С-64/02 P, Markenschutz für Werbeslogan – Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)“, тач. 34, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 12/2007, стр. 1027.

Међутим, Европски суд прве инстанце је у пресуди „DAS PRINCIP DER BEQUEMLICHKEIT“ сматрао да ознака није дистинктивна само онда када се налази у општој употреби у привредном промету. Оваквим ставом суда промењени су постојећи критеријуми за оцену дистинктивности, који се испољавају у нормалном очекивању меродавних прометних кругова у вези са дотичним производима и услугама, па је уведен нови и суштински различит критеријум. Наиме, према новом критеријуму за примену чл. 7, ст. 1б Уредбе о комунитарном жигу 40/94, Канцеларија за усклађивање на унутрашњем тржишту мора да докаже да се ознака у пословном промету налази у општој употреби.⁹

Европски суд правде није усвојио овакав став суда претходне инстанце. Наиме, свака од сметњи за регистрацију које су предвиђене чл. 7, ст. 1 Уредбе о комунитарном жигу 40/94 је независна једна од друге и мора да буде посебно испитана и образложена. То значи да се чл. 7, ст. 1б Уредбе о комунитарном жигу 40/94 не може ограничити само на ознаке које се не могу регистровати према чл. 7, ст. 1д исте Уредбе, јер се ове ознаке налазе у општој употреби. На основу тога, Европски суд правде сматра да је суд претходне инстанце, када је реч о оцени дистинктивности, применио критеријум који је различит од оног који је примењиван у дотадашњој судској пракси, па је на тај начин погрешно протумачио смисао чл. 7, ст. 1б Уредбе о комунитарном жигу 40/94.¹⁰

III Неки од критеријума за оцену дистинктивности ознаке

Европски суд правде сматра да се за неопходни минимум дистинктивности ознаке не може захтевати да је она фантастичног карактера и да се изискује напор за разумевање њеног смисла, чиме би се на основу ефекта изненађења изазвао појачан степен пажње у промету.¹¹ Међутим, Европски суд правде закључује да појмови као што су: фантастичан, изненађујући, неочекиван, подесан да привуче пажњу, вишезначан, интерпретативан и сл. нису, додуше, нужни услови за утврђивање дистинктивности, али су, ипак, подесни да се њима омогући да ознака достигне неопходну минималну дистинктивност.¹² У истом смислу и

9 Пресуда Европског суда прве инстанце „Т-138/00, Slogan als Gemeinschaftsmarke – DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT“, тач. 46, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 3/2002, стр. 258.

10 Пресуда Европског суда правде „С-64/02 P OHIM v Erpo Möbelwerk“, од 21.10.2004, тач. 38 и 46, доступно на адреси: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language...64/02, 27.2.2015.

11 *Ibid.*, тач. 32.

12 Пресуда Европског суда правде „С-398/08 P Vorsprung durch Technik“, од 21.1.2010, од 17.9.2009, тач. 47, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 3/2010, стр. 228.

Европски суд прве инстанце сматра да наведени појмови нису садржани у чл. 7, ст. 16 Уредба о комунитарном жигу 40/94 као критеријуми за утврђивање дистинктивности.¹³ Међутим, с обзиром на чињеницу да се дистинктивност ознаке утврђује у сваком конкретном случају, узимајући у обзир све околности, не може се поставити генерално правило какав би значај у свим случајевима припадао наведеним појмовима за оцену дистинктивности. На пример, када је реч о вишезначности ознаке Савезни врховни суд Немачке истиче: „У меродавним прометним круговима се наведена ознака не схвата као упућивање на порекло, већ само као општеразумљив позитивни исказ. Наиме, ознака не достиже дистинктивност ни на основу извесне садржинске нејасноће. Иако вишезначност и потреба за интерпретацијом неког исказа може да буде основ за довољан степен његове дистинктивности, у конкретном случају ознака не достиже ни минимални степен дистинктивности на основу различитих могућности интерпретације, јер се сва могућа значења ограничавају на чињенични исказ који се аутоматски разуме.“¹⁴ Поред тога, ознака није дистинктивна када је макар у само једном од могућих значења описујућег карактера.

Дистинктивност може бити негирана не само у случајевима описујућих ознака. На пример, Европски суд прве инстанце је истакао да реч „*medi*“ меродавни прометни кругови опајају на такав начин да се њоме информишу о природи обележених производа, тј. о њиховој намени за медицинске сврхе, или повезаности са подручјем медицине, а не на начин да се њоме упућује на порекло дотичних производа. То значи да ознака „*medi*“ није описујућа, већ је информативна, па из тог разлога није дистинктивна.¹⁵

Нарочито је значајно образложење Савезног врховног суда Немачке да се приликом оцене дистинктивности узимају у обзир и околности које се односе на уобичајене навике у вези са обележавањем производа и услуга на дотичном сектору. Овде се, поред осталог, убрајају врсте и начини на које се ознака уобичајено користи за обележавање производа, а нарочито начин на који је апликована. Другим речима, од начина и врсте апликација на дотичним производима зависи да ли ће се нека ознака у конкретном случају у промету схватити као дистинктивна, тј. као указивање на порекло. За утврђивање дистинктивности се у по-

13 Пресуда Европског суда прве инстанце „Т-87/00 Bank für Arbeit und Wirtschaft AG./ Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)“, од 5.4.2001, тач. 39 и 41, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int*, Nr. 8–9/2001, стр. 756.

14 Закључак Савезног врховног суда Немачке „I ZB 52/08 DeutschlandCard“, од 17.9.2009, тач. 19, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht RR*, Nr. 11/2009, стр. 406.

15 Пресуда Европског суда прве инстанце „Т-470/09 *medi v OHIM (medi)*“, доступно на адреси: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-470/09, 11.2.2015, тач. 52.

ступку регистрације начелно не може захтевати да је свака могућа употреба ознаке дистинктивног карактера. Напротив, довољно је да постоје практично значајне и вероватне могућности да се пријављена ознака може применити на такав начин да се у промету аутоматски схвати као средство разликовања. За регистрацију, такође, није од значаја ни да ли могућности да се ознака употреби као упућивање на порекло претежу у поређењу са другим применама ознаке.¹⁶

Исти став заступао је и Европски суд прве инстанце у случају регистрације слика пентагона за обележавање вина.¹⁷ Регистрација је ускраћена с образложењем да је пријављена ознака проста геометријска форма, без икакве фантастичности или својствености у представљању, те да зато није дистинктивна. Оцена Суда прве инстанце заснована је на ставу да се основна функција жига састоји у томе да се потрошачу гарантује порекло њиме обележених производа и омогућава да овако обележене производе разликује од производа другог порекла. Зато је циљ чл. 7, ст. 16 Уредбе о комунитарном жигу 40/94 спречавање регистрације оних ознака које нису дистинктивне, с обзиром да само по основу дистинктивности жиг постаје подесан да испуни своју основну функцију. У конкретном случају оспорена ознака се стапа са геометријском сликом петоугла и не поседује никакво обележје којим би се потрошачу указало на порекло производа. Поред тога, потрошачи вина уобичајено не идентификује порекло на основу неке геометријске слике, него на спознаји географског и производног порекла, уз помоћ етикете која је налепљена на свакој боци вина. Оспорена ознака је толико једноставна да се у вези са формом етикете не опажа као ознака којом се указује на порекло, већ као ознака са функционалним или естетским циљем. Суд прве инстанце сматра да се тако једноставним геометријским сликама потрошачи начелно не могу подстакнути на закључак о пореклу производа. Међутим, исти суд дозвољава могућност да тужила докаже да је потрошач, ипак, у ситуацији да препозна производно порекло вина само на основу неке једноставне геометријске слике.

Дистинктивност се, како смо већ истакли, оцењује у вези са начином на који се ознака опажа у меродавним прометним круговима. С обзиром да меродавни прометни кругови могу бити састављени и од стручних лица, поставља се питање на који начин се тада одређује минимални степен дистинктивности. Европски суд правде истиче да околност да су меродавни прометни кругови стручно специјализовани не

16 Закључак Савезног врховног суда Немачке „I ZB 115/08 TOOOR“, од 24.6.2010, тач. III/4, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 12/2010, стр. 1100.

17 Пресуда Европског суда прве инстанце „T-304/05 Cain Cellars v OHIM (Représentation d'un pentagone)“, доступно на адреси: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language...304/05, 15.1.2015, тач. 34.

може да буде од пресудног утицаја на правне критеријуме за оцену дистинктивности ознаке.¹⁸ Иако је степен пажње стручних кругова виши, у поређењу са пажњом просечног потрошача, то још увек нужно не значи да је довољан нижи степен дистинктивности ознаке када су меродавни прометни кругови стручно специјализовани. Наиме, према пракси Европског суда правде за оцену дистинктивности ознаке меродаван је општи утисак који се њоме изазива. Ово начело могло би да буде доведено у питање када би ниво дистинктивности на општи начин био зависан од степена специјализације меродавних прометних кругова. Наиме, Европски суд правде нарочито указује на околност да констатације о опажању или ставу меродавних прометних кругова спадају у домен утврђивања и оцене чињеница, па се о том питању не може одлучивати у поступку пред овим судом.¹⁹

IV Утврђивање дистинктивности ознаке

Ознаком се могу остваривати и друге функције, а не само функција указивања на порекло. У том случају ознака је дистинктивна само онда када се у промету непосредно опажа као указивање на порекло. С обзиром да су описујуће ознаке истовремено и недистинктивне, Савезни врховни суд Немачке је истакао да се ознаци не може оспорити минимална дистинктивност, ако у првом плану није описујући смисао и ако није у питању уобичајена реч немачког или неког познатог страног језика, која се увек разуме само као таква, а не као средство разликовања. Полазећи од оваквог становишта, Савезни врховни суд Немачке је сматрао да комбинација речи „*Link economy*“ у домаћем промету није јасно и очигледно описивање садржаја производа или услуга.²⁰ У претходном поступку Савезни патентни суд Немачке је дошао до супротног закључка, јер је могући описујући садржај истражио и утврдио на основу дужег мисаоног процеса. Међутим, такав поступак анализе није дозвољен у оквиру процене дистинктивности ознаке, јер се у том случају не може сматрати да је реч о описивању садржаја производа и услуга, које је за просечног потрошача аутоматски видљиво и наметнуто у првом плану. Смисао комбинације речи „*Link economy*“ који је, као основни, утврдио Савезни патентни суд је само једна од

18 *Ibid.*, тач. 37.

19 Пресуда Европског суда правде „C-311/11 P Smart Technologies v OHIM“, доступно на адреси: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language...C-311, 25.1.2015, тач. 48, 49 и 51.

20 Закључак Савезног врховног суда Немачке „I ZB 56/09 Link economy“, од 21.12.2011, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 3/2012, стр. 270, Закључак Савезног врховног суда Немачке „I ZB 18/13 Gute Laune Drops“, од 10.7.2014, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 9/2014, стр. 872.

могућих интерпретација. Другим речима, наведена комбинација речи је вишезначна и захтева интерпретацију, при чему описујући смисао није несумњиво у првом плану. Комбинација је, наиме, кратка, прегнантна и показује извесну оригиналност у вези са свим пријављеним производима и услугама. На основу вишезначности, она подстиче на размишљање. Све су то околности на основу којих се пријављеној комбинацији не може негирати свака дистинктивност.

Савезни врховни суд Немачке је одбио овакав Закључак и предмет вратио на поновно одлучивање са налогом да се утврди постојање евентуалне потребе да наведена ознака остане слободна у промету, с обзиром да се Савезни патентни суд о овом питању није изјаснио. Оваквим приступом је још једном наглашена самосталност дистинктивности ознаке као услова за стицање заштите.

V Међусобни однос забрана за регистрацију предвиђених чл. 7, ст. 1 Уредбе о комунитарном жигу 40/94

Ознака се не може регистровати уколико се утврди постојање само једног од разлога наведених чл. 7, ст. 1 Уредбе о комунитарном жигу 40/94. Свака забрана за регистрацију мора се испитивати независно и одвојено и мора се, такође, тумачити у светлу општег интереса који је у њеној основи. Тиме није искључена могућност да се истовремено испита постојање и више апсолутних забрана за регистрацију. Међутим, подручја примене забрана за регистрацију се очигледно преклапају. На пример, реч којом се описују својства производа и услуга, као и речи које су уобичајене и које се увек схватају само као такве, истовремено нису дистинктивне за ове производе и услуге у смислу чл. 7, ст. 1 (б) Уредбе о комунитарном жигу 40/94. С обзиром на самосталност сваке од наведених забрана за регистрацију, није неопходно да је ознака истовремено описујућа или да је уобичајена у употреби. Дистинктивност је одлучујући критеријум за оцену да ли нека ознака може да буде предмет жига, а остале забране, о којима је реч, су случајеви у којима се претпоставља непостојање дистинктивности.²¹

21 Пресуда Европског суда правде „C-517/99 Merz & Krell GmbH & Co. (Bravo)“, од 4.10.2001, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 12/2001, стр. 1148.

VI Закључак

Ознака је дистинктивна када се њоме обележени производи или услуге разликују према свом пореклу, а не према особинама или осталим обележјима. Општи интерес који је у основи чл. 7, ст. 16 Уредбе о комунитарном жигу 40/94 и суштинска функција жига, а то је упућивање на порекло, међусобно се прожимају и преклапају. То значи да ознаке којима се не може испунити основна функција жига у вези са дотичним производима не могу бити регистроване као жиг.

За регистрацију ознаке довољан је само минималан степен дистинктивности, који се утврђује на основу општеважећих и јединствених критеријума. Оцена дистинктивности ознаке мора се прилагођавати околностима конкретног случаја, што подразумева детаљну анализу врсте и посебних обележја ознаке. Фантастичност, неочекиваност, подесност да привуче пажњу, вишезначност, интерпретативност ознаке, краткоћа, прегнантност, непосредно и лако остајање у сећању, као особине ознаке нису нужни услови за потврђивање дистинктивности, али су, ипак, подесне за достизање неопходне минималне дистинктивности. Међутим, с обзиром на чињеницу да се дистинктивност ознаке утврђује у сваком конкретном случају, узимајући у обзир све околности, не може се поставити генерално правило какав значај за оцену дистинктивности припада наведеним особинама ознаке.

Приликом оцене дистинктивности узимају се у обзир и околности које се односе на уобичајене навике у вези са обележавањем производа и услуга на дотичном сектору, а нарочито начин на који је ознака апликована. Довољно је да постоје вероватне могућности да се пријављена ознака може применити на такав начин да се у промету одмах схвати као средство разликовања. Ознакама се не може оспорити минимална дистинктивност, када у првом плану није описујући смисао и када нису у питању уобичајена реч домаћег или неког познатог страног језика, које се у промету увек схватају само као такве, а не као средство разликовања. Дистинктивност неке комбинације речи не може се негирати у случају да се описујући садржај може утврдити само на основу више мисаоних операција.

Božin VLAŠKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

DISTINCTIVENESS AS A REQUIREMENT FOR REGISTRATION OF TRADEMARKS

Summary

Distinctiveness is the decisive criterion for assessing whether a mark may be subject to trademark. Rating distinctiveness depends on the circumstances of a particular case. The indication for assessing distinctiveness can be, for example, a fantastic character of a mark, its polysemy, the need for interpretation, brevity and appropriateness to attract attention. In general, we can say that markings which in the general linguistic usage became common for labeling of products and services, are not distinctive, as well as describing marks.

Key words: *general interest, function of origin, customary marking, average consumer, degree of attention.*

Др Зоран МИЛАДИНОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

СПЕЦИФИЧНОСТИ АУТОРСКИХ УГОВОРА *

Резиме

У раду се анализирају специфичности ауторских уговора као једној од основа прометла имовинскоправних овлашћења аутора. Сложени субјективној ауторској права одражава се и на ишњање прометла ауторској права као целине. Специфичности предметла ових уговора, као немајеријалној добра, али и неравноправној положаја уговорних страна, аутора, односно других носилаца ауторских права с једне, и корисника ауторских дела с друге стране, јесте да се ошња правила о уговорима из грађанској и привредној права не моју у ишњуности применити на ауторске уговоре. Из њих разлоја происи ауторској права знајан протитор иосвећују ауторским уговорима, и то најпре у форми заједничких правила за све ауторске уговоре, а иштом урећују односе из иојединих именованих ауторских уговора. Правила уговорној ауторској права су *lex specialis* у односу на ошња правила грађанској и привредној уговорној права. Специфичности се улавном односе на форму ауторских уговора, на обавезу корисника дела да врши ирибављено овлашћење, на правила ишумачења ауторских уговора, као и на иосебну-иривилетовану моћуности аутора да раскине ауторски уговор у иојединим случајевима. У раду се иревасходно анализирају решења садржана у Закону о ауторском и сродним правима Србије, али и њихова усајлашености са одоварајућим решењима у уиоредном праву. У закључним разматрањима се констатире да су ња решења у складу са решењима из уиоредној права, и да је кроз ироисивање ио-

* Рад је написан у оквиру пројекта „Усклађивање правној система Републике Србије са стандардима Европске уније“ који финансира Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

себних њавила за ауџорске ујоворе, а у неким случајевима и у форми имџерајивних норми, намера законодавца била да у рејулисаву ујоворних односа зашџијији ауџоре, односно носивоце ауџорских џрава, као економски слабију ујоворну сџрану у односу на кориснике ауџорских дела.

Кључне речи: ауџорски ујовор, ауџор, груџи носилац ауџорских џрава, корисник дела, форма ујовора, раскид ујовора.

І Уводне напомене

Осим ретких изузетака, а пре свега услед финансијских, организационих и техничких разлога, аутори из свих области стваралаштва од увек нису били у могућности да сами врше сва она имовинскоправна овлашћења која чине садржину њиховог субјективног ауторског права. На пример, објективно је немогуће да аутор, односно филмски продуцент као носилац ауторских права, сам емитује своје дело, јавно саопштава дело које се емитује или јавно саопштава дело са носача звука или слике. За нека ауторска дела то је објективно и могуће, али је економски неисплативо. На пример, захваљујући технолошком напретку, данас је објективно могуће да аутори књижевних дела сами умножавају своја дела, штампањем на рачунару, али би економски то било апсолутно неисплативо. Зато аутори своја имовинскоправна овлашћења остварују на тај начин што њима располажу и то тако што закључују одговарајуће ауторске уговоре са оним субјектима који су специјализовани за искоришћавање појединачних врста ауторских дела (са издавачима књижевних дела, филмским продуцентима, позоришним кућама, организацијама за колективно остваривање ауторског и сродних права и слично) или са корисницима чија то није основна, већ споредна делатност.¹

Имајући у виду чињеницу да закони о ауторском праву дефинишу искључива имовинскоправна овлашћења као овлашћења којима аутор или други носилац ауторских права има право да другоме *дозволи или забрани* вршење одређене радње коришћења ауторског дела, јасно је да се под изразом „дозвола“ у контексту ауторског права, мисли на уговор² који за предмет има неку конкретну радњу коришћења ауторског дела. Дакле, ауторски уговор је правни инструмент помоћу кога аутори остварују економску корист од свог дела.

1 Милан Самарџић, „Корисници и ауторска права у свету и код нас“, *Правни живоић*, бр. 11/1997, стр. 633.

2 Слободан Марковић, „Тумачење израз „дозвола“ у југословенском ауторском и сродном праву“, *Правни живоић*, бр. 11/1998, стр. 921.

У пракси се ауторски уговори најчешће појављују у свом „чистом“ облику. Међутим, нису ретки случајеви у којима се елементи ауторског уговора појављују у оквиру сложених уговора. У таквим сложеним уговорима понекад доминирају елементи неког другог уговора, док ауторскоправни елементи имају секундарни значај (уговора о раду, на пример, уговора о делу, уговора о ортаклуку и слично), а понекад су ауторскоправни елементи доминантни док су елементи других уговора секундарног значаја (на пример, уговор о колективном остваривању ауторског права, уговор о уступању имовинскоправних овлашћења на искоришћавање будућег дела). Најкарактеристичнији пример сложеног уговора је уговор о филмском делу који садржи елементе уговора о раду, уговора о наруџбини ауторског дела, уговора о делу, али срж овог уговора су ипак елементи ауторског уговора.

Ауторско уговорно право у Србији регулисано је одредбама чланова 67–97 Закона о ауторском и сродним правима (у даљем тексту: ЗАСП).³ То су правила *lex specialis* у односу на Закон о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО),⁴ тако да се одредбе ЗОО примењују на ауторске уговоре, ако одредбама ЗАСП није друкчије одређено. При томе су одредбе члана 67–72 заједничке за све ауторске уговоре, док су одредбама чланова 72–79 уређена правила за поједине, најзаступљеније ауторске уговоре (издавачки, уговор о извођењу или представљању, уговор о преради, уговор о филмском делу и уговор о наруџбини ауторског дела).

Имајући у виду да ауторско уговорно право садржи бројне специфичности у односу на општа правила облигационог права, у раду се указује на њих, с посебним освртом на форму ауторског уговора, обавезу вршења уступљеног овлашћења, правила тумачења ауторског уговора као и на посебна правила у погледу могућности да аутор раскине ауторски уговор у појединим случајевима.

II Појам ауторског уговора

Ауторски уговор се дефинише као уговор којим се ауторска права уступају или у целини преносе (ЗАСП, чл. 67). Из овако одређеног појма ауторског уговора уочава се да ауторско уговорно право познаје два облика промета искључивих имовинскоправних овлашћења на основу уговора: конститутивни, који се одвија на основу уговора о уступању

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

4 Закон о облигационим односима (Службени лист СФРЈ, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, Службени лист СРЈ, бр. 31/1993, 22/1999, 23/1999, 35/1999, 44/1999).

– лиценци одређеног, односно одређених имовинскоправних овлашћења, и транслативни, који се одвија на основу уговора о преносу – цесији ауторских права. Конститутивни облик промета искључивих имовинскоправних овлашћења је такав облик промета код кога изворна имовинскоправна овлашћења остају изворном носиоцу (аутору), али се из садржине субјективног ауторског права изводи једно или више конкретних имовинскоправних овлашћења, које се, као ново субјективно право коришћења ауторског дела, конституише на име другог лица. За овај облик промета наш законодавац користи израз уступање имовинскоправних овлашћења (ЗАСП, чл. 61). Полазећи од монистичке теорије о правној природи субјективног ауторског права, која је прихваћена и у нашем праву, а према којој је субјективно ауторско право јединствено, *sui generis*, право са две врсте овлашћења: личноправна и имовинскоправна, аутор и његов наследник за живота могу закључивати само уговоре о *уступању* својих овлашћења, а не и уговор о преносу – цесији ауторских права. Овакво решење је резултат схватања да је субјективно ауторско право, због своје личноправне компоненте, везано за личност аутора, тако да се не може отуђити, чак ни у свом имовинскоправном аспекту.⁵

Транспалтивни облик промета искључивих имовинскоправних овлашћења је такав облик промета код кога долази до преноса – цесије целог права са једног на друго лице. Код овог облика промета, преносилац престаје бити носилац ауторских права, док стицалац постаје нови носилац тих истих права. Пошто је у нашем ауторском праву прихваћен монистички концепт правне природе субјективног ауторског права, и како личноправна овлашћења не могу бити предмет промета међу живима, аутор и његов наследник не могу за живота располагати својим искључивим имовинскоправним овлашћењима на транслативан начин. То могу да чине (да преносе) само лица која су од аутора или ауторовог наследника уступањем стекла *искључиво* право коришћења ауторског дела, али под условом да су од уступцоца за то добила дозволу, односно сагласност. Лица која су стекла *неискључиво* право коришћења ауторског дела, не могу преносити стечено овлашћење на друго лице. Наш ЗАСП не садржи изричиту одредбу о томе, али се, из одредбе чл. 62 ст. 3 ЗАСП, према којој она не могу стечено овлашћење уступати другом лицу, закључује да тим пре она не могу преносити стечено овлашћење. У вези за транслативним прометом искључивих имовинскоправних овлашћења, значајно је указати да се стицањем права својине на оригиналном примерку ауторског дела не подразумева и стицање ауторског права на делу (ЗАСП, чл. 63).⁶

5 Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2014, стр. 196.

6 Пресуда Окружног суда у Београду П. бр. 21/96 и П. бр. 50/95 и пресуда Врховног суда Србије бр. Гж. 108/96. од 22. јануара 1997. године.

За постојање ауторског уговора није услов да страна која уступа одређено овлашћење увек мора бити аутор. То може бити и лице које није аутор, али је носилац ауторских права.⁷ Носиоци ауторских права су углавном аутори наследници, организације за колективно остваривање ауторског и сродних права, послодавац, код ауторских дела створених у радном односу и други.

У ауторском уговорном праву важи начело аутономије воље, односно слободе уговарања. То значи да не постоји обавеза закључивања ауторског уговора. Од овог правила постоји само један изузетак, а то је да организација за колективно остваривање ауторског права мора да закључи уговор са сваким заинтересованим корисником о неискључивом уступању права коришћења ауторског дела, и то под истим условима за све кориснике из исте тарифне класе.

На аутономију воље, односно слободу закључивања ауторског уговора, надовезује се слобода обликовања садржине ауторског уговора. Међутим, ова слобода донекле је ограничена чињеницом да су аутори у процесу закључивања ауторских уговора у економски неравноправном положају у односу на корисника дела, што често има за последицу да аутори бивају у позицији да прихвате услове који нису у складу са њиховим најбољим интересима. Због те чињенице, прописи ауторског права, укључујући наш ЗАСП уређују један број питања императивним нормама настојећи да на тај начин заштите интересе аутора. Поред ове, да кажемо законске заштите аутора у погледу уређивања уговорних односа, други начин на који аутори могу да побољшају своју преговарачку позицију је мање ефикасан, али у пракси могућ. То је удруживање ауто-

7 Аутор је изворни носилац ауторских права. Други носилац ауторских права је свако лице које није аутор али користи ауторско дело по неком правном основу. Правни основ може бити уговор, наслеђивање и у одређеним случајевима закон. То је, на пример, случај остваривања ауторских права када су у питању ауторска дела објављена или издата као анонимна или под псеудонимом. У том случају, лице које је објавило, односно издало ауторско дело као анонимно или под псеудонимом, по самом закону је овлашћено да остварује ауторска права над тим делима. У ова два случаја лице које је објавило или издало ауторско дело, зна идентитет аутора, али је, из тежње законодавца да ауторов идентитет у односу на јавност остаје неоткривен, усвојена концепција да до промета долази по самом закону, а не на основу уговора између аутора и лица које је дело објавило, односно издало као анонимно или под псеудонимом. У ширем смислу, до промета ауторских права на основу закона долази и у случају ауторских дела створених у радном односу, где, према прописима ауторског права, послодавац, по самом закону, има право да објави ауторско дело које је запослени створио извршавајући своје редовне радне задатке и носилац је свих имовинскоправних овлашћења на том делу за одређени временски период. Према нашем Закону о ауторском и сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012), чл. 98 ст. 1 тај рок износи 5 година од дана завршетка дела. Ако је ауторско дело створено у радном односу рачунарски програм трајни носилац свих искључивих имовинскоправних овлашћења на делу је послодавац, ако уговором није друкчије одређено (ЗАСП, чл. 91 ст. 2).

ра у одговарајуће облике организовања. У пракси постоје углавном два таква облика. Један је удруживање аутора у одговарајуће организације за колективно остваривање ауторских права. Други је синдикално организовање аутора. Овај други случај применљив је само за ауторе који су у радном односу код послодавца чија је делатност стварање и искоришћавање одређене врсте ауторских дела.⁸ У овом случају аутори се, преко својих синдикалних организација, поред чисто радноправних питања, прилично успешно могу изборити и за одређена питања која се односе на ауторска дела створена у радном односу, пре свега на висину и начин плаћања накнаде за коришћење ауторских дела која су створили извршавајући своје обавезе из уговора о раду,⁹ док на само право послодавца да дело користи не могу утицати, будући да послодавац, по самом закону, има право на искоришћавање ауторских дела створених у радном односу, осим ако уговором о раду, или општим актом послодавца, није друкчије одређено,¹⁰ што ће у пракси ретко када бити случај.

III Форма ауторског уговора

Ауторски уговори закључују се у писменој форми, осим уколико посебним одредбама ЗАСП није друкчије прописано (ЗАСП, чл. 67 ст. 3). ЗАСП познаје само један такав изузетак: издавачки уговор чији је предмет издавање чланака, цртежа и других ауторских прилога у новинама и периодичној штампи не мора бити закључен у писменој форми (ЗАСП, чл. 74). Код ауторских уговора за које је прописана обавезна писмена форма, писмени облик је обавезан и за новацију таквог уговора.¹¹ Писмену форму за ауторске уговоре предвиђају и прописи ауторског права већине земаља.¹² Иако већина прописа о ауторском праву прописују писмену форму за ауторске уговоре, у правној теорији не постоји јединствено гледање на карактер ове форме. Има схватања да писмена форма служи као доказ да је ауторски уговор закључен, форма *ad probationem*.¹³ Међутим, има и схватања да је писмена форма услов пуноважности ауторског уговора, форма *ad solemnitatem*.¹⁴

8 У пракси овакви уговори се сусрећу у области новинарства, радио и ТВ стваралаштва, филмске индустрије и сличним установама.

9 Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Београд, 1999, стр. 255.

10 Вид. ЗАСП, чл. 98–101.

11 Одлука Врховног суда Србије, Гж. 144/82, *Информатор Окружној суду у Београду*, бр. 1/1982, стр. 12.

12 Француске, Русије, САД.

13 Михајло Стојановић, *Издавачки уговор*, Београд, 1967, стр. 39.

14 Војислав Спаић, *Теорија ауторској права и ауторско право у СФРЈ*, Загреб, Београд, Чаковец, 1983, стр. 212.

Питање које се одмах поставља, а о коме нема изричите одредбе у важећем ЗАСП, јесте које су правне последице ако ауторски уговор није закључен у писменој форми. У Закону о ауторском праву из 1978. године¹⁵ на ово питање био је дат јасан одговор, јер је било прописано да су уговори који нису закључени у писменој форми апсолутно ништави и не производе никакве правне последице. Очигледно је да је намера аутора актуелног ЗАСП била да се ублажи правило о обавезности писмене форме ауторског уговора, односно последице непоштовања обавезне писмене форме ауторског уговора. Овакав став законописца може се тумачити и чињеницом да писмена форма ауторског уговора није у функцији заштите било ког јавног интереса, будући да се ауторским уговорима уређују односи приватног права.¹⁶ Имајући у виду да актуелни ЗАСП не садржи изричиту одредбу која прописује ништавост ауторског уговора који није сачињен у писменој форми, и полазећи од чињенице да се на ауторске уговоре примењују одредбе ЗОО као општа правила, у случају када поједина питања нису уређена одредбама ЗАСП, одговор на ово питање налазимо у члану 73 ЗОО, према коме „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 претежном делу, обавезе које из њега произилазе, осим ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произилази што друго“. Из овог правила облигационог права изводи се следећи закључак: „усмено закључени ауторски уговор не производи правно дејство уколико уговорне стране нису у целини или у претежном делу извршиле обавезе које из њега произилазе, односно сматра се да је усмено закључени ауторски уговор пуноважан ако су уговорне стране у целини или у претежном делу извршиле обавезе које из њега произилазе.“¹⁷

Неспорно је да се ово правило из ЗОО може применити и на ауторске уговоре, односно да недостатак писмене форме не подразумева аутоматски и ништавост ауторског уговора. Међутим, специфичност предмета уговора у ауторском праву има за резултат да се приликом примене ове одредбе узимају у обзир интереси и намере обе уговорне стране. Оно што је неспорно јесте да, уколико једна уговорна страна није извршила своју уговорну обавезу из усмено закљученог ауторског уговора, друга страна не може се позивати на тако закључен уговор и од суда захтевати да другу обавезе на извршење уговорне обавезе и евентуалну накнаду штете. Неспорно је, такође, да је усмено закључени ауторски уговор пуноважан и онда када су обе уговорне стране извршиле

15 Закон о ауторском праву (*Службени лист СФРЈ*, бр. 19/197), чл. 56.

16 Слободан Гавриловић, „Форма уговора у ауторском праву“, *Право и њивреда*, бр. 9–12/2005, стр. 70.

17 С. Марковић, *нав. дело*, стр. 256.

своје обавезе у целини.¹⁸ Међутим, између ове две јасне ситуације које су неспорне постоји читав низ могућих ситуација у којима ће обавезе из ауторског уговора бити делимично извршене, када долази до потребе тумачења да ли је то делимично извршење уствари извршење у „претежном делу“ у смислу члана 73 ЗОО, да би се занемарио недостатак писмене форме, или то није случај. И овде специфичност предмета уговора захтева да одговор на ово питање зависи од тога да ли је извршена она обавеза (престација) из ауторског уговора која је карактеристична за конкретан уговор.¹⁹ То значи да ће се само ако је извршена *карактеристична* обавеза из уговора, сматрати да је усмено закључен ауторски уговор извршен у претежном делу. У ауторском праву, карактеристична престација цени се пре свега од врсте уговора, али и од тога да ли је стипулац овлашћења обавезан да врши прибављено овлашћење или је то само његово право па може али не мора да га врши. Тако, на пример, ако је у питању издавачки уговор где је аутор предао манускрипт издавачу који се обавезао да ауторско дело умножи у одређеном року, што је и учинио, сматраће се да је извршена карактеристична престација и аутор има право да од суда захтева да му издавач исплати ауторски хонорар, а издавач се у том случају не може позивати на непостојање његове обавезе плаћања хонорара зато што уговор није сачињен у писменој форми. Или, на пример, када је у питању емитовање ауторског дела, емисиона станица се усмено закљученим уговором обавезала да емитује дело па је то и учинила, сматраће се да је уговор извршен у претежном делу, па уколико аутору није платила накнаду за емитовање, аутор може то своје право захтевати судским путем, а емисиона станица се не може позивати на недостатак писмене форме уговора. Ако би се, пак, радило о уговору о емитовању где није предвиђена обавеза емисионе станице да дело емитује, већ само да плати аутору накнаду за уступљено јој право, чињеница да је она емитовала дело не била довољна да се уговор сматра извршеним у претежном делу. Очигледно, ово је једно веома компликовано питање, на које се мора тражити одговор у сваком конкретном случају, посебно када није у питању чист ауторски уговор, већ има елемената и других уговора.

IV Битни елементи ауторског уговора

По природи ствари, сваки уговор, без обзира на врсту, мора да садржи одређене битне елементе. ЗАСП, у члану 69 прописује да ауторски уговор мора да садржи: имена уговорних страна, наслов, односно идентификацију ауторског дела које је предмет уговора, права која су

18 Решење Врховног суда Србије, Гж. 8/2002. од 18. априла 2002. године.

19 С. Марковић, *нав. дело*, стр. 256.

предмет уступања, односно преноса, висину, начин и рокове плаћања ауторске накнаде ако је уговорена, као и садржинска, просторна и временска ограничења искоришћавања ауторског права, ако постоје. Из ове законске одредбе не види се који су елементи ауторског уговора битни, а који небитни. У правној теорији се сматра да то питање и не треба да буде одређено законом, већ тумачењем уговора и судском праксом.²⁰ Ипак, сматрамо да су елементи уговора који су наведени у члану 69 нашег ЗАСП битни и да они морају бити унети у уговор да би уговор имао карактер ауторског уговора. Сви остали елементи зависе од врсте ауторског уговора, било да је уговор именован или неименован. Али, када се у ауторски уговор унесу елементи који у закону нису наведени као битни, они за саме уговорне стране постају битни елементи ауторског уговора.²¹

Од свих ових елемената пажњу заслужују овлашћења која су предмет уступања, односно преноса, затим висина, начин и рокови плаћања ауторске накнаде ако је уговорена као и садржинска, просторна и временска ограничења, ако постоје.

Што се тиче одредбе о овлашћењима која су предмет уступања, односно преноса, законодавац је оправдано ценио да то треба да буде битан елемент уговора из једноставног разлога што је листа искључивих имовинскоправних овлашћења аутора прилично широка и да је, стога, потребно уговором јасно прецизирати које је конкретно овлашћење предмет уговора. Поред тога, постоје нека овлашћења за која је законом прописано да се уговором изричито морају предвидети, јер се у супротном, тумачењем уговора не може закључити да је то била намера уговорних страна. Према нашем ЗАСП, то су овлашћење на објављивање ауторског дела, бележење на телесни носач звука или слике и овлашћење на емитовање ауторског дела (ЗАСП, чл. 68 ст. 2).

Када је реч о ауторској накнади, о том питању, као елементу ауторског уговора се у правној теорији доста расправљало, што се одражавало и на законска решења, пре свега у погледу дилеме да ли прописима ауторског права треба прописивати да је плаћање ауторске накнаде обавеза корисника дела или то питање треба препустити уговорним странама.

Наиме, пракса је показала да је један од основних облика злоупотребе преговарачке позиције корисника ауторских дела у односу на ауторе, настојање да се ауторски уговор којим аутор уступа одређено овлашћење кориснику, закључи без обавезе корисника да плати накна-

20 В. Спаић, *нав. дело*, стр. 213.

21 Пресуда Врховног суда Хрватске, од 3. марта 1965. године. Преузето из В. Спаић, *нав. дело*, стр. 213.

ду. Ова појава нарочито погађа неафирмисане ауторе који, у жељи да њихово дело буде доступно јавности, као и тежњи за уметничком и стваралачком афирмацијом, прихватају закључивање уговора о уступању ауторских права без било какве накнаде, а понекад чак учествују и у сношењу трошкова у припреми ауторског дела за коришћење (штампања, бележења на телесни носач и слично). У жељи да се ојача позиција аутора по овом питању законодавци на различите начине имплицитно прописују обавезу уговарања ауторске накнаде.²²

Други систем је прописивање обавезе плаћања ауторске накнаде као битног елемента ауторског уговора. Овај систем био је у примени у нашем праву све до ступања на снагу ЗАСП из 2004. године. Наиме, према члану 63 ЗАСП из 1998. године, обавеза плаћања ауторског хонорара био је обавезан елемент ауторског уговора. Последица неуговарања ауторске накнаде била је непостојање ауторског уговора, што је производило бројне последице.²³ У шестогодишњем периоду важења овог закона уочено је да ова законска одредба није имала никаквог позитивног утицаја на праксу закључивања ауторских уговора, тако да је ЗАСП из 2004. године ова одредба изостављена, односно да је правило о обавези плаћања ауторске накнаде измењено тако што је, да је одредбом члана 67 прописано да ауторски уговор садржи одредбу о висини, начину и роковима плаћања ауторске накнаде, *ако је уговорена*. Исто решење садржи и важећи ЗАСП из 2009. године, са одговарајућим изменама из 2011. и 2012. године (члан 69). Дакле, према нашем актуелном ЗАСП, ауторска накнада није више битан елемент ауторског уговора, већ она зависи од воље уговорних страна, што значи да уговор може, али не мора, да садржи обавезу плаћања ауторске накнаде.²⁴ Ово решење у складу је са решењима у упоредном ауторском праву, чиме су елиминисане дилеме о оправданости прописивања ауторског хонорара као битног елемента ауторског уговора које су постојале правној теорији.

Када је реч о ограничењима корисника ауторског дела, прописи ауторског права, укључујући наш ЗАСП (члан 69) инсистирају да ауторским уговором, уступилац и стицалац јасно дефинишу конкретно овлашћење које се, као предмет промета, уступа из сета имовинско-

22 Idris Kamil, *Intellectual property a power tool for economic growth*, Geneve, 2003, стр. 158.

23 Аутор у том случају није могао да се позива на правило о тумачењу ауторских уговора – *in dubio pro auctore* из члана 66 став 1 ЗАСП, није имао право на раскид уговора у случају некоришћења или недовољног коришћења ауторског дела из члана 69 ЗАСП, није могао да користи институт права покајања из члана 70 ЗАСП и није имао право на измену уговора како би се ускладила накнада са приходом који корисник оствари коришћењем ауторског дела из члана 68 ЗАСП.

24 Слободан Марковић, „Ауторско уговорно право – креативност на тржишту“, *Зборник радова факултета грамских уметности*, бр. 11–12/2007, стр. 359–386.

правних овлашћења. Уступљено овлашћење мора се јасно дефинисати у садржинском, предметном, просторном и временском смислу.

Садржинским дефинисањем уступилац и стицалац уговором прецизирају које, односно која конкретна имовинскоправна овлашћења се уступају. То може бити једно или више овлашћења, али нема сметње да се уступе и сва имовинскоправна овлашћења, што је у пракси ређи случај. Тако, на пример, аутор књижевног дела може уступити издавачу само овлашћење на умножавање примерака дела штампањем и на стављање тих примерака у промет, али може и уступити неком лицу само овлашћење на умножавање примерака дела, док овлашћење на стављање тих примерака дела у промет може уступити другом лицу, или ће те примерке дела сам стављати у промет.

Садржинско овлашћење се уговором може још прецизније одредити у смислу да исто буде и предметно дефинисано, односно ограничено. На овај начин се стицалац конкретног овлашћења уговором ограничава на који конкретан начин треба да искоришћава уступљено овлашћење. На пример, ако је реч о емитовању филмског дела да то буде искључиво на одређеном каналу, ако је у питању овлашћење на извођење музичког дела да то буде у тачно одговарајућем простору и слочно.

Просторним дефинисањем се одређује територија на којој стицалац овлашћења може исто да врши. Разлог зашто законодавац инсистира на просторном дефинисању уступљеног овлашћења произилази из чињенице да се, захваљујући међународним конвенцијама, пре свих Бернској конвенцији о заштити књижевних и уметничких дела,²⁵ субјективно ауторско право може простирати на територији више држава. У таквој ситуацији аутор је оправдано заинтересован да овлашћење које уступа стицаоцу, исти може вршити на територији само једне или више држава. С друге стране, када су у питању поједине врсте ауторских дела и облици искоришћавања, аутор може бити заинтересован да се његово дело искоришћава на одређеном ужем подручју унутар своје земље, у којој иначе ужива ауторскоправну заштиту. Примера ради, аутор дела у Србији има субјективно ауторско право на територији Србије. Међутим, он, приликом уступања одређеног овлашћења стицаоцу (позоришту, на пример), ограничава просторно његово овлашћење на искоришћавање ауторског дела само на матичној сцени, што значи да позориште не би могло да искоришћава дело изван свог седишта без посебне сагласности уступеоца.

Овде се поставља питање да ли је такво уговарање, односно ограничавање допуштено, с обзиром на уставно начело јединства унутрашњег

25 Бернска конвенција о заштити књижевних и уметничких дела (*Службени лист СФРЈ*, бр. 15/1975), чл. 3.

тржишта које подразумева гаранцију слободе кретања робе, капитала и радне снаге на целој територији државе. Са аспекта права интелектуалне својине, нема препрека да се таква клаузула у неком ауторском уговору нађе. Међутим у правној теорији преовлађује схватање да се ово право стицаоца не може ограничити на територију ужу од територије државе, јер би то ограничавање било препрека слободном кретању робе унутар јединственог тржишта.²⁶

Временским дефинисањем прецизира се временски период у оквиру кога стицалац има право да врши прибављено овлашћење. Основно је правило у праву интелектуалне својине уопште, па и у ауторском праву, да рок трајања стицаоачевог права не може бити дужи од законског рока трајања изворног субјективног права интелектуалне својине.²⁷ Унутар овог рока могући су различити модалитети уговарања рока права коришћења ауторског дела, што превасходно зависи од врсте дела. На пример, код издавачког уговора уобичајено је да се уступа овлашћење на умножавање ауторског дела штампањем и на стављање у промет примерака ауторског дела, при чему право издавача престаје по правилу продајом уговореног тиража. Код позоришних дела, на пример, уобичајено је уговарање на одређени број представа: 20, 30, 50 и слично, или за одређену сезону или више сезона. Сажето речено, по истеку рока на који је уступљено одређено овлашћење, исто се „враћа“ изворном носиоцу – уступиоцу. Суштина је да прекорачење уговореног рока искоришћавања ауторског дела представља повреду ауторског права а не повреду уговорне обавезе. Тако је, на пример, у једној пресуди пресуђено да аутору сценарија који је уступио ТВ станици овлашћење на емитовање драме, припада право на накнаду штете због повреде имовинског и моралног овлашћења, јер је ТВ станица репривно емитовала ТВ драму и по истеку уговореног рока од три године.²⁸

У вези са уступањем имовинскоправних овлашћења, значајно је истаћи да наш ЗАСП (члан 64) изричито прописује да је дозвољено уступање имовинско-правних овлашћења за дело које још није створено, под условом да се одреде врста будућег дела и радње искоришћавања дела. Међутим, уступање имовинскоправних овлашћења за сва будућа дела једног аутора, као и за још непознате облике искоришћавања ауторског дела, није дозвољено, и, уколико би такав уговор постојао исти би био ништав.

26 С. Марковић, Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 197.

27 Сва субјективна права интелектуалне својине, осим жига и права овлашћеног корисника ознаке географског порекла су временски ограничена.

28 Одлука Врховног суда Србије, Гж. 406/83, *Правни животи*, бр. 4–5/89, стр. 902.

V Обавеза корисника дела да врши прибављена овлашћења

Једно од питања које се у пракси често поставља када су у питању уговори о уступању – лиценци појединих права интелектуалне својине,²⁹ нарочито када је у питању ауторски уговор којим се уступа одређено имовинскоправно овлашћење јесте да ли је корисник дела обавезан да стечено овлашћење искоришћава или је то само његово право, па од његове воље зависи хоће ли или неће да га врши. Усмеравајући пажњу на ауторске уговоре, у нашем праву одговор на ово питање углавном зависи од следећих чињеница: од врсте ауторског уговора, начина на који је уговорено плаћање ауторске накнаде, чињенице да ли је у питању искључиво или неискључиво уступање и ко је уступилац овлашћења. Нашим ЗАСП прописано је да је стицалац овлашћења обавезан да прибављено овлашћење врши у случају издавачког уговора, уговора о извођењу, уговора о представљању, као и уговора о филмском делу (ЗАСП, чл. 73 ст. 1, чл. 82 и чл. 92 ст. 3). Поред тога, одредбом члана 71 став 1 ЗАСП, као општом нормом за ауторске уговоре, прописано је да аутор, односно његов наследник, има право да раскине уговор, односно ускрати дозволу коју је дао за коришћење дела, ако стицалац овлашћења не врши прибављено овлашћење или га врши у обиму мањем од уговореног. Када су у питању остали уговори, ЗАСП нема изричитих одредби о овом питању што значи да је остављено уговорним странама да уговором уреде ово питање.

Дакле, када су у питању напред наведени уговори и када је ауторским уговором ово питање прецизно дефинисано, ситуација је јасна. Међутим, када ауторским уговором ово питање није уређено, ствар се компликује па се до одговора мора доћи тумачењем уговора.

Полазна основа од које се у тумачењу полази јесте на који је начин уговорено плаћање ауторске накнаде. Ако је плаћање ауторске накнаде уговорено од обима искоришћавања ауторског дела (процентуално од остварене нето добити или прихода, одређени износ од сваке продате улазнице и сл.), тумачењем уговора мора се закључити да су уговорне стране имале у виду обавезу обавезу стицаоца да прибављено овлашћење врши. Пошто ЗАСП, осим у наведеним случајевима, не предвиђа изричиту обавезу корисника овлашћења да прибављено овлашћење врши, у случају да је уговором предвиђено плаћање ауторске накнаде у паушалном износу, па још и ако је исплата извршена, уступилац овлашћења може и не бити посебно заинтересован да корис-

29 Сениша Варга, *Право индустријске својине*, 4. издање, Крагујевац, 2014, стр. 400–401.

ник прибављено овлашћење врши па се тумачењем може закључити да таква обавеза и не постоји.

Такође, уколико је у питању ауторски уговор којим је предвиђено уступање искључивих имовинскоправних овлашћења на искључив начин, тумачењем уговора се мора закључити да таква обавеза постоји. Ово због тога што у случају уступања на искључив начин, постоји само један корисник конкретного овлашћења, па је у интересу уступиоца да се дело искоришћава.³⁰

VI Правила тумачења ауторских уговора

Специфичност предмета ауторских уговора, пре свега, широк спектар овлашћења која могу бити предмет уступања, односно преноса, обим уступљених овлашћења, плаћање или неплаћање ауторске накнаде, обавеза вршења или невршења уступљеног овлашћења и друго, има за резултат установљење одговарајућих правила за тумачење ауторских уговора. При томе се мора посебно имати у виду да ауторски уговори садрже одредбе којима се уређује уступање имовинскоправних овлашћења, и одредбе којима се уређују друге међусобне обавезе уговорних страна. Што се тиче одредби ауторског уговора којима се врши уступање одређених имовинскоправних овлашћења, у упоредном уговорном ауторском праву сусрећу се посебна правила чији је циљ да оставе што мање простора за тумачење воље уговорних страна, а у случају да је тумачење неизбежно, утврђују се правила тумачења.³¹ То правило усваја и наш ЗАСП који у члану 68 прописује посебна правила тумачења ауторских уговора.

Наиме, у ставу 1 члана 68 ЗАСП, најпре је прописано да у сумњи о садржини и обиму права (овлашћења) које се уступа, односно преноси ауторским уговором, сматра се да је уступљено, односно пренето, мање права (овлашћења).

Затим је ставом 2 истог члана прописано да, при уступању овлашћења на објављивање дела, бележење дела на носач звука или слике и овлашћења на емитување дела, иста морају бити изричито уговорена, осим уколико одредбама ЗАСП није друкчије предвиђено. Према томе, када су у питању ова овлашћења, ситуација је јасна: ако одредбама ЗАСП није друкчије прописано, нити је уговором изричито предвиђено да је кориснику овлашћења уступљено неко од ових овлашћења аутора, тумачењем се мора закључити да корисник нема овлашћење да

30 Зоран Миладиновић, Синиша Варга, „Право аутора на раскид уговора због невршења уступљених овлашћења“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2011, стр. 888.

31 С. Марковић, Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 201.

предузме неку од наведених радњи, другим речима, тумачењем уговора не може се доћи до закључка да је то била намера уговорних страна, које је из неких разлога нису предвиделе. Разлог зашто је законодавац у наведеној одредби ставио акценат на ова три овлашћења, када је у питању тумачење уговора, различит је за свако од њих. Што се тиче овлашћења на објављивање ауторског дела, познато је да је то једно од основних, можда и најважнијих личноправних овлашћења аутора и да је једино аутор овлашћен да дело објави, односно да одабере начин и тренутак када ће дело да објави и да ли ће уопште да га објави. Такође, једино је аутор овлашћен да дозволи одређеном лицу да објави његово дело. Инсистирањем да се ово овлашћење мора уговором изричито предвидети, законодавац је, на најбољи могући начин, заштитио интересе аутора, пре свега његове личноправне интересе. Друга два овлашћења законодавац је нагласио из практичних разлога. Наиме, бележење дела на носач звука и слике, и емитовање дела су два различита овлашћења, и прибављање овлашћења за бележење дела на телесни носач не подразумева и овлашћење на емитовање тако забележеног дела. Управо да би се избегла могућност да се, тумачењем уговора када није јасно уговорено, дође до закључка да је корисник овлашћења на извођење или представљање, или бележење дела на носач звука или слике прибавио и овлашћење на емитовање дела, законодавац је прописао да сваки од ових облика искоришћавања ауторског дела морају бити изричито уговорени.

Такође, чланом 68 став 3 ЗАСП, прописано је да уступање, односно пренос одређеног права на искоришћавање дела не подразумева и уступање, односно пренос права на ауторску накнаду у случајевима искоришћавања ауторског дела по основу законске лиценце.

На крају, ставом 4 члана 68 ЗАСП, прописано је да уступање, односно пренос одређеног права на искоришћавање дела подразумева и давање дозволе за оне измене на делу које су технички неминовне или уобичајене за тај начин искоришћавања дела.

Очигледно је да је законодавац на овај начин искључио могућност да се тумачењем уговора дође до супротног закључка. Поред ових јасних ситуација, законодавац прописао и посебно правило за тумачење нејасних и двосмислених одредби у ауторским уговорима, али само у случају уступања искључивих имовинскоправних овлашћења. Ово правило је у ауторском праву познато као правило тумачења *in dubio pro auctore* (у сумњи у корист аутора). Практичан значај овог правила исказан је у неколико судских одлука немачког Савезног суда. Тако, на пример, у једном случају суд је заузео став да случају закључења ауторског уговора између продуцента и композитора којим је композитор уступио овлашћење продуценту на компоновану музику за одређени

филм, филмски продуцент може ту музику користити само заједно са филмом, али нема право да ту музику бележи на телесни носач (у форми фонограма) и тако умножене примерке ставља у промет.³² Такође, уговором о уступању права на приказивање филмског дела, корисник не прибавља и право на умножавање и друге облике коришћења појединих слика из филма.³³ Исто тако, када је уговором о уступљеном праву на представљање оперете, корисник нема право и на снимање и приказивање оперете, чак и када би се тај снимак користио само за потребе сценског ефекта приликом уговореног представљања оперете.³⁴ Ипак, правило тумачења ауторских уговора *in dubio pro auctore* има своје границе, што значи да његова примена не сме бити у супротности са општим правилом о тумачењу циља уговора и начелом савесности и поштења.³⁵

Правило тумачења *in dubio pro auctore*, као што је већ речено примењује се само на нејасне и двосмислене одредбе које се односе на уступање искључивих имовинскоправних овлашћења. Ово правило не примењује се у случају тумачења одредби којима аутор даје дозволу свом сауговарачу да врши неко од личноправних овлашћења, нити се односи на друге одредбе ауторског уговора, плаћање ауторске накнаде, рокове за вршење појединих овлашћења и друго.

VII Право аутора на измену уговорних одредби које се односе на висину ауторског хонорара

Као што је већ наглашено, без обзира што закони о ауторском праву, укључујући и наш важећи ЗАСП не прописују да је плаћање ауторског хонорара битан елемент ауторског уговора, економска корист која се остварује искоришћавањем ауторског дела, која се изражава кроз ауторски хонорар, један је од основних разлога због кога аутор и ствара ауторско дело. Када се ауторским уговором предвиди обавеза корисника ауторског дела да аутору плати ауторски хонорар, висину ауторског хонорара уговорне стране одређују споразумно. При уговарању висине ауторског хонорара уговорне стране полазе од неколико фактора: ква-

32 Одлука Савезног суда немачке у предмету „Bel Ami“ од 14. јуна 1957. године, *GRUR*, 1957, стр. 611.

33 Одлука савезног суда немачке у предмету „Lied der Wildbahn“ од 12. априла 1953. године, *GRUR*, 1953, стр. 299.

34 Одлука Савезног суда немачке у предмету „Maske in Blau“, од 29. априла 1970. године, *GRUR*, 1971, стр. 266.

35 Милован Дедијер, „Грађанскоправна заштита ауторског права и Закон о облигационим односима“, *Правни животи*, бр. 4–5/1989, стр. 901.

литет дела које се уступа на искоришћавање, потражња за примерцима дела на тржишту, очекивана добит или приход који корисник дела може остварити и слочно. Има случајева у пракси, када неке околности у тој мери допринесу да уговорена накнада коју корисник дела плаћа и добит коју остварује искоришћавањем ауторског дела постану очигледно несразмерне. Такве ситуације су, у ствари, могуће зато што су ауторски уговори по својим особинама *алеаџорни*. Полазећи од те чињенице, прописи ауторског права, укључујући и наш ЗАСП предвиђају један веома квалитетан инструмент којим се аутор може користити у циљу заштите својих економских интереса у случају када уговорена ауторска накнада буде у знатној мери мања од добити, односно прихода који корисник оствари искоришћавањем ауторског дела. Реч је о праву аутора, односно његовог наследника, да захтева измену уговора ради отклањања те несразмере.

Основни услов који мора бити испуњен да би аутор, односно његов наследник, могао тражити измену уговора јесте постојање знатне несразмере између уговорене накнаде и добити коју корисник дела остварује. „Национална законодавства нису јединствена у разради овог услова. Разлике се појављују у дефинисању несразмера, као и у питању шта се сматра релевантним за економски ефекат коришћења дела, приход или добит.“³⁶

У циљу очувања правне сигурности, али и у циљу забране злоупотребе овог права од стране аутора, законодавства углавном не допуштају да се аутор користи овим правним институтом у случајевима мале или незнатне несразмере, већ се захтева да несразмера мора бити груба, или упадљива,³⁷ тј. очигледна.³⁸ Ипак, имајући у виду да је појам „груба“, „упадљива“ и „очигледна“ подложен различитим тумачењима, односно разумевању, у правној теорији се сматра да ће у тумачењу ових појмова кључну улогу имати судска пракса.³⁹ Има закона који нису ово питање препустили различитим тумачењима па су поставили прецизан однос између уговорене накнаде и несразмере. Тако, према француском праву „тај однос мора бити 7:12 или више“.⁴⁰

Наш актуелни ЗАСП, ово питање уређује одредбом члана 70 прописујући услове који морају бити испуњени да би се овај правни институт користио, субјекте који се истим могу користити и рок у коме се ревизија може захтевати.

36 Веома исцрпно о овом питању вид. С. Марковић, *нав. дело*, стр. 375–380.

37 С. Марковић, *нав. чланак*, стр. 75.

38 ЗАСП, чл. 70 ст. 1.

39 С. Марковић, *нав. дело*, стр. 376.

40 С. Марковић, *нав. дело*, стр. 376.

Према ставу 1 члана 80 нашег ЗАСП, право на измену уговорних одредби због несразмере у висини ауторског хонорара имају аутор и његов наследник у случају да корисник искоришћавањем ауторског дела остварује добит која је у *очигледној* несразмери са уговореном ауторском накнадом. Према овој законској одредби, то право нема корисник имовинскоправних овлашћења, макар се показало да је ауторска накнада, коју он плаћа или је платио, у очигледној несразмери са добити коју је остварио или остварује искоришћавањем ауторског дела. Дакле, он то право нема, макар искоришћавањем ауторског дела остваривао и губитак. Ово право може се остварити само ако је висина накнаде уговорена у паушалном износу, а не и уколико је иста уговорена процентуално од оствареног прихода искоришћавањем ауторског дела, или је несразмера незнатна.

Ако ауторска накнада није уговорена, а приход остварен коришћењем ауторског дела премаша трошкове његовог коришћења у мери која омогућава плаћање ауторске накнаде, аутор, односно његов наследник, има право да захтева измену уговора ради уговарања накнаде.

Да би аутору, односно његовом наследнику, било олакшано доказивање да је несразмера између накнаде и остварене добити очигледна, односно да приход који се остварује коришћењем ауторског дела премаша трошкове његовог коришћења, које омогућава плаћање накнаде, ЗАСП је, ставом 5 члана 70 предвидео обавезу корисника ауторског дела да аутору, односно његовом наследнику, пружи у року од 30 дана од дана упућеног захтева веродостојне податке о економским ефектима коришћења ауторског дела.

Право да се захтева измена уговора застарева у субјективном року од две године од дана сазнања за постојање несразмере, односно за приход остварен коришћењем ауторског дела, а најдуже у објективном року од шест година од краја године у којој је несразмера наступила, односно у којој је приход остварен (ЗАСП, чл. 70 ст. 3).

Аутор, односно његов наследник, не може се унапред одрећи права на измену уговора због несразмере између остварене добити и плаћене накнаде.

Питање на које се у правној теорији посебно указује у вези са овим правним институтом, јесте шта се сматра релевантним за економски ефекат коришћења дела – приход или добит, односно да ли несразмера ауторске накнаде треба да буде у односу на приход или на добит коју корисник оствари коришћењем ауторског дела.

У немачком праву захтева се да ауторска накнада буде у несразмери са приходом. При томе је у ранијем немачком праву, за примену овог института било неопходно да буде испуњен и услов да несразме-

ра између ауторске накнаде и прихода буде последица неочекиваних и непредвидивих околности. На тај начин је овај институт у суштини изједначен са институтом права уговорних страна на измену уговора због промењених околности, као општег правила уговорног права. Актуелни немачки закон о ауторском и сродним правима (чл. 32а ст. 1) не захтева тај услов. Штавише, законодавац изричито наглашава да је небитно јесу ли околности које су довеле до несразмере биле очекиване и предвидљиве или нису. „Тиме је институт права на ревизију ауторског уговора добио *sui generis* природу, као инструмент у функцији заштите права аутора на примерену накнаду.“⁴¹

Овакво решење (узимање у обзир прихода, а не добити) немачког законодавца у складу је са концептом да уколико се ауторским уговором предвиђа обавеза плаћања ауторске накнаде иста треба да буде примерена.

Нека законодавства као на пример, наше, словеначко, француско, као услов за ревизију захтевају добит а не приход корисника. Међутим, овде вреди указати да наш законодавац није био сасвим јасан у погледу дефинисања добити или прихода. Ово због тога што се у ставу 1 члана 70 каже да „ако се коришћењем ауторског дела оствари добит која је у очигледној несразмери...“, а у ставу 2 истог члана се каже „ако ауторска накнада није уговорена, а приход остварен коришћењем ауторског дела...“.

Без обзира на различита законска решења у погледу појединих услова и теоријска схватања правне природе овог института, једно је неспорно а то је да је институт права аутора на ревизију ауторског уговора у случају несразмере између уговорене накнаде и остварене добити или прихода, веома погодан инструмент за ревизију ауторских уговора којима је предвиђено плаћање ауторске накнаде у паушалном износу, односно да је у питању један специјални облик института прекомерног оштећења, који спада у групу инструмената за побољшање правног положаја аутора и његовог наследника као слабијих уговорних страна.⁴² Ипак, у теорији постоји схватање да нема разлога да се уговори којима је предвиђено плаћање ауторске накнаде у одређеној сразмери према економском ефекту коришћења дела, изузму из домашаја овог института. Сматра се наима, да увек када се коришћењем дела наруше сразмере између уговорене накнаде и остварених економских ефеката има места примени овог института.⁴³ Такође, у немачкој правној

41 W. Erdmann, „Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit“, *GRUR*, 2002, стр. 927.

42 Слободан Марковић, „Неправичност као разлог за ревизију ауторског уговора“, *Правни живот*, бр. 11–12/1994, стр. 1907.

43 G. Schricker. *Urheberrecht – Kommentar*, München, 1987, стр. 504. Преузето из С. Марковић, *нав. дело*, стр. 379.

теорији постоји мишљење да и аутори који су закључили ауторски уговор без обавезе корисника да плати ауторску накнаду (осим ако је то била изричита воља аутора), могу користити овај институт. При томе се такав став заснива на схватању да у новом немачком ауторском праву постоји необорива претпоставка да и када нема изричите одредбе о обавези плаћања ауторске накнаде, постоји обавеза плаћања примерене накнаде.⁴⁴ Придружујемо се мишљењу да нема места примени овог правила у случајевима када има јасно значење законска одредба према којој је услов за примену овог института несразмера између уговорене накнаде и економских ефеката коришћења дела. Наш ЗАСП у том погледу је веома јасан, јер прописује да у случају да ауторска накнада није уговорена, а приход остварен коришћењем ауторског дела премаша трошкове његовог коришћења у мери која омогућава плаћање ауторске накнаде, аутор, односно његов наследник, има право да тражи измену ауторског уговора ради уговарања накнаде (ЗАСП, чл. 70 ст. 2).

У вези са овим институтом поставља се још једно веома интересно питање. Наиме, у пракси коришћења ауторских дела врло често се дешава да аутор и ефективни корисник ауторског дела нису ни у каквом уговорном односу, зато што корисник до права коришћења ауторског дела није дошао на основу уговора са аутором, односно његовим наследником, већ путем „ланца“ уговора или по неком другом правном основу, тако да је ауторско дело променило корисника више пута и да последњи корисник у ланцу, коришћењем дела, оствари добит, односно приход који је у несразмери са накнадом коју је аутор остварио. У таквој ситуацији поставља се питање како ће аутор, односно његов наследник, остварити своје право на ревизију уговора будући да са ефективним корисником није у уговорном односу. Према општим правилима грађанског права, корисник дела који није у уговорном односу са аутором, већ је до права коришћења ауторског дела дошао путем универзалне сукцесије или преузимањем уговора, има обавезу да удовољи захтеву аутора за ревизију ауторског уговора, односно он је пасивно легитимисан у случају тужбе због ревизије ауторског уговора. Проблем је, међутим, када је корисник дела стекао право коришћења ауторског дела на основу уговора, али не са аутором, већ са ауторовим правним следбеником. У теорији постоји схватање да се у овом случају може пробити принцип дејства уговора *inter partes*, и тако допустити аутору да постави захтев крајњем кориснику за увећање ауторске накнаде а не свом уговорном партнеру. При томе се истиче да се у том случају заправо „не ради о захтеву за ревизију уговора, већ о захтеву за закључивање уговора о допунској накнади“.⁴⁵ Оваквом схватању се с правом приговара и

44 С. Марковић, *нав. чланак*, стр. 379.

45 С. Марковић, *нав. чланак*, стр. 379.

то с образложењем да се „такве конструкције не могу дедуковати из општих правила грађанског права, и да представљају прешироко тумачење закона“.⁴⁶ Међутим, немачки Закон о ауторском и сродним правима у члану 32а став 2 изричито прописује да у том случају крајњи корисник који остварује приходе и друге користи од дела, непосредно одговара аутору за примереност накнаде, без обзира што није у уговорном односу са аутором. Ово законско решење се може упоредити са решењем из нашег ЗОО (чл. 707 ст. 2) према коме „давалац лиценце може ради наплате својих потраживања насталих из лиценце од стицаоца лиценце, захтевати непосредно од стицаоца подлиценце исплату износа које овај дугује даваоцу подлиценце по основу подлиценце“.

Генерално посматрано, може се са сигурношћу закључити да ће у напред наведеним ситуацијама крајњи корисник увек одбити захтев аутора за ревизију уговора с позивом да с њим није у уговорном односу. Међутим, има мишљења (по нама доста оправданих) да се такав приговор корисника не може прихватити и то из два разлога: прво, према нашем као и према законодавствима континенталног типа, аутор може располагати својим имовинскоправним овлашћењима само на конститутиван начин (уступањем, односно уговором о лиценци), а не транслативним путем, односно преносом-цесијом. Како код конститутивног промета аутор не престаје бити носилац ауторског права, већ његовом вољом и друго лице стиче право коришћења ауторског дела, закључујући ауторски уговор, аутор не прекида везу са својим делом, тако да може истаћи овај захтев према сваком лицу које се јавља као корисник његовог дела. Друго, према члану 4 Директиве ЕУ о праву давања у закуп и на послугу и о одређеним правима која су сродна ауторским правима у области интелектуалне својине,⁴⁷ све више се афирмише концепт по коме аутор има право на накнаду од коришћења дела, а не од уговора којим се уступа право коришћења дела.

Иако прописи ауторског права, укључујући и наш ЗАСП, то не предвиђају, могуће је да корисник дела оспорава аутору право на ревизију уговора с образложењем да је несразмера остварене добити искључиво резултат његових напора. Тако би, на пример, корисник могао да истакне да је добит остварена захваљујући његовој доброј маркетиншкој служби, пословним везама и слично. Таква аргументација може бити оправдана, што се мора ценити у сваком конкретном случају. У сваком случају, на суду је да утврди да ли је резултат несразмере искључиво резултат напора корисника дела, или је то резултат дела које је предмет уговора.

46 С. Марковић, *нав. чланак*, стр. 379.

47 Енгл. Council Directive 92/100 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, *OJ L* 346.

VIII Право аутора на раскид ауторског уговора због промењених схватања (право покајања)

Полазећи од могуће ситуације да аутор, после закључења ауторског уговора којим уступа овлашћење на одређени облик искоришћавања ауторског дела, промени схватање о свом делу и закључи да би искоришћавање ауторског дела у облику каквом га је уступио на коришћење свом сауговарачу могло да нашкоди његовом стваралачком и личном угледу, ауторско право предвиђа могућност да аутор у том случају има право на раскид уговора, а да при том не мора кориснику да накнади целокупну штету (стварну штету и измаклу добит), већ је обавезан да му накнади само стварну штету ограничену на висину трошкова које је овај имао у вези са извршењем уговора, и то до тренутка раскида уговора. У ауторском праву, ово право се назива и правом покајања аутора. Имајући у виду да је ово право тесно везано за личност аутора, и да се њиме штите морални – лични интереси аутора, оно се делу домаће литературе,⁴⁸ али и у прописима ауторског права неких земаља убраја у личноправна овлашћења аутора.⁴⁹

Наш ЗАСП ово право аутора уређује одредбама уговорног ауторског права. У правној теорији се сматра да му је ту и место, будући да је, по правној природи, релативног дејства, али да поред личноправних, има и имовинскоправних импликација за аутора.⁵⁰

Не улазећи у дубљу теоријску расправу о правној природи овог права аутора, ваља закључити да је намера законодаваца била да признањем овог права аутору омогуће да раскидањем уговора спречи да дело доспе у јавност у облику за који он сматра да би му нарушио част и углед. При томе је неопходно да је те околност (промењено схватање аутора о свом делу) настала после закључења ауторског уговора, за коју не одговара корисник дела (ЗАСП, чл. 72 ст. 1). Из одредбе члана 72 нашег ЗАСП, али и циљним тумачењем овог права аутора, долази се до закључка да се та промена ауторовог схватања може односити на његова политичка, верска, научна или друга уверења изложена у ауторском делу. Упоредујући ово право аутора са његовим личноправним овлашћењем да се супротстави недостојном коришћењу ауторског дела, закључује се да би промена уверења аутора о садржају свога дела, морала да буде таква и толика да би коришћење ауторског дела у таквом облику могло нанети или би нанело моралну (нематеријалну) штету сва-

48 С. Colombet, *Propriete litteraire et artistique et droits voisins*, Париз, 1996, стр. 127.

49 Закон ауторском и сродним правима Хрватске (*Народне новине*, бр. 167/2003, 79/2007), чл. 17.

50 С. Марковић, Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 204.

ком аутору. Другим речима, у овој ситуацији не треба узимати у обзир субјективни осећај аутора, већ поћи од објективног критеријума према којем би искоришћавање ауторског дела у таквом облику објективно шкодило сваком аутору. То конкретно значи да претерану осетљивост аутора на сопствени лични, односно стваралачки, углед не треба узимати у обзир.

У којој мери ће аутор успети да спречи да дело буде комуницирано јавности, па самим тим и да оствари циљ коришћењем овог правног института, зависи, пре свега, од њега самог, односно од фазе до које је корисник дела доспео са припремама за искоришћавање ауторског дела. Некад ће тај циљ бити у остварен у потпуности некад делимично, а некад у минималној мери или скоро да неће бити остварен, па је оправдано очекивати да се аутор неће користити тим правом. На пример, ако је закључен уговор о издавању необјављеног ауторског дела а издавач је тек започео припреме за издавање ауторског дела, обавештавањем издавача да аутор жели да раскине уговор због покајања, циљ ће скоро у потпуности бити постигнут. Ако је издавач извршио умножавање ауторског дела али је ставио у промет тек неколико примерака дела од којих је опет само неколико продато, циљ ће бити делимично остварен, док ако су сви примерци стављени у промет и већина њих продата циљ скоро да и неће бити остварен.

Да аутор не би злоупотребљавао ово право на штету корисника дела, законодавства установљавају одговарајући механизам тако што прописују јасне услове под којима се аутор може користити овим овлашћењем. Тај механизам се састоји у обавези аутора који има намеру да раскине уговор с позивом на право покајања, да најпре изјавом обавести корисника дела о намери да раскине уговор и да му накнади стварну штету. У року од три месеца од дана пријема изјаве о намери да се уговор раскине, корисник је дужан да аутору саопшти износ трошкова које је имао у вези са припремом за искоришћавање ауторског дела и то до дана пријема обавештења о намери да се уговор раскине. Износ трошкова је, у ствари, стварна штета коју је аутор дужан да накнади кориснику дела због раскида уговора. Појачана заштита корисника дела је и у томе што је аутор дужан да пре раскида уговора (али након пријема обавештења од корисника дела колики су трошкови) положи тај износ на рачун корисника дела. Уколико корисник дела у року од три месеца од дана пријема обавештења од аутора да намерава да раскине уговор с позивом на право покајања не достави аутору податке о износу трошкова које је имао у припреми за искоришћавање ауторског дела (у ствари, податке о износу штете) изјава аутора да раскида уговор производи правно дејство по истеку рока од три месеца од дана пријема

обавештења и ако обезбеђење није положено. Аутор се не може унапред одрећи права на раскид уговора због промењеног уверења.

Последице раскида уговора због покајања аутора су да корисник дела мора престати са искоришћавањем дела од дана пријема изјаве о раскиду уговора. То значи да, уколико корисник до тада још није почео са коришћењем дела, он неће смети ни да почне да га користи. Ако је у питању уговор о искоришћавању ауторског дела такве природе да постоје примерци ауторског дела (искоришћавање у телесној форми) и ако су примерци дела већ пуштени у промет они морају бити повучени и предати аутору без накнаде. Исто важи и за пратећи материјал (флајери, на пример, или други рекламни материјал и слично). У овом случају вредност примерака урачуната је у штету коју аутор накнађује кориснику дела.

Генерално закључујући право аутора на раскид уговора због промењених схватања (покајања) представља специфичан вид раскида уговора због промењених околности из чланова 133–136 ЗОО. Специфичност је у томе, што поред чињенице да аутор има повластицу да може да раскине уговор због промењеног схватања, он је у повлашћеном положају и у погледу висине накнаде штете коју у тој ситуацији дугује кориснику дела, а која је ограничена на износ трошкова које је корисник дела имао у припреми за искоришћавање ауторског дела.

IX Закључак

Ауторски уговори су основни правни инструмент помоћу којих аутори врше своја искључива имовинскоправна овлашћења остварујући на тај начин економску корист од својих ауторских дела. Савремени прописи ауторског права знатан простор посвећују ауторским уговорима, прописујући посебна правила у погледу форме ауторских уговора, обавезе корисника да у одређеним случајевима врши прибављена овлашћења, права аутора да захтева измену уговора у случају да се током коришћења ауторског дела покаже да је уговорена накнада у очигледној несразмери са приходом, односно са добити коју корисник остварује, као и у погледу права аутора да у одређеним случајевима раскине уговор без обавезе на накнаду стварне штете и измакле добити и слично. Већина ових одредби је императивног карактера, тако да се, уговором између аутора, односно другог носиоца ауторских права, и корисника дела не може друкчије уговорати. Сем тога, аутор се не може унапред одрећи неких права која су му законом призната. Овим посебним правилима законодавства настоје да ојачају положај аутора, односно носиоца ауторских права као економски слабије уговорне стране. Подаци

показују да решења садржана у Закону о ауторском и сродним правима Србије, по овом питању ни у чему не заостају у односу на решења из прописа о ауторском праву других земаља. Ипак, подаци показују да, свуда у свету под утицајем индустрије ауторских права положај аутора, односно носилаца ауторских права као уговорне стране бива потиснут, преваходно настојањем корисника ауторских дела да се ауторски уговори третирају као класични уговори привредног права, за које треба у потпуности да важи принцип аутономије воље у обликовању садржине уговора.

Поред неких императивних одредби којима се уређују уговорни односи, један од начина да аутори колико толико ојачају своју преговарачку позицију, јесте удруживање у одговарајуће организације за колективно остваривање својих права, односно остваривање својих ауторских права на колективан начин.

Zoran MILADINOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

SPECIFIC CHARACTERISTICS OF THE COPYRIGHT CONTRACT

Summary

In this paper the author analyzes the specific characteristics of the copyright contract as one of the basis for the transaction of the author's property rights. The complex nature of the subjective copyright is reflected on the transaction of copyrights in general. The specific subject of these contracts, which is non-material by nature, as well as an unequal position of the contracting parties (the author and other holders of copyrights on one side and the user of the author's work on the other side) result in the difficulty to apply general contract law rules from the civil law and commercial law on copyright contracts.

*Therefore, laws that regulate the matter of copyrights dedicate a great deal of their provisions to copyright contracts, first in the form of general rules and then by regulating relations in specific types of copyright contracts. The rules of copyright contract law are *lex specialis* in relation to general rules of contract law from the civil or commercial law. These specific traits are mostly related to the form of copyright contracts, to the obligation of the user of the author's work to follow the approval rules, to the interpretation of copyright*

contracts, as well as to the author's discretionary right to terminate the copyright contract in certain cases.

In this paper the author analyzes in the first place the provisions of the Republic of Serbia Copyright and related rights law, as well as if they are harmonized with the comparative law provisions.

In concluding remarks, the author states that these provisions comply with those from the comparative law and that by introducing specific rules for copyright contracts, in some cases even through imperative norms, the legislators tried to protect authors that is the holders of copyright titles as the weaker party in relation to the users of their authorship.

Key words: *copyright contract, author, other holders of copyrights, user of author's work, form of the contract, termination of the contract.*

Михајло ЦВЕТКОВИЋ

асистент на Правном факултету Универзитета у Нишу

Др Ђорђе НИКОЛИЋ

ванредни професор Правног факултета у Нишу

САОБРАЗНОСТ ДИГИТАЛНОГ САДРЖАЈА*

Резиме

Овај рад, као наставак на чланак „Дефиниција и правна природа дигиталној садржаја“ (Право и привреда, 7–9/2014), ослањајући се на европске формалне изворе (CESL, Директива о правима потрошача, Упутство за примену Директиве) и страну литературу, освештава нове појмове у домаћем Праву потрошача. Саобразношћу дигиталној садржаја је проблематична, јер је и његова правна природа спорна. Објашњава се аналозијом са традиционалним производима, уз прихватње нових идеја као што је „исеудобесилајносћ“. Саобразношћу зависи од предуговорне информисаносћу потрошача и његових основаних очекивања, али ови елементарни концепти уговорној праву у дигиталном окружењу имају специфично значење. Несаобразношћу се описује као некомпатибилносћу, немогућносћу умножавања и присилујања, прерана дошрајалосћу. Неквалитетан дигитални производ угрожава безбедосћу, па и основна људска права е-потрошача. Трговци злоупотребавају правну несигурносћу, умањујући своју одговорносћу за несобразношћу.¹

Кључне речи: заштитна потрошача, Интернет, материјални недостаци, уговорно право, бесилајносћу.

* Овај рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који подржава Министарство просвете и науке.

I Увод

Дигиталним садржајем сматрају се подаци произведени и испоручени у дигиталном облику.¹ Појам обухвата компјутерске програме (софтвер), апликације (наа пример, за мобилне телефоне), видео игре, музику, видео записе и текст, без обзира како им се приступа. Уговори који омогућавају промет дигиталног садржаја деле се на две групе. Уколико је дигитални садржај испоручен потрошачу на трајном медијуму (на пример, CD, DVD, меморијска картица) сматраће се робом, а уговор је класична продаја. Такви уговори су најраније обухваћени „потрошачким“ прописима.² У случају када се дигитални садржај не испоручује на опипљивом медијуму, уговор између трговца и потрошача нити је уговор о продаји робе нити уговор о пружању услуге, већ спада у посебну категорију.³ Коришћење таквог садржаја омогућава Интернет: потрошач га преузима на свој уређај или приступа удаљеном серверу (на пример, е-пошта, сервиси доступни преко Кобсона-а).

Шта су разумна очекивања потрошача када се ради о електронској књизи, *online* игри, преузетој песми или апликацији? Саобразност зависи од основаних очекивања потрошача, али још увек нема увреженог мишљења о томе шта је „нормална“ или „редовна“ употреба једне електронске књиге. Она се не користи као традиционална. Е-књига захтева одговарајући хардвер и софтвер (платформу). Редовно је заштићена од копирања, није предмет послуге, нити се може продати половна. Редовно је доступна само одређено време или ограничен број пута. „Јавиће“ продавцу шта читалац воли, па ће уследити бомбардовање рекламним порукама.

Проблеми несаобразности дигиталног садржаја решавани су применом традиционалних правила о продаји. Међутим, нови пословни модели отежавају утврђивање несаобразности. На пример, стриминг подразумева да потрошач види дигитални садржај једном, без могућности да га похрани на свом уређају (скоро као биоскоп).⁴ Како то изједначити са продајом када нема ни цене ни преноса својине, већ се ради о једнократном овлашћењу? Развој „рачунарства у облаку“, где

1 Закон о заштити потрошача (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2014; у даљем тексту: ЗЗП), чл. 5 тач. 10.

2 Ђорђе Николић, Михајло Цветковић, „Дефиниција и правна природа дигиталног садржаја“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2014, стр. 54–56.

3 Слично уговорима о испоруци воде, гаса и електричне енергије. Директива о правима потрошача (*Directive 2011/83/EC on Consumer Rights*; у даљем тексту: Директива), тач. 19.

4 Peter Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, *Journal of Consumer Policy*, бр. 4/2008, стр. 450.

се дигитални садржај налази на удаљеном серверу трговца, додатно отежава квалификацију да ли је у питању несаобразност производа или услуге.

У праву потрошача говори се о саобразности, у уговорном праву о материјалним недостацима. Како код их назвали, у случају њиховог постојања продавац одговара потрошачу. Међутим, пре употребе лекова неопходно је постављање дијагнозе.

II Законске дефиниције несаобразности и поређење са робом

У делу о несаобразности CESL посебно помиње дигитални садржај. Постоји несаобразност ако он не може да се користи у складу са разумним очекивањима потрошача заснованим на оним што је уговорено (чл. 100, тач. b, f, g).⁵ Мада ЗЗП помиње само саобразност робе и услуге, то не значи да је дигитални потрошач незаштићен. У крајњу руку, ЗОО за све уговоре са накнадом предвиђа сходну примену одредби о одговорности продавца за материјалне и правне недостатке (чл. 121). Продавац је дужан да испоручи дигитални садржај саобразан уговору (ЗЗП, чл. 50). Саобразност се претпоставља ако испоручено: 1) одговара опису који је дао продавац; 2) има својства потребна за нарочиту употребу, а која је била позната продавцу;⁶ 3) својства за редовну употребу; 4) по квалитету и функционисању одговара ономе што је уобичајено и што потрошач основано очекује с обзиром на природу дигиталног садржаја и јавна обећања продавца, произвођача или њихових представника. Према изложеном, ЗЗП саобразност везује преваходно за опис који је дао трговац. Овај приступ, преузет из Директиве, доктрина критикује, јер све информације о квалитету дигиталног садржаја поседује произвођач. Сматра се да је субјективно/објективна концепција из CESL наклоњенија потрошачу.⁷

CESL садржи и правило о правним недостацима (чл. 102). Дигитални садржај треба да је слободан од права трећих лица заснованих на интелектуалној својини. Пошто редовно дигитални садржај представља ауторско дело или индустријску својину, понуђену формулацију доктрина је аргументовано критиковала. Предлагач CESL је заправо хтео да

5 Нацрт Заједничког европског закона о продаји (*Common European Sales Law*, 2011; у даљем тексту: CESL).

6 На пример, потрошач напомене трговцу да жели да погледа филм на рачунару, телевизору и телефону.

7 Natali Helberger *et al.*, „Digital Content Contracts for Consumers“, *Journal of Consumer Policy*, бр. 1/2013, стр. 46–47.

каже да је дигитални садржај који угрожава интелектуална права трећег лица несаобразан уговору. У том смислу треба тумачити и ст. 2 чл. 121 ЗОО да је преносилац дужан да штити прибавиоца од права и захтева трећих лица којима би његово право било искључено или сужено.

Саобразност се утврђује према тренутку преласка ризика. Више момената долази у обзир: испорука (*traditio vera* или *online*), инсталирање, прво покретање, регистрација. Када постоји телесни носач (CD, DVD, USB) то је тренутак његове предаје. На пример, ако се диск оштети док је у државини потрошача, па дигиталном садржају не може да се приступи, онда нема несаобразности.⁸ Када дигитални садржај није на телесном медијуму, ризик прелази од тренутка је потрошач стекао контролу на њим. У случају преузимања то значи тек након потпуног преузимања (порука 100%). Прекид у преносу података пада на терет продавцу. Када је потребно да се дигитални садржај инсталира на основу упутства произвођача, ризик прелази тек након истека разумног времена за инсталирање.⁹

Несаобразност се уочава након што је дигитални садржај испоручен потрошачу. Терет доказивања носи потрошач, при чему му помаже правило да дигитални садржај треба да буде подобан за уобичајену сврху. Потрошач доказује да је мана „урођена“, односно да је није сам изазвао. Терет доказивања је велики и техничке природе. Најчешће се грешка манифестује убрзо након куповине. Доказ да је проблем у набављеном дигиталном садржају, а не у уређају потрошача јесте то што други садржај уредно ради.¹⁰ Осим тога, доказ су и слике екрана са поруком о грешки као и одговарајући дневници. Наведено, превасходно, важи за дигитални садржај конзумиран преко рачунара. Међутим, ситуација је компликованија када се несаобразност испољи „замрзавањем“ уређаја за навигацију или телефона. Олакшавајућа је околност ако сличан проблем имају и други потрошачи, па се о томе поведе дискусија на интернет форуму.

Раније се правила разлика између дигиталног садржаја испорученог на телесном носачу и *online* садржаја, јер је први третиран као роба па је био у домањају директиве 1999/44/ЕС.¹¹ Важе правила о продаји,

8 Marco Loos, „The regulation of digital content B2C contracts in CESL“, у: Kai Purnhagen, Peter Rott (editors), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, London, 2014, стр. 611–634 (15).

9 M. Loos, „The regulation of digital content B2C contracts in CESL“, стр. 611–634 (15).

10 Adam Gray, „Enhancing Consumer Confidence by Clarifying Consumer Law: Consultation on the supply of goods, services and digital content“, 2012, доступно на адреси: <http://www.which.co.uk>, 15.3.2015, стр. 40.

11 Hervé Jacquemin, „Digital Content and Consumer Protection within European Law“, *8th International Workshop for Technical, Economic and Legal Aspects of Business Models for Virtual Goods*, Namur, 2010, стр. 57.

иако нема преноса својине, а често изостаје и цена. Тако су теоријски најспорнија решења била у пракси најприхватљивија. Постоје многа одступања, на пример, у Немачкој, када је предмет испоруке стандардни софтвер онда је реч о потрошачком уговору о продаји, када се софтвер израђује по спецификацијама за познатог купца, онда је то уговор о делу.

Не треба заборавити правно релевантне разлике у односу на традиционалне производе. Потрошач постаје власник купљене робе, али дигитални садржај изузетно ретко може да се прода трећем.¹² Квалитет дигиталног садржаја потрошач може да процени тек када започне коришћење.¹³ Након раскида уговора у аналогном свету долази до реституције, потрошач враћа производ. Овде нема враћања, али се од потрошача очекује да дигитални садржај обрише, што је тешко проверљиво. Зато приликом нормирања треба узети у обзир и легитимне интересе трговца, односно произвођача.

III Специфичности несобразности дигиталног садржаја

1. Дужност обавештавања пре закључења уговора

Постоји несаобразност када дигитални производ одступа од описа. Трговац је дужан да пре закључења уговора, потрошача на јасан и разумљив начин да обавести о његовим основним обележјима (ЗЗП, чл. 13 ст. 1 тач. 1). Обим обавезе зависи од околности и врсте дигиталног садржаја. На пример, тип фајла казује потрошачу да ли се књига уклапа у његову постојећу дигиталну библиотеку; податак о компресији података казује му да ли хардвер има капацитет за његово преузимање, са друге стране ова информација није релевантна за стримовани садржај. Јефтине апликације за мобилни телефон не морају да садрже информације о ажурирању, за разлику од антивирусних или „канцеларијских“ пакета.¹⁴

Важно је обавештење о плаћању, начину и року испоруке, извршењу других уговорних обавеза (ЗЗП, чл. 13 ст. 1 тач. 4). Дигитални садржај често прати могућност куповине додатака иако је основна верзија бесплатна, то је тзв. „куповина током примене“. Нема неса-

12 N. Helberger *et al.*, „Digital Content Contracts for Consumers“, стр. 45.

13 Marco Loos, Chantal Mak, „Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content“, 2012, доступно на адреси: <http://papers.ssrn.com>, 12.2.2015, стр. 11.

14 Упутство у вези Директиве 2011/83/ЕС (*DG Justice Guidance Document Concerning Directive 2011/83/EU*, у даљем тексту: Упутство), стр. 69.

образности када је потрошач обавештен да се додатне функције посебно плаћају.¹⁵

Изузетно је важно обавештење о функционалности дигиталног садржаја (ЗЗП, чл. 13 ст. 2 тач. 3). То су информације о начину коришћења дигиталног садржаја као и о рестриктивним техничким мерама као што су DRM или регионално кодирање.¹⁶ Конкретно, трговац пружа следеће информације: језик дигиталног садржаја и језик упутства; начин коришћења: стриминг, *online*, једнократно преузимање, приступ у одређеном време; за видео и музички садржај – дужина емитовања; за садржај који се преузима – величина и врста фајла; да ли постоји обавеза трговца, односно право потрошача да ажурира дигитални садржај; могућност „праћења“ потрошача прикупљањем података о њему; могућност персонализације. Трговац мора да обавести о било каквим ограничењима: временским или „количинским“; да ли је дозвољено копирање и у које сврхе; да ли постоје ограничења у погледу локације корисника.¹⁷

Захтева се обавештење о релевантној интероперабилности дигиталног садржаја са уређајем потрошача (ЗЗП, чл. 13 ст. 2 тач. 4). Ове информације подразумевају упознавање потрошача са техничким условима неопходним за експлоатацију (на пример, верзија оперативног система, минималне перформансе, постојање *online* везе).¹⁸ Мисли се на усклађеност са хардвером и софтвером који су трговцу познати или су у широкој употреби.¹⁹ Због огромне диверсификације хардвера, софтвера и самог садржаја, није могуће формирати комплетну листу параметара о компатибилности, па је понуђена листа отвореног карактера.²⁰

Дигитални садржај се редовно прибавља закључењем уговора електронским путем. Постоји елемент иностраности, ради се о уговорима закљученим преко Интернета. Трговац је дужан да пре закључења уговора на даљину, на јасан и разумљив начин потрошача обавести о својој адреси пословања и контакту за реклаamacију (ЗЗЗП, чл. 27). Када трговац својом *online* платформом омогућава произвођачима да продају своје дигиталне производе, власник платформе обавезан је да информације о произвођачу потпуно прикаже.²¹ То је важно због идентификовања одговорног субјекта.

15 На пример, додатни нивои у видео играма, аудио-визуелни материјал „на захтев“; додатна плаћања за чланство. Упутство, стр. 65.

16 Директива, тач. 19.

17 Упутство, стр. 68.

18 Директива, тач. 19.

19 Директива, чл. 5 ст. 1 тач. X.

20 Упутство, стр. 67.

21 Упутство, стр. 24.

Уколико трговац повреди наведене обавезе обавештавања потрошача, не само да уговор није правоваљан (у нашем праву постоји могућност поништаја), него је такав пропуст од значаја при утврђивању несаобразности (производ треба да одговара опису).²²

2. Псеудобесплатност

У уговорном праву, код бесплатних уговора преносилац не гарантује за правне и материјалне недостатке. Нема еквиваленције, па се прибавилац нарочито не штити. Следећи такво резонување, CESL прописује да се при утврђивању разумних очекивања потрошача узима у обзир да ли је за дигитални садржај плаћена цена (чл. 100 тач. г). Потрошач који није платио не треба да очекује исти квалитет као потрошач који је закључио теретни уговор. Иначе, бесплатне верзије су мање функционалне или се основна верзија нуди бесплатно да би се потрошачи „упецали“ и куповали додатке. Поред тога, CESL ограничава лекове када за дигитални садржај није плаћена цена у новцу (чл. 107). Потрошач онда има једино право на накнаду штете проузроковане његовој имовини, укључујући хардвер, софтвер и податке. Тако је он лишен уобичајених лекова: уредног испуњења (поправка, замена), ускраћивања своје обавезе, раскида уговора, смањења цене. Следи да потрошач бесплатног садржаја ужива мањи степен заштите.

Међутим, иако потрошач често дигитални садржај не плаћа новцем, редовно постоји другачија противчинидба. Као све вредније средство плаћања јављају се лични подаци. Дигитални садржај се нуди наизглед бесплатно, ако потрошач пристане да трговац прикупља његове личне податке (нпр. о навикама, афинитетима, ставовима, кретању, интересовању). Подаци се продају трећем (као што чини *Facebook*) или се користе за тзв. циљани маркетинг (*Google*). Лични подаци се лако претварају у новчану вредност, доносећи огроман профит. Јављају се и другачије неновчане противчинидбе, нпр. да би се погледао снимак или слушала музика, потрошач мора да се региструје, одгледа рекламу, попуни упитник. Осим тога, користе се и виртуелне валуте стварне вредности као и крипто-валуте (*Bitcoin*). Обележје ових уговора је псеудобесплатност.

У случају псеудобесплатности, логично је да потрошач нема право на смањење цене, али укидање других лекова је проблематично. Зашто одузимати право на замену или поправку ако је то у обостраном интересу? Треба признати и право на раскид уговора. Нарочито када је

22 Marco Loos, Natali Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, *European Review of Private Law*, бр. 6/2011, стр. 734.

плаћено личним подацима, потрошач има легитимни интерес да трговац обрише његове податке како не би могао даље да их експлоатише. Треба прописати обавезу трговца да избрише прикупљене податке, потрошач има право да „буде заборављен“.²³ Ово стоји и када је потрошач платио цену. Нелогично да се уважавају микро-плаћања (нпр. 99 центи по песми), али не и значај личних података.²⁴ Зато треба изједначити режим за псеудобесплатне и теретне уговоре.²⁵ То треба да подсети потрошаче на вредност коју често несвесно дају, иако није било новчане трансакције.²⁶

Директива важи и за псеудобесплатне уговоре, зато што обухвата „све уговоре између трговца и потрошача“ (чл. 1); на пример, из продавнице апликација преузета је бесплатна игра. Међутим, Директива се не односи на ситуације када се садржај бесплатно емитује путем Интернета без закључења уговора. Само приступање сајту, па и преузимање са њега не значе закључење.²⁷ У супротном би ризик за трговца био неподношљив.

3. Очекивања потрошача

Приликом утврђивања несаобразности узимају се у обзир основана очекивања потрошача. Постоји материјални недостатак када производ нема својства потребна за редовну или нарочиту употребу. За традиционалне производе садржај ових правних стандарда је добро познат. Очекивања е-потрошача граде се аналогично са телесним производима, на пример, диск може да се користи на сваком плејеру; бензин са једне пумпе у било ком аутомобилу. Међутим, апликација са телефона не ради на рачунару. Тржиште дигиталног садржаја је иновативно и променљиво. Карактеристике производа варирају у зависности од произвођача и непрестано еволуирају, па нису упоредиве. Немају сви потрошачи једнака очекивања. Старији не виде ситна слова, док млађи захтевају већу резолуцију – тада се приказује више ситнијег садржаја. Обимна обавештења о условима лиценцирања и коришћења ретко ко прочита пре него што на њих пристане. Због неопипљивости и разноврсности дигиталних производа тешко је одредити „основана очекивања“ дигиталног потрошача.

23 M. Loos, „The regulation of digital content B2C contracts in CESL“, стр. 611–634 (20).

24 M. Loos, „The regulation of digital content B2C contracts in CESL“, стр. 611–634 (5).

25 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 757.

26 A. Gray, „Enhancing Consumer Confidence By Clarifying Consumer Law: Consultation on the supply of goods, services and digital content“, стр. 41.

27 Упутство, стр. 8.

Пошто нема објективног мерила, очекивања потрошача по својој вољи обликују трговци и произвођачи. Када трговац пре закључења уговора обавести потрошача о неком ограничењу, он остаје без аргумента да је основано очекивао нешто друго, па касније не може да се позива на несаобразност.²⁸ Сама индустрија диктира шта „редовна употреба“ подразумева.²⁹ Са једне стране, јача страна је у позицији да појасни и информисе потрошача о карактеристикама производа. Са друге стране, тако јој је омогућено да манипулише очекивањима потрошача, самопостављајући стандарде.

Стандардизација је најранији облик заштите потрошача.³⁰ Стандарди дају законодавцу и судији мерило према којем се утврђује просечан квалитет. Одступање представља несаобразност. Мада право потрошача полази од тога да тржиште нуди стандардизоване производе, то са дигиталним садржајем није случај. У односу на традиционалне производе постоји велика диверзификација. Због утицаја технологије, права интелектуалне својине и различитих пословних модела тешко је проценити шта су главне карактеристике и уобичајене функције, односно шта су легитимна очекивања потрошача.³¹ Неки аутори предлажу да се одреде минимални стандарди у погледу приступачности, функционалности и безбедности дигиталних производа.³² Повећана правна сигурност погодује свима. Потрошачи би били сигурни да је садржај макар просечан. Трговци би били ослобођени ризика да нису довољно информисали потрошача, јер би обавеза обавештавања важила само за одступања од стандарда. Међутим, постоје и аргументи против стандардизације. Она би „замрзла“ постојеће стање које није технички, правно ни морално оптимално, већ је резултат компромиса и политике. Такав приступ би обесхрабрио инвестирање у нове технологије и иновације.³³

IV Несаобразности у пракси

Класификовање појавних облика несаобразности нема правни значај у погледу правних лекова, али је значајно због њиховог иден-

28 N. Helberger *et al.*, „Digital Content Contracts for Consumers“, стр. 51.

29 Marco Loos, Natali Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, 2011, доступно на адреси: <http://dare.uva.nl>, 15.2.2015, стр. 104.

30 Стандардизација је дала одличне резултате код безбедности играчака, услуга од општег економског интереса, у фармацији.

31 Natali Helberger, „Standardizing consumers' expectations in digital content“, *Info*, бр. 6/2001, стр. 76.

32 N. Helberger, „Standardizing consumers' expectations in digital content“, стр. 72.

33 N. Helberger, „Standardizing consumers' expectations in digital content“, стр. 72.

тификовања и разграничења. Редовно се ради о скривеним недостацима, што значи да ће их потрошач открити тек након коришћења (преузимања, односно инсталирања) дигиталног садржаја.³⁴ Трговац је дужан да о познатим недостацима обавести потрошача пре закључења уговора, што је јако проблематично, јер дигитални садржај који прави проблеме једном потрошачу, истовремено ће сасвим одговарати другом потрошачу због разлике у платформи, односно конкретном техничком окружењу. Постоји несаобразност када трговац зна за недостатак „универзалне“ природе и о њему не обавести потрошача.

1. Приступ и компатибилност

Основно обележје дигиталног садржаја је да се користи искључиво помоћу хардвера и софтвера. На пример, за е-књигу је потребан рачунар, одговарајући програм за „откључавање“ и још један за приказивање. Проблеми са приступом су чести, на пример, мобилни телефон, рачунар или систем за навигацију неуспешно приступа преоптерећеном серверу произвођача.³⁵ Питање несаобразности се отвара и када потрошач нема приступ дигиталном садржају похрањеном локално или нема приступ својим другим уређајем. Приступачност зависи од компатибилности стандарда и формата (на пример, старији плејер не чита заштићен диск) и зато се повезује са обавештењем о интероперабилности. Рекламна изјава (јавно обећање огласом) да је игра за конзолу А или Б; апликација за Андроид, *Windows*, или *IOS* базиран телефон; е-књига за читач Ц или Д, значи да потрошач не може основано да очекује приступ неким другим уређајем. У сектору видео игара „подељеност феуда“ је постала правило, уместо да је изузетак.³⁶ Слично, трговац обавештава потрошача о минималним системским захтевима за коришћење дигиталног садржаја. Када су поменуте информације адекватно саопштене потрошачу, дигитални садржај је саобразан опису, осим ако ограничење интероперабилности не представља непоштenu трговачку праксу.³⁷

Дискови са дигиталним садржајем већином су заштићени тзв. регионалним кодирањем. На пример, диск за америчко тржиште не може

34 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 108.

35 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 109.

36 N. Helberger, „Standardizing consumers' expectations in digital content“, стр. 71.

37 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 116.

се користити на уређају продатом у ЕУ. Нема несаобразности уколико је потрошач информисан о сличним ограничењима. Са друге стране, ако необавештени потрошач легитимно очекује да свуда користи дигитални садржај, постоји несаобразност због немогућности приступа. Када дигитални садржај захтева одговарајући софтвер који се посебно набавља, несаобразност постоји једино ако потрошач није о томе јасно обавештен, па је легитимно очекивао да је закључење првог уговора довољно.³⁸

Изјава трговца пре закључења уговора да дигитални садржај није тестиран са одређеним хардвером, не ослобађа га одговорности за несаобразност. Уважавање такве изјаве би довело трговца у повлашћен положај, он не би одговарао чак и када дигитални садржај не функционише на платформи за коју је направљен. То би стимулисало трговца да не тестира.³⁹ Несаобразност постоји када се дигитални садржај не може уобичајено користити на платформи за коју је трговац дао афирмативну изјаву. Од трговца се не очекује да прати све информације везане за компатибилност. Битно је место њиховог објављивања, на пример, информације на неком интернет форуму нису релевантне, али је другачије ако се ради о проблему којим су се бавили медији, односно постоји објава на сајту произвођача.⁴⁰ Трговац носи ризик незнања о својој понуди. Његова обавеза је већа ако са дигиталним садржајем продаје истовремено и платформу.

2. Умножавање (функционалност)

Дигитални садржај по функционисању треба да одговара ономе што је уобичајено. Спорно је да ли могућност умножавања представља уобичајену функцију. Право интелектуалне својине и право потрошача имају супротна полазишта. Заштитне техничке мера сузбијају пиратерију, али истовремено онемогућавају легитимно умножавање, коришћење истог производа на више уређаја једног потрошача и онемогућавају даљу продају. Таква ограничења нарушавају редовну употребу па се отвара питање несаобразности. У француском праву, техничке мере против умножавања не смеју да угрозе компатибилност дигиталног садржаја са потрошачевим уређајима, иначе постоји несаобразност.⁴¹

38 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 745.

39 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 748.

40 M. Loos, „The regulation of digital content B2C contracts in CESL“, стр. 611–634 (17).

41 N. Helberger, „Standardizing consumers’ expectations in digital content“, стр. 71.

Умножавање је најчешће забрањено „уговором са крајњим корисником“, којем потрошач приступа. Забрана је пуноважна уколико није неправична. Клаузуле доступне потрошачу тек када отпакује запечаћени носач дигиталног садржаја или након преузимања су ништаве, јер трговац о њима треба да обавести потрошача пре закључења уговора.⁴² У Немачкој, производи који не могу да се умножавају обележени су посебном ознаком, а као такви се и рекламирају. Недостатак ознаке значи да је умножавање дозвољено.⁴³ Трговац експлицитно треба да помене забрану умножавања, па тек након потрошачевог пристанка на ограничење нема несаобразности.⁴⁴

У аналогном свету класичних производа постојали су слични проблеми, али у мањој мери. Једноставно, потрошач није могао сам да умножи грамофонску плочу. Држава је прописивала посебне таксе за празне траке, погодне за пиратерију.⁴⁵ Данас, сваки уређај који похрањује дигитални садржај способан је и за умножавање. Са друге стране, раније је било немогуће да произвођач контролише да ли се потрошач придржава уговорених услова лиценцирања. Међутим, модерна технологија прикупља податке ко, како и када користи дигитални садржај. У случају злоупотребе произвођач лако онемогући приступ, што је вид притиска незамислив код традиционалних производа. Угрожено је право на приватност под изговорим да се потрошачу пружи „персонализовано“ и „специјално за њега скројено искуство“. Пословни модел где се могућност умножавања дигиталног садржаја додатно плаћа је легитиман.⁴⁶

Нису све копије једнаке. Говори се о резервним копијама, умножавању за личне потребе, дељењу пријатељима и трећим лицима. Директива о компјутерским програмима,⁴⁷ дозвољава купцу резервну копију софтвера када је то потребно и у складу са његовом наменом. Међутим, трговац ово право лако искључује уговорном клаузулом са

42 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 447.

43 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 448.

44 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 447.

45 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 444.

46 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 115.

47 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 114.

изговором да штити интелектуалну својину. Поред тога, поменута директива се односи само на софтвер. Треба дозволити резервне копије свих врста дигиталног садржаја.⁴⁸

Истраживање јавног мњења показује да потрошачи у великој мери очекују „приватно умножавање“ музике са диска.⁴⁹ Такав интерес је разумљив, све док није пиратерија. Пошто је очекивање основано, онда постоји несаобразност када дигитални садржај то онемогућава. Приватна копија не угрожава пласман производа, па трговац нема легитимни интерес да је забрани.⁵⁰ Потпуна забрана умножавања је неправична и ништава.⁵¹ Међутим, то је озбиљно задирање у Право интелектуалне својине.

У вези са функционалношћу, спорно је отуђење дигиталног садржаја трећем лицу, односно давање на послугу. По аналогији са робом, потрошачи ову могућност очекују. Тим поводом, Немачки федерални Врховни суд разматрао је занимљив случај: Игра продата на диску се игра *online*, након активације јединственим бројем – шифром. Посебна клаузула упозорава да је игра непреносива на треће лице. Суд је закључио да ограничење није непоштена трговачка пракса, јер је јасно одштампано на самом диску. Диск је могуће продати трећем, мада је он сам за себе бескористан. За телесне ствари (па и за програме) важи један, али за *online* приступ режим.⁵²

3. Квалитет и трајност дигиталног садржаја

Дигитални садржај по квалитету треба да одговара ономе што је уобичајено. Недостатак квалитета је некад мерљив квантитативно (на пример, резолуција видео или музичког фајла), или се манифестује као непоузданост у раду (на пример, навигација погрешни пут). Када потрошач одабере гори квалитет због мање цене, нема несаобразности.⁵³

48 M. Loos, C. Mak, „Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content“, стр. 14.

49 M. Loos, C. Mak, „Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content“, стр. 13.

50 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 447.

51 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 448.

52 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 97.

53 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 746.

Проблематично је застаревање дигиталног садржаја због технолошког напретка. Класични производи такође застаревају, нарочито високо-технолошка роба, знатно пре истека животног века (телефони, рачунари). Дигитални садржај није несаобразан само зато што је његова унапређена верзија постала доступна након закључења уговора (CESL, чл. 103). Производ нема недостатак само зато што је касније стављен у промет квалитетнији производ (ЗЗП, чл. 59). Оцена дотрајалости се утврђује с обзиром на тренутак закључења уговора. Не захтева се да дигитални садржај буде „најсавременији“ одређени период након закључења уговора.⁵⁴

Поставља се питање колико дуго дигитални садржај треба да буде подобан за редовну употребу. У пракси, потрошач стално путем Интернета ажурира дигитални садржај како би он остао функционалан, што је услуга коју пружа произвођач (на пример, доставља нове мапе за навигациони уређај). Немогућност ажурирања представља несаобразност, било да је она уговорена уз накнаду или псеудобесплатно. Са друге стране, ажурирање је временски ограничено. Није разумно очекивати да произвођач нуди ажурирање у недоглед, поготову кад дигитални садржај застари толико да је ажурирање скопчано са прекомерним трошковима. На пример, антивирусни софтвер из 2013. године ажурира се током 2014. али у 2015. години ажурирање није довољно, већ је потребна нова верзија. Не треба очекивати да нове апликације раде на платформи старој десет година. Када функционисање дигиталног производа захтева ажурирање или одржавање, он мора да буде саобразан уговору током читавог периода трајања уговора (CESL, чл. 105 ст. 4).

Трајност дигиталног садржаја је у вези за компатибилношћу. На пример, *Microsoft* је одустао од система „*Plays for sure*“, а систем наследник није компатибилан, па је дигитални садржај раније набављен неупотребљив. То је супротно основаном очекивању потрошача да производ користи до краја животног века. Мада ништа није вечно, трајност дигиталног садржаја не бити у дискрецији произвођача. У аналогном свету слична је обавеза снабдевања резервним деловима током примереног периода у складу са начелом савесности и поштења. Произвођач треба да омогући коришћење дигиталног садржаја чак и када напусти платформу за њега.⁵⁵

Понекад је тешко установити ко је одговоран за губитак одређене функције због дотрајалости. На пример, „паметни“ ТВ се рекламира са функцијом да приказује *Youtube*. Међутим, то не значи да ће ова

54 A. Gray, „Enhancing Consumer Confidence By Clarifying Consumer Law: Consultation on the supply of goods, services and digital content“, стр. 35–36.

55 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 446.

функција бити доступна током читавог животног века уређаја или да неће престати под условима које диктира *Youtube*, мада је он у односу на потрошачки уговор треће лице. Са друге стране, потрошач основано очекује не само да ТВ ради, него и да на њему и гледа *Youtube*, јер је баш зато купио скупљи модел. У таквим ситуацијама тешко је раздвојити саобразност дигиталног садржаја од саобразности услуге, односно самог уређаја.⁵⁶ У сваком случају, прерана дотрајалост дигиталног садржаја представља несаобразност.

4. Грешке и безбедност

Због грешака у самом дигиталном садржају он постаје неупотребљив, на пример, база података приказује нетачне информације. Грешке се манифестују и као квар платформе па је тешко разлучити шта је прави узрок проблема, на пример, преузети софтвер изазива ресетовање уређаја. Постоји несаобразност када услед грешака потрошач не може у пуној мери да користи дигитални садржај или свој уређај. Ако дигитални садржај проузрокује штету на имовини потрошача, онда важе одредбе о одговорности за ствари са недостатком.

Индустрија тврди да је нормално да дигитални садржај, а нарочито софтвер, има одређене грешке када се први пут појави на тржишту. Међутим, немачки Врховни суд је још 1987. године оспорио тај став.⁵⁷ Поставља се питање када су грешке довољно озбиљне да представљају несаобразност. Треба узети у обзир колико времена је производ на тржишту, као и да ли је у питању његова пробна верзија (бета). Када су основана очекивања потрошача изневерена постоји несаобразност без обзира да ли је недостатак већи или мањи. У вези са проценом је и обавеза потрошача да редовно ажурира дигитални производ, чиме омогућава произвођачу да отклони грешке. Потрошачев пропуст у том смислу представља поверилачку доцњу, односно његов допринос штети. Посебно је питање како решити овај проблем када се за ажурирање захтева додатна накнада.⁵⁸

Грешке у дигиталном садржају отклањају се у његовим наредним верзијама. Што је дигитални производ дуже на тржишту, очекивање да су грешке отклоњене је заснованије. За нови софтвер је толеранција већа, него за унапређене верзије старог. Међутим, ако је трговац продао старију верзију са недостатком, знајући да у исто време постоји на

56 A. Gray, „Enhancing Consumer Confidence By Clarifying Consumer Law: Consultation on the supply of goods, services and digital content“, стр. 36.

57 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 747.

58 N. Helberger *et al.*, „Digital Content Contracts for Consumers“, стр. 53.

тржишту новија верзија где је тај недостатак отклоњен, и о томе није обавестио потрошача, постоји несаобразност.

Потрошач основано очекује да дигитални садржај неће угрозити безбедност његове платформе отварањем „сигурносних рупа“ које затим могу да злоупотребе трећа лица. Дигитални садржај треба да буде без вируса, без обзира да ли је конкретни вирус познат у време испоруке. Са друге стране, када *malware* нападне и поквари дигитални садржај, правних лекова нема, јер је дигитални садржај био саобразан у тренутку испоруке.⁵⁹

Небезбедни дигитални садржај угрожава право потрошача на мир и приватност. Наиме, творац дигиталног садржаја омогући трећем лицу, за противнакнаду, приступ уређају потрошача. Такав производ прати његово понашање и кретање, бележи навике и интересовања. Сличне проблеме изазива *spam* преко е-поште или *sms* порука. Описано поступање је неправична пословна пракса, а сам дигитални садржај је несаобразан. Са друге стране, нема несаобразности ако је потрошач сам доставио своју електронску адресу и пристао је на „понуде и промоције“. Слање упркос накнадном противљењу је недопуштено.⁶⁰

V Закључак

Парадоксално, трговац своју обавезу да обавести потрошача користи у сопственом интересу по принципу: ако потрошача информисем – нема одговорности. Пристрасни „Уговори са крајњим корисником“ такође сужавају легитимна очекивања потрошача. Тако трговац вештим обавештавањем и уговарањем знатно побољшава свој положај, умањујући шансе да одговара за несаобразност. Границе таквом поступању су правила о непоштеној трговачкој пракси, али и опште начело савесности и поштења. Нуђење „бесплатног“ дигиталног садржаја представља само један нов пословни модел, а не трговачку дарезљивост.

„Основана очекивања“, „нормално функционисање“, „редовна употреба“, „главне карактеристике“ су још увек неформирани правни стандарди када је у питању дигитални садржај. Најизвеснију заштиту потрошач ужива када је дигитални садржај испоручен на телесном медијуму. Она је за степен мања уколико је производ преузет за Ин-

59 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 748.

60 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 121.

тернета. Због дилеме између аналогije са робом или услугом, највећа несигурност постоји за *online* дигитални садржај. Важно је обезбедити исти степен заштите, без обзира на начин испоруке. Уосталом, зато је и напуштена ранија дихотомија телесни/нетелесни медијум.

Тест саобразности узима у обзир основана очекивања потрошача, а не интерес носиоца лиценце. Потпуна немогућност умножавања представља несаобразност. Правна природа ажурирања је двојака. То је право е-потрошача, али истовремено и његова обавеза.

Доктрина треба да задржи непристрасност, јер правни писци нису адвокати потрошача. Пракса домаћег законодавца да парцијално преузима решења из европских директива, уводи у домаће право појмове који су без додатног објашњења бескорисни (на пример, релевантна интероперабилност).

Када би сада прихваћени стандарди за процену квалитета и функционалности дигиталног производа важили у аналогном свету традиционалних производа, стање би било апсурдно. Аутомобил би се без разлога рестартовао; сваки нов модел би захтевао посебну, специјалну обуку; могла би да га користи искључиво једна особа; сваки произвођач захтевао би сопствену врсту горива; продаја половног аутомобила би била немогућа; браве и прозори би се наплаћивали посебно.

Mihajlo CVETKOVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Niš

Đorđe NIKOLIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Niš

CONFORMITY OF DIGITAL CONTENT

Summary

This paper, as continuation of the article “The definition and the legal nature of digital content” (Law and Economy, 7–9/2014), while relying on the European formal sources (CESL, Directive on consumer rights, Guidelines for Directive Implementation) and foreign literature, sheds light on new concepts in Serbian consumer protection law. Conformity of digital content is problematic because its legal nature is controversial. It can be explained by analogy with traditional products, with support of new ideas such as “pseudo-gratuity”. Conformity depends on pre-contractual information and legitimate consumer

expectations, but these basic concepts of contract law have a specific meaning in the digital environment. Lack of conformity is described as incompatibility, prohibition of duplication, inaccessibility, premature obsolescence. Substandard digital product is endangers security, sometimes even basic human rights of e-consumers. Traders are abusing legal uncertainty, hampering their responsibility for unconformity.

Key words: *consumer protection, Internet, material defects, contract law, gratuitousness.*

Др Соња ЛУЧИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ЗАШТИТА НЕРЕГИСТРОВАНИХ ОЗНАКА ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Резиме

Заштитна ознака географског порекла почива на различитим системима заштите, чија међусобна веза може да изазове одређене проблеме. Постоје национална правила заштите, међународни уговори и споразуми, а у Европској унији примењује се Уредба 1151/2012 о правилима квалитета за пољопривредне и прехрамбене производе. Предмет овог рада је заштитна ознака географског порекла које нису регистроване у Европској унији. Такве ознаке су изузете из заштите на основу важеће Уредбе 1151/2012. У том смислу, аутор анализира две пресуде Суда Европске уније: у правној ствари С-446/07 и С-35/13. Обе пресуде за предмет имају италијанску ознаку „Salame Felino“, која у време доношења и једне и друге пресуде није била регистрована у Европској унији као ознака географског порекла. Циљ анализе ових пресуда је указивање на услове под којима географске ознаке, које нису регистроване у Европској унији, односно не испуњавају услове за заштиту према важећој Уредби 1151/2012, уживају заштиту према националним прописима.

Кључне речи: ознака географског порекла, описности преваре пошрошача, коришћење у доброј вери, нелојална конкуренција.

I Увод

У правном смислу, област ознака географског порекла (у даљем тексту: ОГП) отвара многа питања. Иако су ове ознаке најраније коришћене за обележавање производа, њихова правна природа и обим заштите предмет су бројних дискусија. Њихова правна заштита, која укључује и обим заштите, разликује се од земље до земље. Уједначавање правних прописа до данас није постигнуто. Најопштије говорећи, постоје два главна концепта заштите.¹ Један облик заштите се остварује на основу правила о сузбијању нелојалне конкуренције. Циљ овог облика заштите је да се спречи преварно означавање робе или услуге географском ознаком. Другим речима, лице које своју робу или услугу обележи називом географског локалитета са којег роба не потиче, чини дело нелојалне конкуренције. Други облик заштите остварује се на основу посебних прописа за заштиту географских ознака. Ови прописи регулишу услове и поступак за установљење ОГП, као и услове и садржину заштите субјеката који су овлашћени на њихово коришћење. Субјективно право које се стиче на основу ових прописа убраја се у права индустријске својине.

У већини европских земаља право на ОГП признаје се као субјективно право индустријске својине. Овај систем заштите најпре се развио у Француској. Француски систем заштите ОГП значајно је утицао на развој заштите у многим другим земљама, као и на међународном плану. Међутим у појединим земљама, као на пример у Немачкој, ове ознаке уживају заштиту на основу Закона о жиговима и прописа о сузбијању нелојалне конкуренције. Другим речима, у овој земљи не постоји субјективно право на ОГП.

Нејединствени систем заштите ОГП својствен је и међународним изворима. Тако, према одредбама ТРИПС-а све ОГП уживају заштиту од преваре о географском пореклу и од нелојалних радњи. Изузетно, вина и алкохолна пића уживају шири обим заштите. Ови производи су заштићени од сваког облика коришћења од стране неовлашћених лица, независно од преваре, опасности замене или нелојалних радњи.

На европском плану ОГП уживају заштиту на основу Уредбе бр. 1151/2012 о правилима квалитета пољопривредних и прехрамбених производа. Ова Уредба обезбеђује заштиту потрошача не само од преварне употребе, него и од наслањања и искоришћавања гласа ОГП. Пред тога, ОГП подлежу општој забрани преваре, која између осталог произилази из чл. чл. 2 Директиве 2000/13. Управо у области између

¹ Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2000, стр. 166.

посебне заштите ОГП и опште забране преваре креће се одлука Суда ЕУ у правној ствари С-446/07.²

II Спор пред Судом Европске уније

Поступку пред Судом Европске уније у правној ствари С-446/07 претходио је поступак пред надлежним судом у Италији.³ Тужилац у овом поступку био је заправо законски заступник италијанског произвођача месних прерађевина.⁴ Произвођач о коме је реч је производио кобасицу под именом „*Salame Tipo Felino*“ (у преводу: салама Фелино врсте). Производ о коме је реч произвођач није производио у месту Фелино.⁵ Тужени у поступку, регион Емилија Ромања је, пре покретања судског поступка, због коришћења ознаке изрекао новчану казну против италијанског произвођача. Тужена страна је изрицање новчане казне правдала аргументом да коришћење ознаке „*Salame Tipo Felino*“ представља преварно указивање на традиционални метод производње и место производње.⁶

Изрицање новчане казне био је повод да италијански произвођач месних прерађевина покрене судски поступак. Наиме, тужилац је сматрао да је изрицање новчане казне неосновано и у својој тужби, између осталог, истакао да односна ознака упркос различитим захтевима није заштићена, односно регистрована као ОГП и да је дужи низ година већи број произвођача користи у доброј вери и ван места Фелино.

Имајући у виду аргументе тужиоца – произвођача, надлежни италијански суд је прекинуо поступак који је пред њим вођен и покренуо поступак претходног одлучивања пред Судом ЕУ, са циљем да се у светлу тада важеће Уредбе 510/2006 испитају аргументи произвођача против приговора да би обележавање његових производа могло да превари потрошаче. Међу аргументима произвођача Суд је издвојио онај да је појам „*Salame Tipo Felino*“ генерична ознака, тј. у слободној употреби, имајући у виду да за ову ознаку није затражена регистрација у смислу Уредбе 510/2006. Осим тога, италијански суд је затражио да се посебно испита и аргумент да спорну ознаку већ дуже време у доброј вери користе и други произвођачи.

2 Текст пресуде у правној ствари С-446/07 је доступан на адреси: <http://www.lexetius.com/2009,2495>.

3 Поступак је вођен пред судом „*Tribunale civile di Modena*“.

4 Реч је о произвођачу „*Grandi Salumifici Italiani SpA*“.

5 Фелино је општина у Италији, у округу Парма, односно региону Емилија Ромања.

6 Мисли се на место Фелино.

III Претварање ознаке географског порекла у генеричну ознаку

Прво питање које је италијански суд поставио Суду ЕУ односило се на чл. 13, ст. 2 Уредбе 2081/92. У овом члану је предвиђено да име које је регистровано према овој Уредби не сме постати генерична ознака. У вези са овим прописом Суд ЕУ негира обрнути закључак, наиме да податак који није регистрован према овој Уредби се сматра генеричном ознаком. Суд је при том истакао да ознака добија генерични карактер само кроз објективни процес, тј. када је постала уобичајено име производа. При том, питање регистрације ознаке према важећој Уредби нема никакав значај, пошто се и ван Уредбе у односу на географске податке поставља питање да ли њих промет разуме као указивање на порекло робе или генерално као ознаку одређеног производа независно од његовог места производње.

Суд је, дакле, у вези са првим питањем које му је поставио италијански суд истакао да географски податак служи пре свега за обележавање географског порекла робе и да тек после одговарајуће промене схватања промета може да постане генерична ознака. Имајући у виду да се ово последње објективно утврђује, обрнути закључак из чл. 13, ст. 2 Уредбе 510/2006 није дозвољен. Односни пропис једино забрањује претварање ОГП, које су регистроване према овој Уредби, у генеричне ознаке.

IV Коришћење ознаке географског порекла у доброј вери и питање преваре потрошача

У оквиру своје одлуке, а у вези са постављеним питањима, Суд ЕУ је даље истакао да географски податак који није регистрован може законски да се користи, под условом да не вара потрошаче. У вези са оценом преваре могло би време коришћења ознаке да игра важну улогу, али не и добра вера произвођача или трговца. Другим речима, чисто субјективна представа произвођача или трговца да одређену ознаку користи легално, нема утицај на питање да ли је потрошач коришћењем те ознаке преварен о стварном пореклу робе. Од значаја је схватање просечно информисаног, пажљивог и разумног потрошача.

На овакав став Суда није могао утицати ни чл. 14, ст. 2 Уредбе 510/2006 који предвиђа да жиг који је коришћен у доброј вери пре регистрације ОГП или пре 1. јануара 1996. године, може да се користи и

после регистрације ОГП, под условом да не постоје посебни разлози за гашење жига.⁷ Управо овај пропис могао би да наведе на закључак да и код других ознака које садрже географски податак добра вера би могла да игра одређену улогу.

Добра вера у смислу чл. 14, ст. 2 Уредбе 510/2006, према пракси Суда ЕУ, не односи се на питање преваре, већ једино на то да у тренутку регистрације жига нису постојали национални прописи за заштиту ОГП.⁸ Примера ради, жиг који садржи географски податак је у Италији 1995. године пријављен за регистрацију у доброј вери у смислу чл. 14, ст. 2 Уредбе 510/2006, под условом да у том тренутку у Италији није постојала заштита за односни географски податак. У овом случају жиг сме и даље да се користи, ако је 2000. године извршена регистрација односног географског податка као ОГП.

Другачија је ситуација, ако је односни жиг подесан да превари потрошаче о географском пореклу робе која је обележена односним жигом. У том случају, жиг не сме да се користи за односне производе. На забрану даљег коришћења жига ништа не мења чл. 14, ст. 2 Уредбе 510/2006. Наиме, у овом пропису је предвиђено да старији жиг, у вези са регистрованом ОГП, сме даље да се користи под условом да не постоје разлози за гашење или престанак жига у смислу Уредбе 40/94.⁹ У случају преваре о пореклу постоји разлог за престанак жига. Наиме, према чл. 7, ст. 1(г), а у вези са чл. 51, ст. 1(а) Уредбе 40/94 жиг се може огласити ништавим ако је подесан да превари потрошаче о пореклу производа. Другим речима, преварне ознаке по природи ствари не могу да се користе после регистрације млађе географске ознаке.

Пресуда Суда ЕУ у правној ствари С-446/07 је доследна ранијој пракси овог суда.¹⁰ Суд је у пресуди истакао да се у вези са питањем преваре могу узети у обзир различити објективни фактори. У те објективне факторе се убраја, између осталог, дужина коришћења ознаке, али не и добра вера произвођача или трговца.

7 Henner Grote, „Anmerkung zu EuGH „Salame tipo Felino“, *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, бр. 2/2010, стр. 209.

8 Опширније о томе видети у: Roland Knaak, „Die-EG Verordnung Nr. 510/2006 zum Schutz geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, бр. 11/2006, стр. 893, 897.

9 Уместо Уредбе 40/94 сада је на снази Уредба 207/2009.

10 Према пресуди Суда ЕУ у правној ствари С-87/09 „добра вера“ у смислу чл. 14, ст. 2 тада важеће Уредбе 2081/92 не односи се на питање преваре.

V Заштита ОГП које нису регистроване у Европској унији

Суд ЕУ имао је прилику да још у једном случају одлучује о заштити ознаке „*Salame Felino*“ у правној ствари C-35/13. Повод за нови спор била је тужба коју је произвођач „*Felino*“ саламе из провинције Парма поднео против удружења произвођача који су ван региона Парме производили саламу под ознаком „*Felino*“. Захтев за регистрацију ознаке „*Salame Felino*“ у Европској унији није био поднет у тренутку подношења тужбе. Италијански суд је прекинуо поступак који је пред њим вођен и Суду у Луксембургу поставио питање, наиме, која правила важе за заштиту ОГП у оквиру ЕУ, као и у оквиру једне државе чланице, а за коју није поднет захтев за регистрацију. Осим тога, италијански суд је хтео да зна и да ли се таква ознака може ослонити на систем заштите установљен одговарајућом Уредбом ЕУ.

Суд у Луксембургу је на постављена питања одговорио да се правила заштите одговарајуће европске уредбе не односе на географску ознаку која није регистрована у ЕУ. Таква ознака ужива заштиту према релевантним националним правилима, под условом да се ознака односи на производе код којих не постоји нарочита веза између особина производа и њиховог географског порекла. Спровођење овог правила, са једне стране, не сме да оштећује циљеве који су постављени одговарајућом уредбом, а са друге стране не сме да вређа слободан промет робе у смислу чл. 28 (сада чл. 34) Уговора о Европској унији. Испуњеност ових услова цени национални суд.

За исправно разумевање начела која је Суд поставио у последњој пресуди у вези са коришћењем ознаке „*Salame Felino*“ потребно је вратити се на ранију пресуду Суда у правној ствари C-478/07. У овој пресуди Суд је истакао да географска ознака, за коју није затражена регистрација у ЕУ, али која испуњава претпоставке за заштиту према важећој уредби, не сме да ужива заштиту према националним прописима, уколико европске прелазне одредбе не дозвољавају привремену европску заштиту. Другим речима, у сваком правном спору, у вези са коришћењем географске ознаке, суд мора најпре да испита да ли би таква ознака уживала заштиту према актуелној уредби да је за њу затражена регистрација. Само после негативног одговора на ово питање долази у обзир примена националног система заштите.¹¹

11 Hermann-Josef Omsels, Schutz geografischer Herkunftsangaben außerhalb des Geltungsbereichs der VO (EWG) 2081/92, VO (EG) 510/2006 und VO (EU) 1151/2012 („*Salame Felino*“), Deutschland, 2014, доступно на адреси: <http://www.juris.de/jportal/prev/JULU000330614>.

Границе, постављене у спору у правној ствари C-478/07, Суд ЕУ је оборио у последњој пресуди у вези са коришћењем ознаке „*Salame Felino*“. Наиме, у „*Salame Felino II*“ пресуди Суд је истакао да се правила актуелне европске уредбе не односе на ознаке које нису регистроване у ЕУ и поставио услове под којима такве ознаке могу да уживају заштиту према националним прописима. Наиме, начела која је Суд поставио у „*Salame Felino II*“ пресуди отварају питање заштите ознака које нису регистроване у ЕУ, а које спадају у област њене примене. Реч је о ознакама код којих постоји нарочита веза између особина производа и њиховог географског порекла. За „*Salame Felino*“ ознаку проблематика о којој је реч је без значаја. Наиме, ова ознака је у међувремену регистрована на основу имплементирајуће Уредбе ЕУ бр. 186/2013.

VI Закључак

У првој пресуди Европског суда правде (у правној ствари C-446/07), а поводом коришћења ознаке „*Salame tipo Felino*“, Суд је истакао да ознака производа, која додуше садржи географски податак, али није регистрована као ОГП, може законски да се користи под условом да није преварна. Време коришћења ознаке могло би да игра улогу на питање преваре, али не и добра вера произвођача или трговца. За праксу ова пресуда је од значаја јер потврђује начело да је при коришћењу ОГП на етикети намирница потребна нарочита опрезност. Превара потрошача се при том, не може искључити аргументом да се односна ознака већ дуже време користи у доброј вери. Напротив, превара потрошача о пореклу робе може се искључити само кроз објективне критеријуме, као на пример кроз јасно указивање на етикети, односно паковању производа на стварно место производње.

У својој другој пресуди у вези са коришћењем ознаке „*Salame Felino*“ Суд се бавио једино националном заштитом географских ознака за пољопривредне и прехранбене производе ван области примене актуелне уредбе ЕУ. У овој пресуди суд је истакао да се национални прописи примењују на ознаке чији циљ није гаранција квалитета производа. Њихов једини циљ је гаранција географског порекла производа. Слобода промета робе такође, гради границе заштите географских ознака ван актуелних европских прописа.

Ознаке, код којих постоји нарочита веза између особина производа и њиховог географског порекла подпадају под режим важеће уредбе ЕУ, сасвим свеједно да ли је та ознака већ регистрована према уредби, односно да ли је заштита затражена или не. Другим речима, нерегистрованим ознакама код којих постоји нарочита веза између особина

производа и њиховог географског порекла, на тај начин прети и даље опасност, да више не буду заштићене, пошто такве ознаке потпадају под област примене актуелне уредбе, али према њој нису регистроване.

Sonja LUČIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

THE PROTECTION OF GEOGRAPHICAL INDICATION WHICH IS NOT REGISTERED IN THE EUROPEAN UNION

Summary

The author of this paper has analyzed the protection of geographical indication which is not registered in the European Union. Apart from the special system for the protection of geographical indication on both European and national level, one should always consider a general anti-fraud prohibition. Geographical information must not be likely for fraud in the origin of products. Thereby, the argument that the indication has been used in good faith over a long time period may not exclude the fraud of consumers. On the contrary, the fraud in products origin may be excluded only by objective criteria, such as by indicating the real place the products originate from.

European union regulation 1151/2012 (previously Regulation 510/2006) does not regulate the protection of geographical indications which have not been registered in the European Union. These indications are protected by the national regulations providing that they refer to the products without clear link between their characteristics and geographical origin. Besides, implementation of this rule, on one hand must not harm the objectives predicted by both current or previous Regulation for protection of geographical indications, but on the other hand it must not violate the rule that refers to the free movement of goods in the European Union. National courts determine the fulfillment of these terms.

Key words: *geographical indication, the fraud of consumers, use in good faith, unfair competition.*

Др Јелена ЂЕРАНИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Бања Луци
научни сарадник Института за упоредно право у Београду

ПРИМЕНА НАЦИОНАЛНИХ ПРОПИСА ДРЖАВА ЧЛАНИЦА ЕУ У ОКВИРУ СИСТЕМА УНИТАРНЕ ПАТЕНТНЕ ЗАШТИТЕ

Резиме

Европски савет је у јуну 2012. године изменио Предлој уредбе о сировођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите у смислу да су из његове садржине уклоњене одредбе које су се тичале директних и индиректних повреда и ограничења унитарног патента. Оваквом посљедицу оштро се успротивио Европски парламент. У децембру 2012. године постигнуто је компромисно решење којим је предвиђено да се у случају повреда и ограничења унитарног патента примењују национални закони држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи. Различити национални патентни закони требало би да буду хармонизовани у складу са Сјоразумом о јединственом патентном суду. Осим тога, примена националних прописа предвиђена је и у вези са правима раније корисника, патентом као предметом својине и принудним лиценцама. Позивање на национална законодавства држава чланица у сувројности је са самом природом унитарне патентне заштите и унитарним дејством унитарног патента. Стога, овај рад настоји да расветли да ли и у којој мери примена националних прописа доприноси даљој фрагментацији патентног режажа у ЕУ.

Кључне речи: унитарни патент, Европска унија, национални прописи, унитарно дејство, фрагментација.

I Уводне напомене

Након више деценија рада на успостаљању јединственог система заштите проналазака у ЕУ у децембру 2009. године у Савету је постигнут политички споразум о стварању унитарне патентне заштите и оснивању новог правосудног органа за решавање спорова у вези са европским патентом и европским патентом са унитарним дејством (унитарним патентом). Док је успостављање унитарне патентне заштите предвиђено уредбама, оснивање суда за решавање патентних спорова засновано је на међународном споразуму.

Највећу препреку успостављању јединственог система заштите проналазака у ЕУ годинама је представљао режим превођења. У складу са политичким споразумом из 2009. године, Европска комисија је у јулу 2010. године изнела Предлог уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите која се тиче превођења. На основу Уговора из Лисабона акти којима се утврђује језички режим за права интелектуалне својине доносе се једногласно.¹ Међутим, у новембру 2010. године, државе чланице ЕУ, у Савету за конкуренцију, нису успеле да постигну консензус. Шпанија и Италија оштро су се противиле предложеном режиму превођења. Стога је у децембру 2010. године дванаест заинтересованих земаља² званично затражило покретање механизма ближе сарадње. У фебруару 2011. године прикључило им се још тринаест држава чланица ЕУ.³

У складу са одредбама Уговора из Лисабона, Савет је у марту 2011. године одобрио покретање ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите. Већ у априлу 2011. године, Комисија је спровела у дело одлуку двадесет пет земаља и предложила две уредбе о унитарној патентној заштити: Предлог уредбе Европског парламента и Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите (УУПЗ)⁴ и Предлог уредбе Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите која се тиче превођења.⁵

1 Уговор о функционисању ЕУ (УФЕУ), чл. 118 ст. 2: „Савет, одлучујући у складу са посебним законодавним поступком, утврђује уредбама језичке режиме на европском нивоу. Савет одлучује једногласно, после консултовања Европског парламента“.

2 То су Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Литванија, Луксембург, Холандија, Пољска, Словенија, Шведска и Уједињено Краљевство.

3 То су Белгија, Бугарска, Чешка, Ирска, Грчка, Кипар, Летонија, Мађарска, Малта, Аустрија, Португалија, Румунија и Словачка.

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

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

Међутим, на састанку шефова држава и влада земаља чланица ЕУ, одржаном 29. јуна 2012. године донета је одлука која је потпуно променила редован ток поступка успостављања унитарне патентне заштите. Тога дана, под притиском Уједињеног Краљевства, Европски савет одлучио је да се Предлог уредбе измени у смислу да се из његове садржине уклони неколико одредби којима је било предвиђено материјално право унитарног патента. Реч је одредбама 6, 7 и 8 које су се односиле на директне повреде, индиректне повреде и ограничења унитарног патента. На овај начин елиминисана је надлежност Европског суда правде (ЕСП) у области стварања унитарне патентне заштите, што је и био давнашњи британски циљ.⁶ Оваква одлука оквалификована је као противзаконита⁷ и наишла је на оштро противљење, не само у научним и стручним круговима, већ и међу појединим институцијама ЕУ. Ипак, да би се до краја 2012. године усвојио тзв. патентни законодавни пакет, пронађено је компромисно решење, познатије као „кипарски компромис“.⁸ Оно се састоји у упућивању на одредбе националних закона држава чланица које учествују у ближој сарадњи када је реч о директним и индиректним повредама и ограничењима. Предвиђено је да ће различити национални прописи бити хармонизовани на основу Споразума о јединственом патентном суду (СЈПС). Осим тога, УУПЗ предвиђа примену националних прописа у вези са правима ранијег корисника, патентом као предметом својине и принудним лиценцама. Стога се поставља питање да ли примена одредби националних законодавстава држава чланица доприноси даљој фрагментацији система унитарне патентне заштите и у којој мери је унитарни патент уопште унитаран?

У првом делу рада испитана је примена националних закона држава чланица ЕУ када је реч о повредама и ограничењима унитарног патента. У овом случају предвиђено је да ће национални прописи бити

6 Вид. Јелена Ђеранић, „Европски патент са унитарним дејством – унитарни патент“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2013, стр. 771.

7 Међу бројним разлозима због којих се ова одлука сматра противзаконитом истичу се:

1. Ови чланови представљају минимум материјалног права унитарног патента и без њих се одредба 118. став 1. УФЕУ не може сматрати правном основом унитарне патентне заштите;
 2. Споразум о јединственом патентном суду налази се изван институционалног оквира ЕУ, а једино је он надлежан да доноси одлуке о унитарном патенту који представља део правног поретка ЕУ;
 3. Европски савет је, овакавим поступком, прекорачио своја овлашћења.
- Вид. Ј. Ђеранић, *нав. чланак*, стр. 771–773.

8 Кипар, као земља председавања ЕУ у другој половини 2012. године, уложио је велике напоре да се постигне поменути компромис. Стога је он и назван „кипарски компромис“.

хармонизовани у складу са одредбама СЈПС. Други део рада посвећен је примени националних прописа у вези са правима ранијег корисника, патентом као предметом својине и принудним лиценцама. У трећем делу размотрено је да ли и у којој мери, овако конципиран унитарни патент, доприноси даљој фрагментацији патентне заштите проналазака у ЕУ.

II Примена националних прописа у случају повреда и ограничења унитарног патента

У складу са УУПЗ носиоци европских патената са унитарним дејством овлашћени су да спрече треће стране од извођења радњи против којих тај патент обезбеђује заштиту на територијама држава чланица које учествују у ближој сарадњи у којима он има унитарно дејство.⁹ С обзиром на то да УУПЗ не садржи одредбе материјалног права унитарног патента, Уредба прописује да су акти против којих патент предвиђа заштиту и ограничења одређени правом које се примењује на европски патент са унитарним дејством у државама чланицама које учествују у ближој сарадњи чије се национално право примењује на европски патент са унитарним дејством.¹⁰ Другим речима, правила о директним и индиректним повредама унитарног патента и ограничењима одређена су националним законодавствима држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи.

Дефинитивним усвајањем оваквог решења, у европским научним и стручним круговима, још једном је отворена расправа о прикладности примене националних прописа у оквиру система унитарне патентне заштите, посебно узимајући у обзир саму природу европског патента са унитарним дејством.

Велики део поново је изразио забринутост, као и када је својевремено измењен Предлог уредбе у смислу да су из његове садржине уклоњени чланови 6–8, а након тога усвојен „кипарски компромис“. Одредбама УУПЗ предвиђена је примена националног права, тј. националног патентног закона одговарајуће државе чланице. Међутим, национални закони држава чланица које учествују у ближој сарадњи међусобно се разликују. То значи да ће се у истим ситуацијама примењивати различита законска решења, што је у супротности са прописаном унитарном природом европског патента са унитарним дејством.¹¹

9 Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите (даље у тексту: УУПЗ), чл. 5 ст. 1.

10 УУПЗ, чл. 5 ст. 3.

11 Nina Machek, „How ‘Unitary’ is the Unitary Patent?“, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407357, 31.3.2015, стр. 24.

Ипак, упућивање на право које се примењује на европске патенте са унитарним дејством у државама чланицама које учествују у ближој сарадњи, може се сагледати и из другачијег угла.¹² Чињеница је да у овом тренутку не постоји такво хармонизовано право које се примењује на европске патенте са унитарним дејством у било којој држави чланици која учествује у ближој сарадњи. Међутим, када тзв. унитарни патентни пакет почне да се примењује, право које ће се примењивати на унитарни патент у вези са радњама против којих патент обезбеђује заштиту биће одређено СЈПС. Реч је о члановима 25–27 Споразума, који одговарају некадашњим члановима 6–8 Предлога УУПЗ. Члан 25 односи се на директне повреде, члан 26 на индиректне повреде и члан 27 на ограничења европског патента са унитарним дејством. Дакле, право које се примењује биће исто у свим државама чланицама које учествују у ближој сарадњи, чиме ће коначно бити афирмисана унитарна природа унитарног патента. Овакаво тумачење такође је у складу са одредбом УУПЗ којом је прописано да су обим тог права и његова ограничења униформни у свим државама чланицама које учествују у ближој сарадњи у којима он има унитарно дејство.¹³

Присећајући се да је својевремено намера Европског савета била да се уклони материјално право из УУПЗ како би се избегла надлежност ЕСП, могло би се рећи да је та оригинална намера осујећена. Одредба УУПЗ на основу које европски патент са унитарним дејством има унитарни карактер и обезбеђује униформну заштиту и има једнако дејство у свим државама чланицама које учествују у ближој сарадњи,¹⁴ може се протумачити у смислу да „једнако дејство“ имплицира једнака правила у вези са повредама и ограничењима унитарног патента. Оваквим тумачењем оставља се простор ЕСП да надзире примену прописа о повредама и ограничењима (хармонизованих на основу СЈПС), као што је првобитно било планирано Предлогом УУПЗ. Претпоставља се да ће ЕСП искористити могућност да попуни правне празнине из УУПЗ, уколико треба да утврди у којој мери је надлежан да надзире деловање новооснованог ЈПС, посебно узимајући у обзир његову проактивну улогу кроз историју када је реч о стварању права.¹⁵

12 *Ibidem*, стр. 24–25.

13 УУПЗ, чл. 5 ст. 2.

14 УУПЗ, чл. 3 ст. 2.

15 Thomas Jaeger, „Shielding the Unitary Patent from the ECJ: A Rash and Futile Exercise“, доступно на адреси: http://www.researchgate.net/publication/257810559_Shielding_the_Unitary_Patent_from_the_ECJ_A_Rash_and_Futile_Exercise, 29.3.2015.

III Упућивање на законодавства држава чланица у погледу права ранијег корисника, патента као предмета својине и принудне лиценце

У одређеним ситуацијама, предвиђено је и упућивање на оригинална национална законодавства држава чланица које учествују у ближој сарадњи.¹⁶ Када је реч о правима ранијег корисника, унитарном патенту као предмету својине и принудној лиценци, УУПЗ и СЈПС упућују на национална права држава чланица. Сви претходни покушаји успостављања патента ЕУ (Конвенција о комунитарном патенту, Нацрт споразума о европском патентном спору, Нацрт споразума о суду за европски патент и патент ЕУ) регулисали су, у мањој или већој мери, оно што се назива имовински аспекти патената. Међутим, бурна историја успостављања унитарне патентне заштите, утицала је на то да одредбе националних законодавстава држава чланица добију много већу улогу, него што је било планирано.¹⁷

1. Права ранијег корисника

Иако сама УУПЗ не садржи одредбе о правима ранијег корисника, СЈПС предвиђа да се, што се тиче права ранијег корисника, унитарни патент третира као национални патент државе чланице која учествује у ближој сарадњи, а у којој се тражи право ранијег корисника.¹⁸ С обзиром на то да се национални прописи држава чланица разликују, може се закључити да се овде ради о класичној материјалној фрагментацији. Суштински различити стандарди, када је реч о правима ранијег корисника, могу угрозити унитарно дејство унитарног патента и допринети нарушавању равнотеже система патентне заштите у Европи.¹⁹

2. Унитарни патент као предмет својине

Када је реч о унитарном патенту као предмету својине, и у овом случају примењују се национални прописи држава чланица које уче-

16 УУПЗ, чл. 5.

17 Hans Ullrich, „Select from Within the System: European Patent with Unitary Effect“, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2159672, 1.4.2015.

18 СЈПС, чл. 28.

19 Reto Hilty, Thomas Jaeger, Mathias Lamping, Hans Ullrich, „The Unitary Patent Package: Twelve Reason for concern“, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2169254, 5.4.2015, стр. 3.

ствују у ближој сарадњи. УУПЗ предвиђа да се таквим ситуацијама са европским патентом са унитарним дејством поступа, у целости и у свим државама чланицама које учествују у ближој сарадњи, као са националним патентом државе чланице која учествује у ближој сарадњи у којој патент има унитарно дејство.²⁰ Које се право примењује одређује се на основу тачака везивања које су предвиђене УУПЗ. То је право оне државе у којој је подносилац захтева имао пребивалиште или главно седиште фирме на дан подношења захтева за признање европског патента.²¹ Уколико нема ни пребивалиште ни главно седиште фирме на територији неке државе чланице која учествује у ближој сарадњи на дан подношења захтева за признање европског патента, онда се примењује право државе у којој је имао седиште фирме на дан подношења захтева за признање европског патента.²² Дакле, различити национални закони примењују се на различите европске патенте са унитарним дејством. Ова одредба УУПЗ предвиђа униформна правила, али само за један одређени европски патент са унитарним дејством, а не за све европске патенте са унитарним дејством. Другим речима, на различите европске патенте са унитарним дејством примењиваће се различити национални закони. Стога је унитарно дејство унитарног патента непотпуно.²³

Уколико подносилац захтева није имао пребивалиште, главно седиште фирме или седиште фирме у држави чланице која учествује у ближој сарадњи у којој тај патент има унитарно дејство, са европским патентом са унитарним дејством као предметом својине поступа се као са националним патентом државе у којој Европски завод за патенте има седиште. Дакле, у том случају примењује се немачко право. Захваљујући овој одредби, носиоци патената из држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи у бољем су положају, јер се на њих примењује њихово национално право.

Поред тога, носиоци патената из држава чланица које не учествују у ближој сарадњи, а који затим успоставе седиште фирме у некој држави чланице која учествује у ближој сарадњи, нагомилаће патенте на које се примењују различити национални закони.²⁴ Повећани трошкови за управљање оваквим скупом патената, недостатак транспарентности и првна несигурност само су неки од могућих проблема.

Узимајући у обзир све наведено, може се закључити да је ова одредба УУПЗ у супротности са циљевима ЕУ и унитарне патентне заштите када је реч о даљој интеграцији тржишта. Дакле, ова одред-

20 УУПЗ, чл. 7 ст. 1.

21 УУПЗ, чл. 7 ст. 1 тач. а.

22 УУПЗ, чл. 7, ст. 1 тач. б.

23 N. Machek, *нав. дело*, стр. 46.

24 H. Ullrich, *нав. дело*, стр. 36.

ба доприноси фрагментацији патентног пејзажа, много више него што обезбеђује унитарну заштиту.

3. Принудне лиценце

За разлику од претходних покушаја успостављања јединственог система заштите проналазака у ЕУ, УУПЗ не садржи прописе о принудним лиценцама. Уместо тога, принудне лиценце поменуте су у Рециталу 10 УУПЗ. Предвиђено је да такве лиценце представљају део националне политике и права држава чланица које учествују у ближој сарадњи.

а) Достиујносни и принудних лиценци

Упућивање на национално право, када је реч о принудним лиценцама, може да представља препреку државама чланицама које треба да их издају. Како сами Рецитали нису правно обавезујући, државе чланице, приликом издавања принудних лиценци, имаће проблем да се ослоне, тј. да примењују ову одредбу. Правни основ унитарне патентне заштите представља члан 118 став 1 УФЕУ,²⁵ а Уговори се сматрају примарним законодавством ЕУ. Будући да националне принудне лиценце утичу на саму суштину унитарног патента, на његово унитарно дејство, национално право (којим се додељује принудна лиценца) долази директно у сукоб са примарним законодавством, а то је забрањено принципом примата (супрематиче) европског права, утврђеним још шездесетих година 20. века у пресуди *Costa v. ENEL*.²⁶ Дакле, национални прописи не смеју бити у супротности са правом ЕУ, осим ако законодавац ЕУ не додели посебну дозволу, тј. одобрење у том смислу. У конкретном случају, с обзиром на супрематиче права Уније над националним правом, национални судови или управни органи не би смели, доделом територијално ограничених принудних лиценци, задирати у унитарно дејство, изузев у случају када их је законодавац Уније за то овластио. Будући да се Рецитал не може оквалификовати као генерално одобрење за националне власти да негирају унитарно дејство унитарног патента, део доктрине га тумачи као „празно обећање“²⁷ када је реч о доступности принудних лиценци.²⁸

25 УФЕУ, чл. 118 ст. 1: „У оквиру успостављања и функционисања унутрашњег тржишта, Европски парламент и Савет, одлучујући у складу са редовним законодавним поступком, утврђују мере у вези са оснивањем европских тела у циљу обезбеђења униформне заштите права интелектуалне својине у Унији и успостављања централизованог система ауторизације, координације и контроле на нивоу Уније“.

26 *Case 6/64, Flaminio Costa v. ENEL* [1964] ECR, стр. 585 и 593.

27 Н. Ullrich, *нав. дело*, стр. 28.

28 Н. Machek, *нав. дело*, стр. 47.

Такво одобрење било би потребно чак и ако се прихвати да је, приликом упућивања на националне прописе, намера законодавца ЕУ била да не користи своје надлежности, већ да, у складу са концептом подељених надлежности између ЕУ и држава чланица (члан 2 ст. 2 УФЕУ),²⁹ регулисање принудних лиценци препусти националном законодавцу. На основу теорије о подељеним надлежностима између ЕУ и држава чланица, државе чланице врше своје надлежности у мери у којој је Унија одлучила да прекине са извршавањем својих надлежности. Остављајући по страни питање да ли члан 118 УФЕУ уопште установљава подељене надлежности између Уније и држава чланица, чињеница је да је, успостављањем унитарне патентне заштите, законодавац ЕУ установио искључиво право у односу на које принудне лиценце представљају изузетак. Стога је законодавац ЕУ извршио своје надлежности и тиме онемогућио националног законодавца да делује у тој области. Будући да принудне лиценце не представљају независну регулаторну област, њихово регулисање не може се одвојити од регулисања саме патентне заштите.³⁰ Штавише, њихов циљ и функционисање, односе се на саму суштину патента као искључивог права. У случају зависних патената, принудне лиценце служе да „ублаже“ искључивост у смислу да омогуће доступност основног (независног) патента за зависне проналаске који представљају унапређења основног патента. У осталим случајевима, принудне лиценце се додељују као ограничење искључивости, како би се омогућио приступ неком патентираним проналаску у јавном интересу. Дакле, принудне лиценце право својине претварају у захтев за накнаду, што би у конкретном случају значило да се националним правом негира оно што је законодавац ЕУ успоставио, тачније искључиво право. Стога се, у овом случају, упућивање на национално законодавство не може тумачити у светлу теорије о подељеним надлежностима између Уније и држава чланица.³¹

б) Положај њодносиоца захтева за њринудну лиценцу

Међутим, чак и ако се претпостави да ће националне власти наћи начин да издају принудне лиценце, недостатак хармонизације прописа у овој области представља озбиљан проблем. Одредбе о принудној лицен-

29 УФЕУ, чл. 2 ст. 2: „Када је Уговорима Унији додељена надлежност у области за коју је предвиђена подељена надлежност између Уније и држава чланица, Унија и државе чланице могу доносити законе и усвајати правно обавезујуће акте у тој области. Државе чланице врше своје надлежности у мери у којој је Унија одлучила да прекине са извршавањем својих надлежности“.

30 Н. Ullrich, *нав. дело*, стр. 43.

31 *Ibid.*

ци значајна су компонента сваког патентног система не само у Европи, већ и у целом свету, посебно што се тиче зависних проналазака којима се унапређује основни (независни) патент, недовољног снабдевања тржишта патентираним производима, бригом о јавном здрављу итд. Нарочито када је реч о зависним патентима којима представљају значајан технолошки напредак од економског значаја у односу на проналазак заштићен основним патентом, недостатак униформних прописа доприноси фрагментацији патентне заштите у ЕУ.³²

На овај начин, треће стране које траже приступ патентираној технологији у неповољнијем су положају у поређењу са унапређеним могућностима носилаца унитарног патента.

Прво, носилац патента ужива заштиту на територији свих држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи, док принудна лиценца има дејство само на територији оне државе која ју је издала.

Друго, подносилац захтева принуђен је да захтев за такву лиценцу подноси посебно у свакој држави чланици, што подразумева и време и новац. Оваква ситуација вероватно ће утицати на то да заинтересована страна изабере само неколико држава у којима ће тражити лиценцу. Иако су услови за добијање принудних лиценци у различитим државама чланицама засновани на одредбама ТРИПС-а,³³ национална законодавства се и даље разликују. Дакле, подносилац захтева ће се суочити са мноштвом различитих услова за добијање принудне лиценце, као и различитим висинама накнаде у различитим државама чланицама.³⁴

Сходно томе, лиценце неће бити једнако доступне на територији свих држава чланица које учествују у ближој сарадњи. У случају принудне лиценце у јавном интересу овакво решење је прихватљиво. Међутим, када је реч о лиценци у случају зависног проналазак, решење на основу кога лиценце нису доступне под истим условима на територији свих држава чланица, у супротности је самом сврхом принудне лиценце. У овом другом случају, принудна лиценца омогућава да се превазиђу ситуације када носилац основног патента одбије да изда лиценцу власнику патента за зависни проналазак који представља унапређење основног патента. Да би патент за зависни проналазак којим се унапређује основни патент постао комерцијалан и конкурентан, принудна лиценца мора имати једнако дејство на територији свих држава чланица које учествују у ближој сарадњи.³⁵

32 R. Hilty, T. Jaeger, M. Lamping, H. Ullrich, *нав. дело*, стр. 3.

33 TRIPS, чл. 31 ст. 1.

34 N. Mahek, *нав. дело*, стр. 48.

35 H. Ullrich, *нав. дело*, стр. 35.

Треће, неравноправном положају између носиоца основног патента и носиоца патента за зависни проналазак који представља значајан технолошки напредак од економског значаја у односу на проналазак заштићен основним патентом доприноси и сам правосудни систем унитарне патентне заштите. На основу СЈПС, носилац патента може да поднесе једну тужбу за повреду ЈПС која има дејство на територији свих држава чланица које учествују у ближој сарадњи, док проналазач зависног проналазак, мора да иде од државе чланице до државе чланице и пред различитим судовима или управним органима води различите поступке како би добио довољан број територијално ограничених лиценци.³⁶ Дакле, носилац патента и подносилац захтева за принудну лиценцу немају на располагању ни приближно једнака средства. Стога се чини да, овако конципирана, принудна лиценца неће бити ефикасна.³⁷

Ослањање унитарног патента на националне прописе, када је реч о принудној лиценци, води ка даљој фрагментацији тржишта и у супротности је са унитарним дејством коме унитарни патент тежи.

IV Фрагментација система унитарне патентне заштите

Када говоримо о фрагментацији система унитарне патентне заштите, могу се разликовати два типа фрагментације, територијална и материјална фрагментација.

Што се тиче територијалне фрагментације, она је превасходно узрокована применом инструмента ближе сарадње. У овом тренутку, тешко је оценити какав ће утицај имати ближа сарадња на унитарну природу патента. Да ли ће ближа сарадња трајно онемогућити јединство унитарног патента на територији целе Уније или је она само привре-

36 Један од проблема који ће различити судови или управни органи морати да реше је одређивање накнаде за националне принудне лиценце, при чему је свака ограничена на национално тржиште и мора одговарати његовим потребама и захтевима, као и значају који основни и зависни патенти имају на том тржишту. Концепт патента са унитарним дејством на јединственом тржишту имплицира униформну висину накнаде. Међутим, поставља се питање који ће суд (или управа) први да одреди висину накнаде и да ли ће остали следити његову процену. Вид. Н. Ullrich, *нав. дело*, стр. 35.

37 На послетку, носиоцу основног патента мора се дозволити да користи зависни патент, а носилац патента за зависни проналазак мора бити у могућности да користи основни патент, наравно све у интересу проналазаштва уопште. Ова ситуација регулисана институтом унакрсне лиценце. Дакле, додела принудних лиценци за основни патент условљена доделом лиценце за завистан патент носиоцу основног патента. И ово је један од разлога (између осталих) зашто су претходни покушаји успостављања патента Уније другачије регулисали материју принудне лиценце. Вид. Н. Ullrich, *нав. дело*, стр. 35.

мени инструмент, који ће, на послетку, мотивисати државе чланице, које се иницијално нису укључиле у ближу сарадњу, да јој се прикључе, остаје да се види. Аргумент да немогућност држава чланица, које не учествују у ближој сарадњи, да утичу на доношење одлука у оквиру унитарне патентне заштите може бити мотивациони фактор за те земље да јој се прикључе, чини се да је потврђен на примеру Италије. Ова земља иницијално није желела да укључи у ближу сарадњу, а најновији повољан став Италије у вези са евентуалним прикључењем ближој сарадњи заснован је преваходно на претпоставци да би то било корисно за италијанску индустрију пошто ће, у сваком случају, бити приморана да користи унитарни патентни систем да би добила патентну заштиту у другим земљама.³⁸

Поред територијалне фрагментације, европски патентни пејзаж карактерише и материјална фрагментација. Ова фрагментација узрокована је, с једне стране, применом принципа слободе избора приликом опредељења за систем патентне заштите и, с друге стране, упућивањем на одредбе националних законодавстава држава чланица ЕУ.

Принцип слободе избора омогућава будућем носиоцу патента да изабере систем који најбоље одговара његовим средствима и интересима. Када унитарна патентна заштита почне да се примењује, у Европи, ће постојати четири различита система патентне заштите проналазака. То су: национални патент за који је надлежан национални суд, затим, европски патент који је изузет из надлежности ЈПС и за који је надлежан национални суд, европски патент за који је надлежан ЈПС и европски патент са унитарним дејством за који је надлежан ЈПС. Дакле, сам принцип слободе избора нема негативну конотацију у смислу да је погодан за будућег носиоца патента. Ипак, друга страна медаље је да ће се ова четири нивоа патентне заштите проналазака у ЕУ преклапати и узроковати паралелна правила и надлежности судова што ће доприносити фрагментацији европског патентног пејзажа.³⁹

Када је реч о упућивању на одредбе националног законодавстава у погледу повреда и ограничења унитарног патента, предвиђено је да ће одговарајући прописи држава чланица бити хармонизовани у складу са СЈПС. У том смислу, бар формално ово упућивање на националне прописе није спорно и не мора нужно доприносити даљој материјалној фрагментацији европског патентног пејзажа. Ипак, требало би сачекати почетак примене унитарне патентне заштите да се види како ће то функционисати.

38 „Italian government looks favourably on joining Unitary Patent“, доступно на адреси: <http://www.sib.it/en/news-and-events/news/1007.html>, 6.4.2015.

39 N. Machek, *нав. дело*, стр. 59.

Међутим, што се тиче права ранијег корисника, патента као предмета својине и принудних лиценци, овде нема ни назнака о хармонизацији националних прописа. Иако су се и најоштрији критичари овако конципираног система унитарне патентне заштите⁴⁰ сложили са тиме да су нека упућивања на националне прописе неизбежна, чини се да овакав унитарни патентни пакет не обезбеђује минимум униформности заштите и транспарентности за учеснике на тржишту. Након свих компромиса, оно што је остало од великог пројекта успостављања јединственог система заштите проналазака у ЕУ је патентни пакет који садржи само онолико карактеристика права Уније које су неопходне да би систем функционисао. За сва остала питања, нови систем патентне заштите проналазака у Европи ослања се на међународно и национално право. Овакаво решење ипак није оно што се очекивало, посебно посматрано у контексту растућег значаја преноса и лиценци и повећане потребе за транспарентношћу и једнаким приступом свих учесника на тржишту како би Европа постала конкурентнија на светском тржишту.⁴¹

V Закључни осврт

Као што често бива у Европској унији, и европски патент са унитарним дејством резултат је типичног европског компромиса. Иако је на почетку пројекат о успостављању јединственог система заштите проналазака у Европи био амбициозан, како је време одмицало, предлог се мењао у смислу да је све више питања бивало регулисано упућивањем на међународно право и национална права држава чланица. С обзиром на то да су многи ранији покушаји успостављања патента ЕУ завршени неуспехом, чини се да се законодавац ЕУ плашио да ће и овај пројекат пропасти. Осим тога, цела замисао почела је да подсећа на „Чекајући Годо“, те је на послетку прихваћено решење које садржи само онолико права Уније колико је потребно да би систем унитарне патентне заштите уопште могао да функционише.⁴²

Све у свему, јасно је да унитарни патент донекле заостаје у односу на оно што његово име обећава. Ипак, док нека од размотрених питања представљају озбиљну претњу фрагментацији патентног пејзажа у ЕУ (на пример, у случају примене националних прописа приликом издавања принудних лиценци), нека су, у јавној расправи, преувеличана и вероватно неће утицати на унитарну природу унитарног патента. Уосталом,

40 R. Hilty, T. Jaeger, M. Lamping, H. Ullrich, *нав. дело*, стр. 2.

41 Hans Ullrich, „Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent“, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2027920, 6.4.2015, стр. 37.

42 N. Machek, *нав. дело*, стр. 59.

када унитарани патент почне да се примењује, пракса ће најбоље указати на мањкавости система унитарне патентне заштите, те ће се временом неки аспекти заштите мењати у смислу њиховог усклађивања са потребама корисника.

Упркос томе што је, и у доктрини и у пракси, и даље пристан скептични тон,⁴³ чињеница је да ће, уколико довољан број држава чланица ратификује СЈПС, таксе не буду превисоке, а судије ЈПС компетентне, унитарна патентна заштита представљати напредак у односу на постојећи систем заштите проналазака или ће му бар бити озбиљна алтернатива.

Jelena ČERANIĆ, PhD

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

APPLICATION OF NATIONAL LAWS OF EU MEMBER STATES WITHIN THE FRAMEWORK OF THE UNITARY PATENT PROTECTION SYSTEM

Summary

In June 2012 the European Council removed from the Draft Regulation implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection the articles which dealt with direct infringements, indirect infringements and limitations. This decision was greeted with strong discontent by the European parliament. In December 2012 a compromise was reached by introducing a new article according to which the Unitary Patents award their proprietors with the right to prevent third parties from committing acts against which the patent provides protection in participating Member States. These acts are to be defined by the Unitary Patent law of the respective Member States. This provision has caused a great amount of debate. The concern was whether the application of national laws would lead to the diverse national variations in substance and interpretation, contrary to the stipulated unitary nature of the patent. The law to be applied to the Unitary Patent as regards the acts against which the patent provides protection will be determinate by the Agreement on Unified Patent Court. Otherwise, references to original national laws are also envisaged as regards prior user rights, the Unitary Patent as an object of prop-

43 Вид. R. Hilty, T. Jaeger, M. Lamping, H. Ullrich, *нав. дело*.

erty and compulsory licenses. Therefore, this paper presents an attempt to assess wheatear and to what extent the references to the national laws contribute to further fragmentation of the patent protection system in EU.

Key words: *Unitary Patent, European Union, national provisions, unitary effect, fragmentation.*

Ксенија ВЛАШКОВИЋ
докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

АСОЦИЈАТИВНЕ ВЕЗЕ У ПРАВУ ЖИГА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Евројско право жиџа се може поспайрати и са аспектима асоцијација које се у привредном промету успостављају између ознаке пријављене за регистрацију и ознаке која је већ заштићена жиџом. У том смислу, неопходно је разликовати асоцијације које настају у вези са заштићеном жиџом са уобичајеном снаом обележавања и оних које настају у вези са заштићеном познатих жиџова.

У циљу јасне диференцијације, аутор уводи појмове „асоцијативна веза у ужем смислу“ и „асоцијативна веза у ширем смислу“. Први појам се односи на заштићену жиџом са уобичајеном снаом обележавања и укључује опасност замене у ширем смислу, као и опасност замене у вези са серијским жиџовима. Другим појмом се изражава посебност заштићене познатих жиџова, која је уведена новим правом жиџа Евројске уније. Међутим, њиме се не обухватају све асоцијације, већ само оне којима се при перцепцији ознаке пријављене за регистрацију враћа у сећање већ регистрована позната ознака. У оба случаја заједнички и основни услов за остваривање заштићене жиџом је сличност ознака, која се утврђује на основу истих критеријума. С обзиром на различит предмет заштићене, степен сличности ознака може бити и нижи у случају познатих жиџова, јер је њихова заштићена условљена и оштећењем или искоришћавањем дискретивне моћи или уледа.

Кључне речи: *опасност замене, перцепција, мисаоно повезивање, сличност ознака, просечно информисани потрошач.*

I Увод

Један од основних појмова права жига у већини земаља чланица Европске уније био је појам опасности замене, који се везивао за функцију упућивања на порекло, као тада једино правно заштићену функцију. Садржина овог појма је поступно диференцирана с тенденцијом проширења.

Међутим, у земљама Бенелукса употребљаван је и потпуно специфичан правни институт, који није био у вези са класичном концепцијом заштите жигом, заснованој на начелу специјалности и заштити функције упућивања на порекло. Наиме, реч је о опасности мисаоне везе у правом смислу. Ова опасност постоји када ознаке нису међусобно заменљиве, нити постоји опасност замене у погледу порекла производа или међусобне привредне повезаности одређених предузећа. То значи да је кључни појам у праву жига земаља Бенелукса била међусобна сличност ознака, којом се омогућава да просечни потрошач успостави мисаону везу између млађе ознаке и старијег жига, тако да се, често и несвесно, опажањем млађе ознаке изазива подсећање на старији жиг.

Овако различити приступи изазвали су озбиљне тешкоће у дефинисању јединственог решења, у погледу заштите ознака жигом и њене имплементације, које би било прихватљиво за све државе чланице. После дугих преговора у текст Директиве 89/104/ЕЕЗ уведен је чл. 5, ст. 1 (б). Међутим, примена овог члана је у судској пракси изазвала значајне проблеме, па се у правној теорији постављало чак и питање самог смисла наведеног члана.

II Тумачење чл. 5, ст. 1 (б) Директиве

Тумачење синтагме „опасност замене која укључује опасност да ознака и жиг буду доведени у мисаону везу“, садржане у оквиру чл. 5, ст. 1 (б) Прве директиве бр. 89/104/ЕЕЗ од 21. децембра 1988. године о хармонизацији права држава чланица у односу на право жига (у даљем тексту: Директива 89/104/ЕЕЗ),¹ изазивало је бројне неспоразуме и дилеме. Наиме, о односу појмова опасност замене и мисаона веза у теорији и пракси постоје два супротстављена мишљења. По првом, појам мисаона веза има самостално значење у односу на појам опасност заме-

1 First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *Official Journal L* 40, 11.2.1989, стр. 1–7. Овај пропис кодификован је 22.10.2008. као: Directive 2008/95/EC of the European Parliament and the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of Member States relating to trade marks, *Official Journal L* 299, 8.11.2008, стр. 25–32. С обзиром на предмет и циљ овог рада користићемо први, изворни облик овог документа.

не и њиме се проширују већ постојећи случајеви опасности замене.² То значи да се чл. 5, ст. 1 (б) Директиве 89/104/ЕЕЗ обухватају и случајеви, који се одликују тиме да нека ознака само побуђује сећање на приоритетно старији жиг, при чему не наступа опасност замене.³ По другом мишљењу, смисао овог појма је у ближем одређивању обима опасности замене, а случајеви у којима се опажањем једне ознаке побуђује сећање на другу при чему не настаје опасност замене нису обухваћени овом одредбом, јер се она односи на заштиту жигови са нормалном снагом обележавања.

С обзиром да је реч о једном од суштинских питања нове концепције заштите жигом, било је неопходно да се о овом питању изјасни и Европски суд правде. Овај суд је заузео став да појам опасности мисаоне везе није алтернатива појму опасности замене.⁴ У образложењу је, као основни аргумент навео тач. 10, Преамбуле Директиве 89/104/ЕЕЗ у којој је посебно наглашено да је опасност замене специфичан услов за заштиту жигом са уобичајеном снагом обележавања.

III Асоцијативна веза у ужем смислу

Опасност замене у смислу чл. 5, ст. 1 (б) Директиве 89/104/ЕЕЗ се и према образложењу немачког Закона о жиговима⁵ тумачи као опасност погрешних асоцијација потрошача, које настају као последица колизије ознака, јер потрошач који замењује, истовремено погрешно асоцира. Суштина опасности замене како у ужем, тако и у ширем смислу је у могућности настанка погрешних асоцијација од стране по-

2 Под јаким француским утицајем, у јужном подручју земаља Бенелукса, настао је појам „подражавање ознаке“. Начелно се сматрало да је ознака била подражавана уколико је постојала опасност замене у смислу порекла производа. Међутим, када је Јединствени закон о жиговима земаља Бенелукса ступио на снагу 1971. године уведен је појам сличних ознака, који је већина теоретичара поистовећивала са појмом „подражавања ознаке“. Према тадашњој пракси Врховног суда Бенелукса, разликована су три случаја у којима постоји повреда жига. Први случај је, када се употребом млађе ознаке у релевантној јавности изазива опасност замене у вези са пореклом производа. Други је слабљење дистинктивне моћи ознаке. Трећи случај је, када треће лице на нелојалан начин извлачи корист из познатости старијег жига. Charles Gielen, „The Benelux Trademark Act: a guide to trademark law in Europe“, *Trade Mark Reporter*, бр. 5/1996, стр. 543.

3 Heijo E. Ruijsenaars, „Neue Entwicklungen im Muster- und Markenrecht der Benelux-Länder – Hat das Benelux-Geschmacksmustergesetz Überlebenschancen?“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int*, бр. 7/1992, стр. 512.

4 Пресуда Европског суда правде „Springende Raubkatze C-251/95“, од 11.11.1997, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 5/1998, стр. 387.

5 Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, BT – Drucksache 12/6581, од 14.1.1994, стр. 37, доступно на адреси: dipbt.bundestag.de/dip21/btd/12/065/1206581.pdf, 11.3.2011, стр. 35.

трошача, а у вези са пореклом производа. Другим речима, опасност замене је асоцијативна опасност, чији се обим одређује на основу правно заштићених функција жига. На основу тога, можемо закључити да свака опасност замене, такође, значи и мисаону везу, али свака мисаона веза није истовремено опасност замене.⁶

Мисаону везу која је обухваћена појмом опасности замене дефинисаћемо као асоцијативну везу у ужем смислу. Њоме се обухватају серијски жигови⁷ и опасност замене у ширем смислу.⁸ Реч је, дакле, само о једном аспекту могућих асоцијација, и то оних које се односе на: а) порекло производа; б) идентификацију самог производа; в) међусобну повезаност између привредних субјеката.⁹

IV Асоцијативна веза у ширем смислу

Појмом асоцијативне везе у ширем смислу обухваћени су случајеви асоцијација које се не односе на порекло производа или на њихову идентификацију, као ни на међусобну повезаност између привредних субјеката, већ искључиво на асоцијације којима се старија ознака враћа у сећање при перцепцији млађе. Овај појам се уобичајено назива и „чиста мисаона веза“, „проста мисаона веза“, „изворна мисаона веза“, „мисаона веза у правом смислу“ или „мисаоно повезивање“, а примењује се у случају заштите познатих жигова.

У тексту Директиве 89/104/ЕЕЗ није садржан појам мисаоног повезивања, као услов за заштиту познатих жигова. Овај појам је први пут употребио Европски суд правде у пресуди „Adidas-Salomon AG u. Adidas Benelux BV/Fitnessworld Trading Ltd“¹⁰ у вези са утврђивањем довољног степена сличности колидирајућих ознака. С обзиром да овај појам није ближе одређен у наведеној пресуди, наметнула се потреба за утврђивањем његовог значења и детаљнијом анализом, што је учињено у пресуди „INTEL“.¹¹

6 Amelia Winkhaus, *Der Begriff der Zeichenähnlichkeit beim Sonderschutz bekannter Marken*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2010, стр. 157.

7 Karl Heinz Fezer, *Markenrecht*, 3. Auflage, München, 2001, стр. 144–148; Michael Goldmann, „Die mittelbare Verwechslungsfahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 3/2012, стр. 234.

8 Пресуда Савезног врховног суда Немачке „Condux – I ZR 63/58“, од 5.6.1959, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 10/1959, стр. 484.

9 A. Winkhaus, *нав. гело*, стр. 159.

10 Пресуда Европског суда правде „Adidas-Salomon AG u. Adidas Benelux BV/Fitnessworld Trading Ltd. C-408/01“, од 23.10.2003, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 1/2004, стр. 484.

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

Европски суд правде је у пресуди „INTEL“ истакао да се мисаоно повезивање поистовећује са околношћу да се нормално информисаном, примерено пажљивом и разборитом потрошачу млађим жигом „враћа у сећање“¹² старији жиг. Процена о томе се заснива на основу свих релевантних околности конкретног случаја, у које се убрајају: степен сличности међусобно супротстављених жигова; врста производа или услуга за које су регистровани међусобно супротстављени жигови, укључујући и степен сличности производа и услуга, као и меродавне прометне кругове; степен познатости старијег жига; дистинктивност старијег жига, како изворна, тако и она која је стечена употребом; постојање опасности замене у промету.¹³

У вези са сличношћу ознака и мисаоним повезивањем на основу наведених пресуда могу се извући следећи закључци: сличност се утврђује на основу уобичајених критеријума, а то су заједничка обележја у визуелном, аудитивном и појмовном смислу; мисаоно повезивање постоји када се перцепцијом млађег жига изазива сећање на старији жиг; постојање мисаоног повезивања је последица извесног степена сличности ознака; идентичност или сличност ознака аутоматски не омогућава непосредно закључивање да постоји мисаоно повезивање, јер је оно, такође, зависно од других фактора; мисаоно повезивање још увек није довољно за утврђивање повреде жига, јер морају бити испуњени и други законом прописани услови. У случају да се у прометним круговима не успоставља мисаоно повезивање у смислу ове пресуде, тада се употребом млађе ознаке не искоришћава, нити оштећује дистинктивна моћ или углед старијег жига на нелојалан начин. Набројани фактори су само најзначајнији и наведени су примера ради, што не искључује и уважавање других.¹⁴

V Границе асоцијативне везе у ширем смислу

Европски суд правде је својом формулацијом у пресуди „INTEL“, која се односи на асоцијативну везу у ширем смислу (нем. *Verknüpfung*), успоставио јасну појмовну разлику у односу на појам асоцијативна веза у ужем смислу (нем. *Gedankliche Verbindung*) према чл. 5, ст. 1 (б) Директиве 89/104/ЕЕЗ. Међутим, у случају асоцијативне везе у ширем смислу

12 У немачком тексту Директиве 89/104/ЕЕЗ употребљава се појам „in Erinnerung rufen“, а у енглеском тексту „to call to mind“.

13 Наведена пресуда „INTEL“, тач. 48, стр. 324.

14 Сличност ознака је одлучујући критеријум у оквиру испитивања чињеничних стања која су садржана у чл 5, ст. 2, Директиве 89/104/ЕЕЗ. Европски суд правде нарочито истиче да постојање мисаоног повезивања још увек не значи повреду жига, као и то да за примену ове одредбе није неопходна опасност замене.

главно питање је да ли су све могуће асоцијације, изазване употребом млађе ознаке у вези са старијим жигом, обухваћене појмом асоцијативне везе у ширем смислу (нем. *Verknüpfung* и *in Erinnerung rufen*). У одговору на ово питање од велике помоћи може бити Улмерова дефиниција по којој постоје различити степени формирања асоцијација, а у зависности од брзине процеса преношења представа. Најслабија варијанта је случај удаљеног призвука којим се побуђују представе о жељеном производу само уз помоћ дуготрајнијег размишљања и уз укључивање маште. Најјача варијанта је нераздвојно повезивање између представе о производу, о жигу који га обележава и о потреби која се овим производом задовољава.¹⁵

Полазећи од тумачења Европског суда правде, може се сматрати оправданим да се појмом мисаоног повезивања описује међустепен између наведених варијанти. Најнижи степен асоцијација, у смислу Улмеровог схватања, није у сваком случају обухваћен појмом мисаоног повезивања. Такође, није неопходно ни нераскидиво повезивање са производом једног одређеног предузећа, јер би то значило да асоцијације морају одмах да се наметну посматрачу. Наравно, не постоје никакви ближи елементи за утврђивање границе између дужег и краћег пута интерпретације, тј. о потребном броју етапа тумачења, па је разграничавање веома тешко. На пример, у пресуди „*Adidas*“ мисаоно повезивање постоји када је потрошач при погледу на описане траке, иако мисли на жиг *Adidas*, истовремено свестан да није реч о *Adidas* производима.¹⁶ Другим речима, на основу анализе праксе Европског суда правде, може се закључити да појам „*gedankliche Verknüpfung*“ укључује одређене асоцијације, али да овим појмом нису обухваћене оне до којих потрошач долази само уз помоћ маште и фантазије, тј. које се могу сматрати само као удаљени призвук у смислу Улмерове теорије. Овакве асоцијације су граница појма асоцијативне везе у ширем смислу.

Савезни врховни суд Немачке је коначно у пресуди „*TÜV II*“ прихватио ставове Европског суда правде. У образложењу пресуде истиче да је за заштиту познатости довољно да се у меродавним прометним круговима оспорена ознака мисаоно повезује са познатим жигом, користећи појам „*gedankliche Verknüpfung*“. При том је усвојио и критеријуме Европског суда правде за постојање мисаоног повезивања. Наиме, ознаке које користи тужена добијају смисао само на основу чињенице да читалац приликом коришћења навода „*TÜV*“ мисли на тужиљу и њене услуге. Мисаоно повезивање између ознака није условљено оштећењем

15 А. Winkhaus, *нав. дело*, стр. 114.

16 Наведена пресуда „*Springende Raubkatze*“, тач. 39, стр. 389.

функције порекла. Оштећење ове функције захтева се само у случају заштите против опасности замене, а не и за заштиту идентитета и за заштиту познатости.¹⁷

У овом контексту, неки аутори¹⁸ истичу да се појмови опасност замене која укључује опасност мисаоне везе и појам мисаоног повезивања разликују само у финим нијансама, које се искључиво могу истражити полазећи од различитих функција жига. Из тог разлога се мора утврдити да ли се норма односи на традиционалну функцију упућивања на порекло или на рекламну функцију жига. У првом случају постоји асоцијативна веза у ужем смислу, а у другом случају је довољно да између ознака постоји само асоцијативна веза у ширем смислу.

VI Сличност ознака као услов за утврђивање асоцијативне везе у ужем и ширем смислу

Сличност ознака је услов за заштиту не само жигова са уобичајеном дистинктивном моћи, него и познатих жигова. Овај заједнички услов нормиран је чл. 5, ст. 1, (б) и чл. 5, ст. 2, Директиве 89/104/ЕЕЗ, као и чл. 8, ст. 1, (б) и чл. 8, ст. 5, Уредбе Савета бр. 40/94 од 20.12.1993. године о комунитарном жигу¹⁹ (у даљем тексту Уредба о комунитарном жигу 40/94/ЕЗ). Наиме, сличност ознака се не може изоставити ни у случају заштите познатих жигова, јер би се тиме она проширила у непримереној мери, што би за последицу имало значајно ограничење слободе трећих лица у избору ознака за обележавање сопствених производа.²⁰ Међутим, с обзиром на различитост циљева заштите жигова са уобичајеном снагом обележавања и познатих жигова, постављају се два питања. Прво је

17 Пресуда Савезног врховног суда Немачке „I ZR 108/09 TÜV II“ од 17.8.2011, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 11/2011, стр. 1043.

18 David Slopek, „Die Grenzen des Bekanntheitsschutzes“, *MarkenR*, бр. 2/2008, стр. 189–195; Christian Schumacher, „Besonderer Schutz der bekannten Marke“, *Ecolex*, бр. 4/2004, стр. 384–385; Helmut Gamerith, „Schutz einer bekannten Marke gegen Assoziationsgefahr“, *Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 2/2004, стр. 142–143.

19 Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, *OJ L 11*, 14.1.1994, стр. 1–36, кодификоване везије су: Council Regulation (EC) No 422/2004 of 19 February 2004 amending Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, *OJ L 70*, 9.3.2004, стр. 1–7, а потом Commission Regulation (EC) No 1041/2005 of 29 June 2005 amending Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, *OJ L 172*, 5.7.2005, стр. 4–21. У раду ћемо користити изворни пропис.

20 Пресуда Земаљског суда Köln, „33 O 803/11 – Markenähnlichkeit bei dreidimensionaler Ausgestaltung des in der Wortmarke – Goldbären“, од 18.12.2012, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht RR*, бр. 3/2013, стр. 102–106.

да ли се сличност ознака и у једном и у другом случају утврђује на исти начин. Друго питање је да ли се у оба случаја захтева исти степен сличности ознака.

Утврђивање сличности ознака у случају заштите познатости заснива се на истим критеријумима који се примењују и при утврђивању опасности замене ознака са уобичајеном снагом обележавања.²¹ Другим речима, за утврђивање сличности меродаван је општи утисак ових ознака, који се одређује на основу њиховог визуелног, аудитивног и појмовног смисла.

Међутим, с обзиром на различите циљеве наведених норми, сматра се да је за заштиту познатости довољан нижи степен сличности ознака у поређењу са оним који се захтева за заштиту против опасности замене. Наиме, услов за заштиту према чл. 5, ст. 1, (б) Директиве 89/104/ЕЕЗ и чл. 8, ст. 1, (б) Уредбе о комунитарном жигу 40/94/ЕЗ је изазивање опасности замене у вези са пореклом, на основу идентичности или сличности ознака. Насупрот томе, опасност замене није услов за примену чл. 5, ст. 2, Директиве 89/104/ЕЕЗ и чл. 8, ст. 5, Уредбе о комунитарном жигу 40/94/ЕЗ. Оштећења која су наведена у чл. 8, ст. 5, Уредбе о комунитарном жигу 40/94/ЕЗ могу да буду проузрокована и нижим степеном сличности ознака, уколико се у меродавном промету ознаке мисаоно повезују.

Када се утврди да ознаке међусобно нису довољно сличне у смислу чл. 8, ст. 5, Уредбе о комунитарном жигу 40/94/ЕЗ, испитивање да ли наступају оштећења која су наведена у овом члану се не може наставити. Насупрот томе, ако су ознаке међусобно сличне, испитивање се наставља у смислу да ли је утврђени степен сличности довољан да се примени чл. 8, ст. 1, (б) или чл. 8, ст. 5, Уредбе о комунитарном жигу 40/94/ЕЗ.

VII Закључак

У земљама чланицама Европске уније заступане су различите концепције заштите жигом. У неким је основни појам био опасност замене, везан за функцију упућивања на порекло. У другим земљама кључни појам била је међусобна сличност ознака, којом се омогућава успостављање мисаоне везе између млађе ознаке и старијег жига.

С обзиром на овако различите приступе, било је веома тешко пронаћи јединствено решење које би било прихватљиво за све држа-

21 Пресуда Савезног врховног суда „I ZR 172/01 – Unterscheidungskraft eines Bildmotivs mit Ferrari-Pferd“, од 19.2.2004, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, бр. 7/2004, стр. 596.

ве чланице Уније. После дугих преговора дефинисан је чл. 5, ст. 1 (б) Директиве 89/104/ЕЕЗ у којем је садржана синтагма „опасност замене која укључује опасност да ознака и жиг буду доведени у мисаону везу“. Полазећи од става да се право жига у неким аспектима може посматрати у смислу асоцијативних веза, Европски суд правде ову синтагму тумачи као опасност погрешних асоцијација потрошача у вези са пореклом производа. Мисаону везу која је обухваћена појмом опасности замене дефинисали смо као асоцијативну везу у ужем смислу.

Када је реч о заштити познатих жигова, увели смо појам асоцијативне везе у ширем смислу. Њиме су обухваћене асоцијације које се не односе на порекло производа или на њихову идентификацију, већ искључиво асоцијације којима се старија ознака враћа у сећање при перцепцији млађе. Овај облик асоцијација назива се и „мисаоно повезивање“ или „мисаона веза у правом смислу“. Асоцијације до којих потрошач долази само уз помоћ маште и фантазије су граница појма асоцијативне везе у ширем смислу, па тиме и заштите познатих жигова.

Сличност ознака је услов за заштиту не само жигова са уобичајеном дистинктивном моћи, него и познатих жигова. С обзиром на различите циљеве заштите, за заштиту познатости је довољан нижи степен сличности ознака у поређењу са оним који се захтева за заштиту против опасности замене.

Ksenija VLAŠKOVIĆ

PhD Student at the Faculty of Law University of Kragujevac

ASSOCIATIVE LINKS IN THE TRADEMARK LAW OF THE EUROPEAN UNION

Summary

European trademark law can also be seen in terms of associations which are established in the course of trade between the mark registered for the registration and the mark that is already a protected trademark. In this regard, it is necessary to distinguish associations that arise in connection with the protection of trademarks with the usual power marking and those that arise in connection with the protection of famous trademarks.

Aiming to clear differentiation, the author introduces the concepts “associative links in the strict sense” and “associative connections in a broader sense”. The first term refers to the protection of trademarks with the normal marking strength and includes replacement hazard in a broader sense, as well as replacement risk in connection with serial trademarks. The second term expresses the specialty of protection of famous trademarks, which was introduced by the new Trademark Law of the European Union. However, it does not include all the associations, but only those to which, in the perception of the mark registered for the registration, an already registered, known mark returns to memory. In both cases, the common and fundamental condition for the realization of trademark protection is the similarity of marks, which is determined on the basis of the same criteria. Due to the different subjects of protection, the degree of similarity tags may be even lower in the case of well-known marks, because their protection is conditioned by damage or by taking advantage of the distinctive power or prestige.

Key words: *likelihood of confusion, perception, thought-linking, similarity of marks, averagely informed consumer.*

Вукашин ПЕТРОВИЋ
докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

КОНЦЕПТ „ПРАВИЧНЕ НАКНАДЕ“ ЗА УМНОЖАВАЊЕ АУТОРСКИХ ДЕЛА У ЛИЧНЕ НЕКОМЕРЦИЈАЛНЕ СВРХЕ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Ауторско право је настало са основном идејом да се заштити права аутора, јер је појава умножавања шtamпаних ауторских дела без одобрења њихових аутора и без плаћања било какве накнаде постала крајње раширена нејасносно пре настанак ове данашње права. Са шtamпаних дела, умножавање се појмом проширило на сва остала ауторска дела, како у аналогним, тако и у дијалним условима. У таквим условима, једно од кључних питања које се појављује јесте питање умножавања ауторског дела или предмета сродних права у личне некомерцијалне сврхе. Услови у којима се овај изузетак може користити уређени су чланом 5 став 2 тачка б Директиве о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву. Међутим, и поред њене имплементације у законодавства држава чланица, и даље се као основни проблем налази питање тумачења концепта правичне накнаде за умножавања ауторског дела или предмета сродних права у личне некомерцијалне сврхе. У овом раду аутор анализира услове и разлоге доношења наведене Директиве, начине њене имплементације, и представља тумачење појма правичне накнаде од стране Европског суда правде, као аутономног концепта у праву Европске уније.

Кључне речи: умножавање ауторској дела или предметна сродних права у личне некомерцијалне сврхе, правична накнада, технолошке мере, правична равнотежа.

I Уводна разматрања

Као један од разлога за доношење нове регулативе у области ауторског права, Европска комисија је навела бројне разлике између држава чланица Европске уније у погледу методологије која се примењује за идентификовање уређаја који омогућавају умножавање ауторских дела, односно заобилажење технолошких мера. Проблеми који се јављају у том смислу тичу се и наплате накнада ауторима, одређивања њиховог износа у конкретним околностима, као и самог начина додељивања права корисницима ауторских дела. Проблеми који се појављују у смислу ауторског права, међутим, не везују се само за прекогранично кретање роба и услуга, већ и за иницијативе које су усмерене према заједничким акцијама у области културе.¹ Све већи значај ауторског права блиско је повезан са структурним променама које су се рефлектовале на функционисање јединственог тржишта. С обзиром да су иновације и креативност једне од најважнијих европских вредности, на нивоу Европске уније се наметнуо закључак да су неопходне мере које могу „да елиминишу разлике у законским одредбама и процедурама, које су најчешћи узрок постојећих тешкоћа, као и да спрече појаву нових штетних разлика на европском тржишту“.²

Као посебан и далекосежни проблем, Европска комисија означила је неусаглашеност у погледу обима корисничких права у оквиру законског изузетка *умножавања ауторској дела у личне некомерцијалне сврхе*, који варира од земље до земље унутар Европске уније, у смислу да се генерално не може прецизно утврдити на који начин би требало тумачити ове активности.³ Након што је овом питању већ посветила треће

1 Trevor Cook, „Exceptions and Limitations in European Union Copyright Law“, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 17, 2012, стр. 243.

2 *Ibid.*, стр. 245.

3 Као пример за овај став у литератури се наводи да: „широко замишљен изузетак који би покрио и оне приватне активности у дигиталним мрежама, као што су преузимање за личну употребу, или некомерцијалне адаптација и дистрибуција унутар мреже пријатеља могу често бити схваћене не као изузетак, већ као законска лиценца. Таквим лиценцно уређеним плаћањима са карактеристикама налог-наплате омогућава се раст нових дигиталних услуга“. Andrew Christie, „Maximizing Permissible Exceptions to Intellectual Property Rights“, у: Annette Kur and Vytautas Mizaras (editors), *The structure of intellectual property law: Can one size fit all?*, Cheltenham, 2011, стр. 128.

поглавље „Зелене књиге о ауторском праву и технолошком изазову“,⁴ издате у јуну 1988. године, Европска комисија је у новом „Радном програму у области ауторских и сродних права“, од 17. јануара 1991. године још једном истакла овај проблем на нивоу тадашње Европске економске заједнице.⁵ У наведеном документу, Европска комисија је објавила не само детаљну анализу постојећег стања, већ и препоруке у вези са заштитом ауторских и сродних права у циљу повезивања свих креативних појединаца у Европи.⁶ Наиме, Комисија је дошла до закључка да се у наднационалном правном систему, као што је систем Заједнице, уставна заштита интелектуалне својине не може заснивати на различитим стандардима појединачних држава чланица. Другим речима, неопходно је да основна права Заједнице буду општеприхваћена правна начела која, у складу са праксом Европског суда правде, треба извести из заједничких уставних традиција држава чланица.

Међутим, без обзира на околност да се у свакој држави чланици примењује принцип националног третмана садржан у Бернској конвенцији, којим се суштински спречава дискриминација између аутора из других држава чланица, и даље су бројни случајеви у којима су европски аутори суочени са различитим правним ситуацијама да су им у једној земљи чланици додељена одређена права, а у другој ускраћена.⁷ Тако се, на пример, у погледу различитих начина плаћања накнаде у аудио и видео области могу издвојити три различита система. У првом систему, који је био карактеристичан за Велику Британију, Ирску и Луксембург не постоји никаква накнада у овој области.⁸ Други систем који се одликовао двоструком шемом накнаде (у смислу хонорара за опрему и накнаде за празне носаче) био је заступљен у Белгији, Немачкој, Италији, Шпанији, Португалу и Грчкој.⁹ У осталим државама чланицама примењиван је трећи систем накнаде, који се односио само на празне видео и аудио носаче.¹⁰

Разлике у садржају и обиму заштите ауторских права¹¹ у појединим државама чланицама проузроковале су и одређени степен социјалне не-

4 Green Paper on copyright and the challenge of technology, final version of 7 June 1988, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/green-papers/index_en.htm, 3.12.2014.

5 Working Programme of the Commission in the Field of Copyright and Neighbouring Rights, final version of January 17, 1991, доступно на адреси: http://aei.pitt.edu/1210/1/copyright_gp_follow_COM_90_584.pdf, 5.12.2014.

6 *Ibid.*, стр. 6.

7 T. Cook, *нав. чланак*, стр. 247.

8 Carlo Cantore, Enrico Bonadio, „The ECJ Rules on the private copying levy“, *European Intellectual Property Review*, Vol. 33, No. 4, 2011, стр. 260.

9 *Ibid.*, стр. 263.

10 *Ibid.*, стр. 271.

11 „Постоје накнаде на празне носаче у 22 земље Европске уније, на MP3 плејере у 18 земаља, на штампаче у 12 земаља, а на персоналне рачунаре у 4 земље. Ови

равнотеже у Европи.¹² Наиме, без обзира на одредбе Бернске конвенције, у пракси су забележени и потпуно несхватљиви случајеви, те су тако аутори из Велике Британије уживали право да у Немачкој користе накнаду за емитовање по шеми која је важећа у овој држави чланици, док су права накнаде истовремено била ускраћена немачким ауторима на подручју Велике Британије.¹³

Управо на основу наведених разлика, Европска комисија је истакла у свом програму из 1991. године значај и неопходност високог нивоа заштите интелектуалне својине у целој Заједници. Тиме је створена значајна основа за настанак Директиве о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву¹⁴ (у даљем тексту: Директива), која је ступила на снагу 22. јуна 2001. године.

II Предлози за имплементацију

Примена наднационалног модела заштите ауторског и сродних права замишљена је првенствено са циљем постизања равнотеже између сукобљених интереса. Реч је о интересима који се односе на приступ садржајима, с једне стране, и интересима заштите интелектуалне својине, с друге стране. Међутим, у току доношења Директиве, многа решења, попут оних у смислу *умножавања у личне некомерцијалне сврхе* и мера за дефинисање критеријума за израчунавање накнаде, оспоравана су од многобројних удружења потрошача и компанија из различитих тржишних сектора, с нагласком да је кључно створити јаснија правила у циљу указивања на следећа питања:

- а) против кога и коме треба да се обрати носилац повређеног права,

приходи прикупљени по глави становника варирају од 0.02 евра (Румунија) до 2.6 евра (Француска). Дистрибуција принудне наплате прихода за извођача мања од 0,01 евра по албуму. Martin Kretschmer, „Private Copying and Fair Compensation: An empirical study of copyright levies in Europe“, *A Report for the UK Intellectual Property Office*, 2011, стр. 4, доступно на адреси: *wipo_ip_econ_ge_1_12 ref. kretschmer.pdf*, 7.12.2014.

12 Christophe Geiger, „From Berne to National Law, via the Copyright Directive: the Dangerous Mutations of the Three-step Test“, *European Intellectual Property Review*, бр. 12/2007, стр. 486.

13 *Ibid.*, стр. 490.

14 Директива 2001/29/ЕЗ Европског парламента и Већа од 22. маја 2001. године о усклађивању одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву (енгл. *Directive 2001/29/EC of the European Parliament and Council of the 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*; даље у фуснотама: Directive 2001/29/EC).

- б) који орган може да одлучује у спорним ситуацијама,
- в) које кораке треба спроводити у спорним ситуацијама,
- г) са којим модалитетима и под којим условима се утврђују повређена права, и
- д) ко издваја трошкове везане за активности праћења и извештавања о потврђеним прекршајима.¹⁵

На основу наведених питања, усвојено је да се заштита мора спроводити применом методе троструког испитивања,¹⁶ која се примењује у ауторском праву почев од Бернске конвенције, а која би представљала правичан принцип како за балансиран приступ информацијама, тако и заштиту носилаца права. У општем смислу, неопходно је навести изузетке и ограничења која ће представљати правни оквир којим се у међународним уговорима утврђују правила испитивања у три корака.¹⁷ Као последицу оваквог испитивања, државе чланице су, на основу списка изузетака и ограничења, у обавези да наведу конкретну листу, узимајући у обзир своје националне потребе и прописе. Поред тога, у оквиру имплементације овог модела заштите ауторских и сродних права, свакој држави чланици остављена је могућност одлуке да ли ће укључити све или само део набројаних изузетака и ограничења у свој правни систем и у ком облику.¹⁸

III О односу између изузетака и обавезе примене технолошких мера у Директиви

Члан 2 Директиве захтева да државе чланице Европске уније обезбеде власницима ауторских и сродних права искључиво право да до-

15 M. Kretschmer, *нав. извештај*, стр. 17.

16 C. Geiger, *нав. чланак*, стр. 492.

17 *Ibid.*, стр. 495.

18 Једна од првих држава чланица која је у своје законодавство имплементирала одредбе Директиве је Немачка. Нови немачки Закон о ауторском праву и сродним правима, који је ступио на снагу 2003. године садржи и члан 53 на основу којег су у немачкој судској пракси врло брзо разграничени појам копирања за приватно коришћење (немачки термин: *Vervielfältigung zum privaten Gebrauch*) и појам копирања за друго властито коришћење (немачки термин: *Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch*). Под првим термином подразумева се копирање за личне потребе корисника или за коришћење у кругу особа које су са њим повезане. Други појам је ширег обима, јер обухвата и копирање за приватно коришћење, а односи се искључиво на копирање, на пример, унутар предузећа, органа власти, адвокатске канцеларије, школе, библиотеке и слично, Романа Матановац, „Право на накнаду за репродуцирање за приватно и друго властито коришћење у законодавству, пракси и правној знаности одабраних држава“, *Зборник хрватској друштва за ауторско право*, бр. 7/2006, стр. 153.

зvole или забране директно или индиректно, привремено или трајно репродуковање на било који начин и у било ком облику, у целини или делимично, својих дела, снимака, наступа, фонограма, филмова и снимака емисија.¹⁹ У поглављу II Директиве је, у том циљу, наведена листа конкретних изузетака и ограничења. Наиме, у почетку је Нацртом Директиве прописано да државе чланице ограниче своју листу изузетака и ограничења ауторских права на укупно девет случајева,²⁰ укључујући и један од изузетака који су наведени као обавезни за сваку државу чланицу. Међутим, када је Директива усвојена, списак је порастао на укупно 21 појединачно наведен изузетак. Верује се да је то био резултат „интензивног лобирања и дуготрајних договора“²¹ током процеса доношења Директиве, као и бројних потешкоћа у вези са коначном листом изузетака и ограничења.

Најпре, у оквиру члана 5 став 1 Директиве предвиђена су тзв. „привремена акта“ која обухватају изузетке и ограничења под одређеним околностима.²² Затим је ставовима 2 и 3 наведена листа од 20 изузетака у циљу ограничавања како права репродукције, тако и права саопштавања јавности.²³ С обзиром да је набрајање исцрпно, то истовремено значи да сваки изузетак или ограничење ван ове листе није дозвољен.²⁴ Међутим, исцрпна и обимна листа открива многе варијације изузетака и ограничења између држава чланица,²⁵ јер се према члану 5 став 3 Директиве још увек не морају изричито наводити.²⁶ У том контексту, начелно се, као решење за овакву ситуацију, примењује тзв. *grandfather*²⁷ клаузула која омогућава да се изузеци конкретно не наводе у списима, већ је примат дат аналогној употреби и слободном протоку роба и услуга у оквиру Европске уније. У погледу увођења будућих изузетака и ограничења која могу настати у складу са развојем и настанком

19 Directive 2001/29/EC, чл. 2.

20 Нацрт Директиве Европског парламента и Већа о усклађивању одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, 10.12.1997. (енгл. *Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society COM (97) 628 final, 10 December 1997*).

21 Jan Rosén, „Copyright in head- and tail-wind“, *Nordisk Immateriellt Rättsskydd*, бр. 6/2005, стр. 567.

22 Directive 2001/29/EC, чл. 5 ст. 1.

23 *Ibid.*, ст. 2–3.

24 *Ibid.*, 32. тачка образложења у преамбули Директиве.

25 J. Rosén, *нав. чланак*, стр. 579.

26 Directive 2001/29/EC, чл. 5 ст. 3.

27 J. Rosén, *нав. чланак*, стр. 580.

нових технологија, сугерисано је да наведена листа оставља довољно простора за нове изузетке и ограничења.²⁸

Затим, члан 5 став 2 тачка (б) Директиве наводи да: „Државе чланице могу предвидети изузетке или ограничења права репродукције предвиђеног чланом 2 Директиве у односу на репродукције на било ком медију које је учинило физичко лице за личну употребу и за сврху која није ни директно ни индиректно комерцијална, под условом да носиоци права добију *правичну накнаду*, при чему се узима у обзир примена односно непримењивање технолошких мера из члана 6 Директиве на дело или на други предмет заштите.“²⁹

Једно од решења предвиђених Директивом, у смислу заштите ауторских права на преласку са аналогне на дигиталну технологију, свакако је и примена технолошких мера заштите.³⁰ Појам технолошка мера означава примену специјално дизајнираних технологија, уређаја и компонента, који могу да спрече или ограниче радње којима се може нанети штета носиоцу ауторског права, било да је реч о коришћењу дела без сагласности носиоца ауторског права, било да је реч о праву које је предвиђено законом или правом *sui generis*.³¹ Ове мере се сматрају ефикасним уколико употребу заштићеног дела контролишу носиоци ауторског права кроз процес примене контроле приступа или заштите, а наведене мере се могу поделити у пет група.³² Прва обухвата мере за контролу приступа делу, а у пракси се спроводи кроз употребу лозинки, шифри на основу којих се омогућава приступ делу, и које су наплативе.³³ Друга група мера подразумева контролу појединих облика коришћења дела, која се у пракси спроводи кроз техничке програме који спречавају умножавање или прештампавање.³⁴ Трећа група се односи

28 Martin Senftleben, „The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 1, бр. 2/2010, стр. 72.

29 Directive 2001/29/EC, чл. 5 ст. 2 тач. б.

30 Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд, 2014, стр. 152.

31 *Ibid.*

32 „Решење је у техничкој (дакле, фактичкој, а не правној) контроли коришћења ауторских дела која су забележена у дигиталном формату. Овај начин има одређену предност над правним инструментима заштите, јер делује подједнако ефикасно у целом свету, релативно је јефтин и флексибилан, тј. може се обликовати потребама и пословној стратегији носиоца ауторског права.“ *Ibid.*, стр. 153.

33 У правној теорији ове мере су означене као добровољне мере (енглески термин: *voluntary measures*) и предузете су од стране носиоца ауторског права. Више о овоме видети на: http://www.sub.uni-goettingen.de/frankfurtgroup/drms/vereinbarung_engl_jan2005.rtf.

34 *Ibid.*

на мере за заштиту интегритета дела у смислу аутентичности докумената и потписа, и представља део сигурности електронске трговине.³⁵ Четврта група су мере детекције и бележења обима коришћења дела и њима се евидентирају приступи, снимања и регистровање корисника, као и сразмере плаћене накнаде за приступ, с једне, и оствареног приступа овлашћених корисника, с друге стране.³⁶ Пету групу чине мере за управљање ауторским правом, којима се корисници обавештавају о аутору дела, његовој конкретној заштити, међународној идентификационој ознаци итд.³⁷

Обавезе у погледу примене технолошких мера прописане су чланом 6 Директиве. Према ставу 1 овог члана одређује се да ће: „Државе чланице предвидети одговарајућу правну заштиту против заобилажења ефикасних технолошких мера, коју неко лице обавља знајући то, или имајући основа да то зна.“³⁸ У ставу 2 се наводи да ће: „Државе чланице предвидети одговарајућу правну заштиту против производње, увоза, дистрибуције, продаје, изнајмљивања, оглашавања продаје или изнајмљивања, или поседовања у комерцијалне сврхе уређаја, производа или саставних делова, односно против пружања услуга које:

- (а) се промовишу, оглашавају или продају на тржишту с циљем избегавања било којих ефикасних технолошких мера; или
- (б) имају само ограничену комерцијалну сврху или ограничену употребу која не представља избегавање било којих ефикасних технолошких мера; или
- (в) су првенствено дизајнирани, произведени, прилагођени или израђени с циљем омогућавања или олакшавања избегавања било којих ефикасних технолошких мера.“³⁹

Одредбом члана 6 став 4 Директиве остављен је државама чланицама велики степен слободе у одабиру одговарајућих⁴⁰ технолошких мера, како би обезбедила корист од одређених изузетака корисницима.⁴¹ У

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

37 С. Марковић, *нав. дело*, стр. 152.

38 Directive 2001/29/EC, чл. 6 ст. 1.

39 *Ibid.*, ст. 2.

40 Ове мере се у литератури означавају енглеским термином *appropriate measures*. Више о овоме видети на: http://www.sub.uni-goettingen.de/frankfurtgroup/drms/vereinbarung_engl_jan2005.rtf.

41 Извештај Већу, Европском парламенту и Економском и Социјалном Комитету о примени Директиве 2001/29/ЕЗ о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, Брисел, 30.11.2007. (*Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of*

том смислу државе чланице су фаворизовале широк спектар различитих решења која укључују: 1) решење у оквиру кога се технолошке мере не спроводе, већ је извршној власти препуштено да делује када то постане неопходно, као што је случај у Аустрији, Чешкој и Холандији; 2) решење које подразумева увођење медијације или арбитражног поступка, а спроводи се у Финској, Данској, Естонији, Грчкој и Мађарској; 3) решење које подразумева прибегавање судским поступцима, а примењује се у Белгији, Немачкој, Шпанији и Ирској; и на крају: 4) прибегавање специфичним управним поступцима са одлукама које се примењују путем плаћања новчаних казни на које се може уложити жалба пред судовима, при чему се у неким земљама, попут Француске, успостављају посебни органи управе.⁴²

IV Европски суд правде о концепту „правичне накнаде“ у смислу члана 5 став 2 тачка (б) Директиве

Систем наплате накнада за умножавање заштићених ауторских дела у личне некомерцијалне сврхе је стара тековина,⁴³ али је његова суштина у смислу *fair use* прецизније одређена концептом *правичне накнаде* у новијим тумачењима Европског суда правде. У том смислу, у случају *Padawan SL v Sociedad General de Autores y Editores de España*

Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society), стр. 9.

42 *Ibid.* Вишегодишње кашњење у имплементацији Директиве у Француској било је проузроковано различитим тумачењима односа између технолошких мера заштите и накнада за умножавање у личне некомерцијалне сврхе. Удружења потрошача тврдила су да је право потрошача на умножавање у личне некомерцијалне сврхе субјективно право утемељено чл. 122–125. Закона о заштити интелектуалне својине у Француској, те да носиоци ауторских и сродних права морају уклонити те мере и потрошачима омогућити стварање личних копија. Супротно томе, Касациони суд Француске је у спору *Mulholland Drive* тумачење овог члана засновао у односу на Директиву која још увек није била имплементирана и одлучио у корист носиоца ауторских и сродних права који су поставили технолошке мере заштите. Суд је истакао да, с обзиром на „економски значај експлоатације једног дела у облику DVD-а који представља удео амортизационих трошкова производње кинематографског дела, примену изузетка умножавања у личне некомерцијалне сврхе садржаја DVD-а треба забранити, јер наноси штету нормалној експлоатацији дела“. Пресуда *Mulholland Drive* доступно на адреси: <http://merlin.obs.coe.int/iris/2008/9/article12.en.html>, 20.12.2014.

43 Први систем наплате за коришћење ауторских дела уведен је у Немачкој, као последица две одлуке Савезног Врховног суда Немачке, које су донете 1955. године (BGH, 24 June 1955 – Aktz.: I ZR 88/54 (*Mikrokopien*) у часопису GRUR 11/1955, стр. 544) и 1964. године (BGH, 29.5.1964. Ib ZR 4/63 *Personalausweise*, GRUR 2/1965, стр. 104), а затим се проширио у осталим државама континенталне Европе.

(SGAE).⁴⁴ Европски суд правде је, по први пут, изнео тумачење овог концепта у смислу члана 5 став 2 тачка (б) Директиве. Наиме, реч је о спору који се водио између једног од органа одговорних за колективно остваривање права интелектуалне својине у Шпанији – *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, и компаније *Padawan SL* која се бави продајом *CD-Rs*, *CD-RWs*, *DVD-Rs* и *MP3* плејера.⁴⁵ Наиме, *SGAE* је од компаније *Padawan SL* захтевала исплату накнаде за *умножавање у личне некомерцијалне сврхе* предвиђене чланом 25. шпанског Закона о интелектуалној својини, за период од 2002. до 2004. године.⁴⁶ Компанија *Padawan SL* је одбила да то учини наводећи да примена наведене накнаде на дигиталне медије, насумице и без обзира на сврху којој су намењени није у сагласности са Директивом.⁴⁷ Међутим, привредни суд у Барселони је пресудом од 14. јуна 2007. године, потврдио захтев *SGAE*-а у целисти, и компанији *Padawan SL* је наложено да исплати 16.759,25 евра, заједно са каматом.⁴⁸ Компанија *Padawan SL* је поднела жалбу Покрајинском суду у Барселони, који је обуставио поступак, и обратио се Европском суду правде.⁴⁹

Европски суд правде је, у наведеном случају, најпре утврдио да су државе чланице, које одлуче да у своје национално законодавство уведу изузетак *умножавања у личне некомерцијалне сврхе*, обавезне да предвиде плаћање *йравичне накнаде* носиоцима права.⁵⁰

Након тога, суд је заузео став да концепт *йравичне накнаде* у смислу члана 5 став 2 тачка б Директиве представља аутономни концепт права Европске уније, који се мора једнообразно тумачити у свим државама чланицама које су увеле изузетак *умножавања у личне некомерцијалне сврхе*, без обзира на то што је државама чланицама омогућено да, у границама утврђеним правом Европске уније и посебно наведеном Директивом, одреде форму, детаљне аранжмане за финансирање и прикупљање, као и ниво *йравичне накнаде*.⁵¹

Разматрајући питање сврхе *йравичне накнаде*, суд наводи да се она састоји у томе да се ауторима адекватно надокнади коришћење

44 Случај Case C-467/08 *Padawan SL v Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*[2010] ECR I 10055.

45 *Ibid.*, пар. 16, 17.

46 *Ibid.*, пар. 17.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*, пар. 18, 19.

50 *Ibid.*, пар. 30.

51 *Ibid.*, пар. 37.

њихових заштићених дела без њиховог одобрења,⁵² при чему *йравична накнада* мора нужно бити израчуната на основу критеријума штете нанете ауторима заштићених дела увођењем изузетка *умножавања у личне некомерцијалне сврхе*.⁵³ На наведени начин, суд је утврдио како основ за плаћање *йравичне надкнаде*, тако и основ за њено израчунавање.

Када је реч о питању ко је одговоран за плаћање *йравичне накнаде*, суд је пошао од тумачења концепта *йравичне равнојтеже* између права и интереса носилаца права са једне, и права и интереса корисника заштићених дела са друге стране.⁵⁴ У том смислу наводи да лице које је нанело штету носиоцу искључивог права умножавања јесте лице које за личну употребу умножава заштићено дело, не тражећи претходно одобрење од носиоца права, због чега, у начелу, то лице треба да надокнади штету везану за то умножавање, финансирањем надокнаде која ће бити плаћена носиоцу.⁵⁵

Међутим, имајући у виду практичне тешкоће у идентификовању таквих корисника и обавезивања истих да надокнаде штету носиоцима права, као и чињеницу да штета која може настати из сваког појединачног коришћења *у личне некомерцијалне сврхе* може бити минимална, и да као таква, као што је наведено у 35. тачки образложења у преамбули Директиве, не представља основ за обавезу плаћања, државама чланицама је остављено на слободу да успоставе „накнаду за *умножавање у личне некомерцијалне сврхе*“ у циљу финансирања *йравичне накнаде* која се може наплатити не наведеним корисницима, већ онима који поседују опрему, уређаје и медије за дигитално умножавање, и који по том основу чине ту опрему доступном корисницима, или им пружају услуге умножавања.⁵⁶ У таквом систему, лица која поседују ту опрему морају платити накнаду за *умножавање у личне некомерцијалне сврхе*,⁵⁷ с тим што их ништа не спречава да пренесу ту накнаду у цену наплаћену за чињење доступним опреме, уређаја и медија за умножавање, или у цену за пружену услугу умножавања.⁵⁸ На тај начин, терет плаћања накнаде ће на крају пасти на корисника који плаћа ту цену, због се чега у таквим околностима мора сматрати да је корисник у ствари лице које је посредно одговорно за плаћање *йравичне накнаде*,⁵⁹ што је у складу са *йра-*

52 *Ibid.*, пар. 39.

53 *Ibid.*, пар. 42.

54 *Ibid.*, пар. 43.

55 *Ibid.*, пар. 45.

56 *Ibid.*, пар. 46.

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*, пар. 48.

59 *Ibid.*

вичном равнојшежом између интереса аутора и корисника заштићених дела.⁶⁰

Дакле, наведеном пресудом суд је утврдио да је корисник који умножава дело у личне некомерцијалне сврхе заправо лице које је крајње одговорно за плаћање њравичне накнаде, при чему ће наведени терет поднети кроз цену плаћену за прибављање опреме, уређаја или медија за дигитално умножавање, односно кроз цену плаћену за услуге умножавања дела.

Када је реч о самом случају *Padawan* суд је потврдио резонување привредног суда у Барселони, да је наведена компанија одговорна за плаћање накнаде за умножавање у личне некомерцијалне сврхе, при чему терет такве накнаде може пренети на купце дигиталних медија чијом се продајом бави.

Са друге стране, када је реч о питању постојања неопходне везе између примене накнаде за умножавање у личне некомерцијалне сврхе у односу на опрему, уређаје или медије за дигитално умножавање, и њиховог коришћења за умножавање у личне некомерцијалне сврхе, суд је заузео став да таква веза постоји само уколико је вероватно да ће опрема, уређаји или медији за дигитално умножавање бити искоришћени за умножавање у личне некомерцијалне сврхе, због чега је вероватно да ће се таквим коришћењем нанети штета аутору заштићеног дела.⁶¹ У том смислу, насумична примена накнаде за умножавање у личне некомерцијалне сврхе на све врсте опреме, уређаја или медија за дигитално умножавање, није у складу са чланом 5 став 2 тачка б Директиве.⁶²

Међутим, уколико је опрема у питању учињена доступном физичким лицима за личне некомерцијалне сврхе, онда је непотребно показати да су та лица заиста и умножила примерке у наведену сврху путем те опреме, и на тај начин заправо и нанела штету аутору заштићеног дела,⁶³ имајући у виду да се за наведена лица са правом претпоставља да ће у потпуности искористити опрему која им је стављена на располагање, односно у потпуности искористити све функције те опреме, укључујући и умножавање.⁶⁴ Из наведеног следи да је чињеница, да је поменута опрема подобна за умножавање, довољна сама по себи да оправда примену накнаде за умножавање у личне некомерцијалне сврхе, под условом да је опрема учињена доступном наведеним физичким лицима.⁶⁵

60 *Ibid.*, пар. 49.

61 *Ibid.*, пар. 52.

62 *Ibid.*, пар. 53.

63 *Ibid.*, пар. 54.

64 *Ibid.*, пар. 55.

65 *Ibid.*, пар. 56.

Став Европског суда правде, у погледу одговорности за плаћање *йравичне накнаде* утврђен пресудом у случају *Padawan*, потврђен је пресудом у случају *Stichting de Thuiskopie v Opus Supplies Deutschland GmbH and Others*,⁶⁶ у коме се такође поставило наведено питање, али на нивоу између држава чланица. Наиме, Краљевина Холандија је увела изузетак *умножавања у личне некомерцијалне сврхе*, и то Законом о ауторском праву, у складу са којим је произвођач или увозник средства искоришћеног за умножавање одговоран за плаћање накнаде за *умножавање у личне некомерцијалне сврхе*.⁶⁷ С тим у вези, у наведеном случају се водио спор између органа одговорног за прикупљање накнаде за *умножавање у личне некомерцијалне сврхе* у Холандији – *Stichting de Thuiskopie*, и компаније *Opus Supplies Deutschland GmbH* са седиштем у Немачкој, која путем интернета продаје медије за дигитално умножавање, и чији су послови усмерени посебно на Холандију, путем *web* сајтова на Холандском језику.⁶⁸ Полазећи од чињенице да компанија *Opus Supplies Deutschland GmbH* не плаћа накнаду за *умножавање у личне некомерцијалне сврхе* у односу на медије достављене потрошачима у Холандији, ни у тој држави чланици, ни у Немачкој, *Stichting de Thuiskopie* је покренуо поступак пред холандским судовима тврдећи да поменута компанија мора бити посматрана као увозник, и да је самим тим одговорна за плаћање наведене накнаде.⁶⁹ Међутим, компанија *Opus Supplies Deutschland GmbH* је негирала одговорност, износећи став да су холадски потрошачи у овом случају увозници, што је било прихваћено, како од стране суда у првом степену, тако и од стране апелационог суда, због чега је *Stichting de Thuiskopie* је уложио жалбу Врховном суду Холандије, који се затим обратио Европском суду правде.⁷⁰

Као и у случају *Padawan* Европски суд правде је истакао да се Директива, а посебно члан 5 став 2 тачка б и став 5 морају тумачити тако да се крајњи корисник који у *личне некомерцијалне сврхе* врши умножавање заштићеног дела, у принципу, мора посматрати као лице које је одговорно за плаћање *йравичне накнаде* предвиђене чланом 5 став 2 тачка б.⁷¹ Међутим, како суд даље наводи, државама чланицама је остављено на слободу да успоставе накнаду за *умножавање у личне некомерцијалне сврхе* која се може наплатити лицима која чине опрему,

66 Случај Case C-462/09 *Stichting de Thuiskopie v Opus Supplies Deutschland GmbH and Others* [2011] ECR I 05331.

67 *Ibid.*, пар. 8.

68 *Ibid.*, пар. 9, 10.

69 *Ibid.*, пар. 12, 13.

70 *Ibid.*, пар. 14, 15.

71 *Ibid.*, пар. 29.

уређаје и медије доступним том крајњем кориснику, с обзиром да су у стању да пренесу износ те накнаде на цену коју њима плаћају крајњи корисници за ту услугу.⁷²

Када је реч о могућности наплате накнаде лицу које чини опрему, уређаје и медије доступним корисницима, а које има седиште у другој држави чланици, суд наводи да се Директива, а посебно члан 5 став 2б и став 5 морају тумачити тако да је на држави чланици која је уве-ла систем накнаде за *умножавање у личне некомерцијалне сврхе* која се може наплатити произвођачима или увозницима медија за дигитално умножавање заштићених дела, а на чијој је територији је нанета штета ауторима коришћењем њихових дела у *личне некомерцијалне сврхе* од стране корисника који у њој имају пребивалиште, да осигура да ти аутори заиста добију *јравичну накнаду*, са наменом да им надокнади наведену штету.⁷³ У том смислу, сама чињеница да је продавац опреме, уређаја и медија за умножавање успостављен у другој држави чланици, а не у држави у којој корисници имају пребивалиште, нема никаквог утицаја на наведену обавезу, па је на националном суду, у случају где је немогуће да се обезбеди прикупљање *јравичне накнаде* од корисника, да протумачи национално право на начин да се омогући прикупљање наведене накнаде од лица одговорног за плаћање који поступа на комерцијалној основи.⁷⁴

Другим речима, Краљевина Холандија треба да обезбеди да *Opus Supplies Deutschland GmbH*, плати накнаду за *умножавање у личне некомерцијалне сврхе* у складу са холандским законским одредбама, при чему околност да наведена компанија има седиште у другој држави чланици (Немачкој) од оне у којој крајњи потрошачи имају пребивалиште, и на чијој је територији нанета штета ауторима, нема утицаја на ту обавезу.

На крају, у вези са тумачењем концепта *јравичне накнаде* од стране Европског суда правде, треба истаћи да су државе чланице Европске уније са аналогних технологија прешле на дигиталну. У том смислу, имплементацијом Директиве, која је настала у аналогном систему, у новим технолошким условима отворена су и нова спорна питања. Једно од њих је и питање шта се подразумева под појмом минималне штете нанете носиоцу ауторског или сродних права у савременом дигиталном окружењу. Другим речима, да ли се и у овим новим условима *умножавање у личне некомерцијалне сврхе* тумачи као незнатно у смислу одређивања штете и висине накнаде, или поприма другачије значење. У

72 *Ibid.*

73 *Ibid.*, пар. 41.

74 *Ibid.*

том контексту је пред Европским судом правде покренут спор *Copydan Bandkopi v Nokia DKK*, у коме се поставило питање плаћања накнаде за умножавање у личне некомерцијалне сврхе музичких и видео записа преко меморијских картица за мобилне телефоне произвођача *Nokia*.⁷⁵ Ово питање тек треба да буде решено, имајућу у виду да је овај поступак још увек у току пред Европским судом правде.

V Закључак

У раду су наведени само неки од значајнијих примера у области заштите ауторских и сродних права у којој још увек није успостављен јединствени систем за све државе чланице Европске уније. Делимичан степен хармонизације на примеру наведених случајева открива правну суштину проблема, која је карактеристична за сваки покушај даљег усклађивања у овој области. Све досадашње фундаменталне разлике у приступу и тумачењу настале по основу разноликости националних система заштите ауторских и сродних права држава чланица Европске уније, рефлектују се како у пракси националних судова, тако и у пракси Европског суда правде.

У том контексту, неопходно је наставити активности ка стварању јединственог режима заштите ауторских и сродних права у оквиру Европске уније. Свакако да ће те активности подразумевати многобројне нове тешкоће и проблеме, што истовремено не значи да их не треба решавати за добробит целе Уније. Стварање унитарног решења је, на супрот принципу територијалног ограничења, циљ који се мора остварити. У том смислу, поједине државе чланице Европске уније су отпочеле истраживања везана за садржајније тумачење Директиве, њено имплементирање и даљи развој. Наиме, основа примене и тумачења фундаменталних права отвара додатни простор за флексибилност и то у оној мери у којој решења проблема нису у супротности са чланом 5 Директиве. Истина је да се тешко могу постићи решења која би у основи одговарала сваком правном систему држава чланица Европске уније, али се на овај начин све државе чланице крећу према приближнијем заједничком решењу бројних проблема у овој области.

75 Случај Case C-463/12 *Copydan Bandkopi v Nokia DKK*.

Vukašin PETROVIĆ

PhD Student at the Faculty of Law University of Kragujevac

THE CONCEPT OF “FAIR COMPENSATION” FOR THE USE OF PRIVATE COPYING EXCEPTION IN EUROPEAN UNION LAW

Summary

Copyright law was created with the main idea to protect the rights of authors, because the phenomenon of reproduction of printed copyright works without the permission of its authors and without paying any compensation became widespread immediately prior to the occurrence of this branch of law. From printed works reproduction later extended to all other copyright works, both in analog and digital conditions. In such conditions, one of the key questions that arises is the question of private copying exception. The conditions in which this exception can be used are regulated by Article 5 paragraph 2 (b) of the Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. However, in spite of its implementation into Member States legislation, a matter of interpretation of the concept of fair compensation for the use of private copying exception continues to be imposed as the main problem. In this paper, the author analyses conditions and reasons for adoption of the mentioned Directive, the ways of its implementation, and presents the interpretation of the notion of fair compensation by the European Court of Justice, as an autonomous concept of the European Union law.

Key words: *private copying exception, fair compensation, technological measures, fair balance.*

ПРИВРЕДНИ УГОВОРИ

Др Тамара МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ
редовни професор Економског факултета Универзитета у Нишу

УГОВОР О ФАКТОРИНГУ У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА СРБИЈЕ

Резиме

У раду се указује на потребу свеобухватног реулисања уговора о факторингу са циљем афирмације гаранцијске функције овог посла, која је због необезбеђеног положаја фактора зајосиављена у пословној пракси. За разлику од Закона о факторингу који поима факторинг као продају пошраживања, решење из Преднацрта обухвата оба варијетета факторингосла, и то продајни тип код кога фактор осиаје власник пошраживања, као и варијетет факторинга као обезбеђеног зајма, који је далеко присујнији у српској пословној пракси. Решењима је јружена моућност да се код уговора о факторингу закљученим без права на рејрес, фактору након рејсирације јреноса пошраживања обезбеди оложај ирвилејованог јвероца. Овај оложај омоућава фактору право на јрвенсјвену најлају у односу на све друе јвероце дужника, као шјо и у случају инсолвенсјности дужника и ошварања сјечајног осјуйка над имовином дужника фактор сјиче оложај разлучног јвероца.

Кључне речи: *уговор о факторингу, пошраживање, право на рејрес.*

I Увод – о појму, функцијама, развоју, значају и регулативи факторинга на међународном плану и у Европи

Факторинг (енгл. *factoring*) је финансијска техника есконтног карактера, чија је суштина уступање или откуп потраживања како доспелих, тако и оних која доспевају у будућности, као и преношење ризика наплате са клијента на фактора, с тим што овај финансијски инструмент, истовремено, има и значајну кредитну, гаранцијску и услужну функцију. Клијент, поверилац из основног посла уступа банци, односно фактор-кући своја потраживања, која има према трећим лицима-дужницима, и тиме се одриче свих права према својим дужницима, али задржава обавезу да гарантује за постојање (веритет) као и за наплативост потраживања, ако другачије није уговорено.

Факторинг као посао финансирања краткорочних потраживања у себи садржи четири основне функције, и то:

1. *финансирање клијенџа* на основу зајма уступиоцу или путем аванса датог клијенту (авансно финансирање) или на основу продаје потраживања фактору (дисконтно финансирање),
2. *најлајџа њојираживања* (*collection* – инкасо наплата),
3. *преузимање ризика* (обезбеђење) *најлајџе њојираживања* (*del credere* функција),
4. *услужна функција* (књиговодствене, евиденционе, саветодавне и друге *outsourcing* услуге).¹

Уговор о факторингу је посао који је од свог настанка непрестано „мутирао“ и прилагођавао се потребама пословне праксе, па се мењала како *causa* посла, тако и функције факторинга, његова уговорна техника, као и својинско-правна димензија уговора, оличена у куповини потраживања или преузимању потраживања као обезбеђења зајма или аванса датог уступиоцу од стране фактора.

Уговор о факторингу је производ америчке пословне праксе са краја 19. века која се развила преображајем комисионог посла, који је од комерцијалне трансакције, у којој је фактор продавао робу свог клијента, постао финансијска трансакција, чији предмет постаје само потраживање. Факторинг се, најпре, развио у облику преузимања потраживања повериоца из основног посла, које је служило као *обезбеђење за аванс дат повериоцу од стране фактора* тзв. *security assignments*. Оног тренутка,

1 Видети: UNIDROIT *Convention on International Factoring*, Ottawa, 28. мај 1988. године, чл. 1(2)(b); Crichton, Ch. Ferrier, *Understanding Factoring & Trade Credit*, Waterlaw Publishers, 1986, стр. 4.

када у ове исплативе трансакције улазе банке, па и осигуравајуће куће, фактори почињу да нуде нови облик факторинг услуге, кроз тзв. *outright sales of receivables* односно *куйовину йойраживања*. Захваљујући стварно-правном третману потраживања у америчком праву (*in rem* приступ) и систему регистрације права на потраживању, а који је омогућен инструментом успостављеног обезбеђења на потраживању (*security interests*) из америчког *Uniform Commercial Code* – УСС (чл. 9), правни положај фактора постао је такав да му је у САД омогућио приоритет у наплати потраживања над другим повериоцима. То је основни разлог апсолутне доминације тзв. *full line service* факторинга на америчком тржишту, где трансакција садржи све расположиве функције истовремено (наплату, кредитирање, гаранцијску и услужну функцију). Факторинг послови из наведених разлога у САД поред функције наплате потраживања, функције финансирања повериоца, и услужне функције, обавезно садрже и гаранцијску функцију, па се факторинг посао у САД из тих разлога увек закључује без права на регрес.² Разлог томе је пре свега, сигурност фактора да ће потраживање успети да наплати.

Експанзија ове финансијске технике 60-их година 20. века на подручја европских земаља, захтевала је ново прилагођавање факторинг посла као „*йравној йрансиланџа*“ *civil law* правним системима, па је дошло до измене правне технике, уговорне структуре, али и средстава обезбеђења, која су се у европској пословној пракси користила у овом послу. Основни правни проблем у овом прилагођавању била је природа права потраживања, које представља облигационо право, а чији пренос тј. продаја не доводи до стварно-правних ефеката. Капацитети цесије, као и суброгације, који су у свим европским правним системима коришћени за реализацију факторинг посла, имали су бројна ограничења (могућност забране цедирања, нотификација, потребна сагласност дужника у француском праву и др.) тако да су се у пословној пракси стварале бројне технике које су требале да омогуће пуноважни пренос потраживања, попут индосирања фактуре, есконтовања фактуре, регистрације фактуре, коришћења менице као обезбеђења, регистрације преноса потраживања и др. Најзначајнија измена у факторинг посла у Европи, у процесу прилагођавања факторинга *civil law* правном окружењу, била је креација факторинга са правом на регрес, чиме факторинг губи гаранцијску функцију. Узрок томе је несигурност положаја фактора у европским правним системима, а услед немогућности стварно-правног третмана потраживања и тиме необезбеђеног положаја фактора. Међутим, и поред свих ограничења, факторинг се у Европи по-

2 Више о факторингу америчког типа и разлозима сигурности правног положаја фактора у САД, видети: Т. Миленковић-Керковић, Ж. Атанасковић, *Факторинг – йраво и йословна йракса у Србији*, Економски факултет, Ниш, 2013, стр. 12–23.

казао као веома профитабилна финансијска услуга, тако да је неколико десетина пута надмашио промет у САД. Данас промет који се остварује у Европи представља 63% укупног светског промета, а пет европских земаља (Велика Британија, Италија, Француска, Немачка и Шпанија) по свом факторинг промету већ годинама заузимају првих пет места на светском нивоу.³ Пет земаља у Европи донело је *lex specialis* за уговор о факторингу и то, Француска (*Loi Dailly*) 1981. год.,⁴ Грчка 1990. год.,⁵ Италија 1991. год.,⁶ Португал 1995. год.,⁷ Турска 2012. год.,⁸ док је Србија Закон о факторингу донела 2013. год.⁹ На плану међународног факторинга од значаја су Конвенција UNIDROIT о међународном факторингу из 1988. год. ратификована од стране шест европских земаља и УН Конвенција о преносу потраживања у међународној трговини из 2004. год. која није ступила на снагу. Правни комитет IFG (*International Factoring Group*) једног од два најзначајнија међународна удружења фактора (*International Factoring Group* и *Factors Chain International*) издао је фебруара 2014. год. Модел закон за уговор о факторингу,¹⁰ чија су решења укључена у текст одредби за уговор о факторингу који садржи Преднацрт Грађанског законика Србије.

II Основне технике факторинг посла и концепцијски пропусти српског Закона о факторингу

Техника факторинг посла може бити веома различита. Она зависи од тога да ли се ради о доспелом или недоспелом потраживању, да ли се дужник обавештава или не о преузимању потраживања од стране фактора, али је од највећег значаја следеће: најпре, да ли фактор преузима само наплату потраживања или постаје власник потраживања, потом, да ли се финансирање клијента обавља на основу откупљеног потраживања или се клијент кредитира на основу неког од средстава обезбеђења кредита, и најзад, да ли се фактор може или се не може регресирати од клијента – уступиоца потраживања (тј. од повериоца из

3 FCI Annual Review 2013.

4 Zakon br. 81–1 (tzv. *Loi Dailly*) од 2. јануара 1981. године.

5 *Νόμος 1905/1990 Για τη σύμβαση πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων και άλλες διατάξεις.*

6 *La Lege sulla disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, n. 52, од 21. фебруара 1991. године.

7 *Decree Law no. 171/95.*

8 Закон бр. 6361 од 21. децембра 2012. године.

9 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 62/2013.

10 IFG Model Law on Factoring, <http://www.ifgroup.com/research/model-law-for-factoring/>.

основног посла) у случају да потраживање остане ненаплаћено. Сви ови аспекти значајно утичу и на варијетет факторинг посла, а, пре свега, на узајамне односе субјеката у трансакцији, као и на њихов правни положај.

Финансирање клијената путем факторинга у пракси се врши се на два основна начина, и то: *авансним финансирањем* и путем *дисконтиног финансирања*.¹¹

Код првог вида, тзв. *авансног финансирања*, фактор исплаћује клијенту претежни део износа потраживања, али задржава између 10% и 30% од износа потраживања на посебном рачуну. Финансирање клијента има карактер обезбеђеног кредита, јер *појтрживање остијаје у својини клијената*. На тај начин фактор преузима на наплату целокупно потраживање али исплаћује клијенту мањи износ од пуне номиналне вредности потраживања (најчешћа авансна стопа је 70%) и на тај начин се ствара резерва којом се врши покриће евентуално ненаплаћеног потраживања. Фактор, дакле, формира резерву (типична резерва је 30% од преузетог потраживања) за случај да настану евентуални приговори дужника (купца) по испорученој роби (приговори квалитета, квантитета робе и др.) и тај се износ уплаћује назад клијенту или након наплате потраживања или након доспелости фактуре. *Авансно финансирање иредсћаваља ираву алтернативну ујовору о кредитиу*, а цена факторове услуге се изражава у више облика. Цена услуге фактора изражава се, пре свега, као факторинг провизија, која варира (уобичајено је од 0,7% до 2% од номиналне вредности потраживања), а у цену услуге фактора спада и камата на авансирана средства. Ови се елементи цене факторинг услуге код једноставнијих трансакција могу изразити и у јединственом проценту, односно могуће је подвести их под јединствену провизију.¹² Поред провизије, у накнаду за обављену услуга фактора укључују се и други, додатни трошкови, попут трошкова потврде кредита, трошкова отварања кредита, потом трошкови провере бонитета дужника, административни трошкови, као и многе друге врсте трошкова које у

11 Више о пракси финансирања код факторинга, видети: F. Salinger, *Factoring: The Law and Practice of Invoice Finance*, 3rd ed., London, 1999, стр. 15–27; Т. Миленковић-Керковић, Ж. Атанасковић, *нав. дело*, стр. 186–190.

12 Врсте, износи, као и начин обрачуна факторинг (комисионих) провизија које факторинг куће наплаћују од својих клијената веома варирају у пословној пракси, јер су изложени разликама у императивним прописима који регулишу банкарске кредитне послове. Од значаја је и пореска регулатива која у различитим националним законодавствима треба да се примени на факторинг послове. Видети: EU Federation, *Factoring, Receivables Finance & ABL, A Study of Legal Environments across Europe*, 2011; Р. Ковачевић, „Значај и улога факторинга као инструмента финансирања извоза – искуства нових чланица Европске уније“, *Економски анали*, бр. 165, април – јун 2005, стр. 81–104.

пословној пракси могу имати различите форме. Најзначајније правно обележје ове врсте факторинга је *власништво над њоштраживањем*, које код авансног финансирања *остиаје у својини клијента*, тако да фактор преузимајући ово потраживање на наплату, не постаје при том власник потраживања.

Са друге стране, *дисконитно финансирање* подразумева да фактор уплати комплетну суму клијенту, умањену за накнаде, у које спадају камате за период доспелости потраживања, трошкови преузетог ризика плаћања, управљања потраживањима и др. а висина накнада се креће у износу од 4,5% до 5,5% од номиналне вредности потраживања, с тим што код ризичнијих потраживања она може ићи и до 12% од укупног износа потраживања. Код овог варијетета *фактор њостиаје власник њреузетѡи ѡштраживања*, па, стога, износ који фактор уплаћује клијенту представља, заправо, цену купљеног потраживања, умањену за дисконт. Овај облик факторинга јесте *ѡродаја ѡштраживања* фактору од стране уступиоца, коју предвиђа српски Закон о факторингу као једини облик факторинг посла.

Српски Закон о факторингу, међутим, при томе, пропушта да уреди два значајна питања. Први је *ѡроѡустѡи законодавца* да призна постојање и регулише и онај варијетет уговора о факторингу који представља обезбеђење зајма учињеног уступиоцу, дакле уговор код кога фактор не постаје власник потраживања већ кредитира повериоца, а други пропуст је да је Закон и за облик факторинга који искључиво регулише, а то је продаја потраживања фактору, пропустио да омогући фактору правни модус за стицање права својине на потраживању, а кроз установљење регистра пренетих потраживања. Фактори у Србији и након *lex specialis*-а не стичу стварно-право својине на потраживању, а тиме ни приоритет у наплати, што је основа правне сигурности фактора. То је и разлог замирања гаранцијске функције факторинга, узрок потпуног одсуства међународних факторинг трансакција, доминације факторинга са регресним правом, високе цене факторинг услуге, што све доводи до великих проблема функционисања факторинг посла у условима неликвидности српске привреде.

III Основни концепцијски проблеми и правна структура факторинг посла

Факторинг као правни инструмент настао на правном подручју *common law* носи собом два суштинска проблема. Оба су проблема концепцијске природе али остављају дубоке последице на праксу факторинг посла. Први је *ѡроблем ѡравне ѡприроде ѡштраживања као*

немајтеријалној њрава које је неадекватно за директни пренос са ефектима *erga omnes* у европским правним системима, која немају стварно-правни (*in rem*) третман потраживања, док је други њроблем дуална њприрода факторини њосла, који се остварује у своје две димензије – облигационо-правној и својинско-правној димензији.

1. Први проблем факторинг посла односи се на њијњање њравне њприроде самој њоњраживања као објекта (предмета чинидбе) код уговора о факторингу, односно проблем преноса права својине на праву.¹³ Потраживање као имовинско право нема

13 У европској правној традицији постоји више система за пренос права својине на основу уговора о продаји, па специфичности сваког од њих утичу и на стицање власништва на потраживањима. У теорији, као и у националним правним системима разликују се два основна схватања по питању преноса права својине. Једно је изражено у тзв. систему стварно-правног дејства уговора, док је други систем облигационо-правног дејства уговора о продаји. Према првом систему, својина прелази на купца у часу закључења пуноважног уговора, у моменту када се странке сагласе о предмету и цени (*solo consensu*) и ово је тзв. *систем стварно-њравној дејства њродаје* који је заступљен у француском праву. Слично решење постоји и у италијанском праву, с тим што се не примењује на будуће и на генеричне ствари које морају и да се индивидуализирају, па је интервенција и француског и италијанског законодавца у погледу факторинг посла ишла у том правцу, тј. у правцу омогућавања преноса укупних и будућих потраживања. Дакле, према првом систему преноса права својине, својина прелази на купца у часу када је уговор закључен, с тим што су ово диспозитивна правила, па их уговорне стране могу мењати. Према другом систему, тзв. *систему облигационо-њравној дејства њродаје*, поред закљученог уговора о продаји, за прелаз права својине неопходна је и одговарајућа радња продавца (предаја ствари или регистрација). Према овом систему потребна су два корака како би се пренос права својине реализовао, неопходан је ваљани правни основ за пренос, тј. уговор (*iustus titulus*) и други корак је одговарајући начин стицања ствари (*modus acquirendi*). Овај систем важи и у домаћем праву. У немачком праву је систем облигационо-правног дејства уговора о продаји дошао и до своје крајности, коју оличава тзв. принцип апстракције. Овај принцип немачког права заснован је на прихваћеном ставу о потпуно апстрактном дејству уговора, и он одваја радње закључења уговора од друге радње. На основу овог принципа се сматра да стварно-правно дејство настаје и независно од постојања или непостојања уговора, као и независно од пуноважности уговора. Постоје заправо два посла, један је облигационо-правни уговор а други посао доводи до настанка права својине, и то је други апстрактни, диспозитивни уговор, након кога треба да уследи располагање односно предаја ствари. У већини европских кодификација грађанског права потраживања се преносе консенсуалним путем (*најчешће без формалној уговора*) па основ (*iustus titulus*) уступања потраживања представља сам облигационо-правни уговор, тако да од пуноважности уговора којим се потраживање преноси зависи и пуноважност преноса потраживања. На другој страни се налазе права која познају тзв. принцип апстрактности, по коме је само уступање потраживања независно од каузалног уговора о уступању, као што су немачко и швајцарско право. Аустријско право прави разлику између стицања права својине и предаје ствари. Код предаје разликује се предаја покретних и непокретних ствари, па су за покретне ствари могућа три начина предаје, и то физичка

материјалну природу, па стога, предаја као начин преноса права својине на покретним стварима, односно упис у јавне књиге за непокретности ствари, као начини преноса права својине, нису прикладни за пренос својине на правима.

2. Други проблем је *дуална природа факторинг посла* који има своју облигационо-правну али и своју стварно-правну димензију. У својој *облигационо-правној равни* факторинг има више функција, и то су наплата потраживања (*collection*), гарантовање (обезбеђење наплате) тј. *del credere* функција, финансирање уступиоца кроз аванс или зајам (*financing*) и вршење услуга за уступиоцу (*outsourcing*). *Факторинг је обично „кокџел“* најмање две, некада три функције, а у свом изворном (америчком облику „*full service factoring*“) факторинг је комбинација све четири функције. И поред мноштва својих функција и могућности да се те функције у једном послу међусобно комбинују, ова димензија факторинга изазива у пракси и у правном окружењу најмање неспоразума и проблема. Од комбинације ових елемената зависи и облик факторинг посла. Ова је димензија факторинг посла уједно и спољашња еманација уговора о факторингу и односи се на права и обавезе уговорних страна.

Поред мноштва могућности које пружа облигационо-правна димензија факторинга, у својој другој димензији тј. у *својинско-правној еманацији* факторинг пружа само две могућности – то су продаја потраживања фактору (*sale of receivables*) и пренос потраживања фактору као обезбеђења зајма или аванса (*security assignments*). Постоје само две могућности, а оне се међусобно искључују, *не могу се међусобно комбиновати*, али парадоксално, ова равна факторинга изазива највише неспоразума и најмање је осветљена, како у пракси, тако и у правном амбијенту, као и постојећој регулативи факторинг посла.¹⁴

предаја, симболична предаја и одговарајућа изјава. Предаја непокретних ствари се врши уписом права својине у земљишне књиге. У ову групу права спада и домаће право, као и шпанско, холандско и руско право. Више о томе: В. Круљ, *Дејствија уговора о кућној продаји*, Институт за упоредно право, Београд, 1972; С. Вукадиновић, К. Јовичић, „Критеријуми квалификације уговора о међународној продаји робе и питање меродавног права“, *Страни правни животи*, бр. 2/2010, стр. 177–188.

14 Т. Миленковић-Керковић, Ж. Атанасковић, *нав. дело*, стр. 89–105.

IV Почетни успех и актуелно опадање пословне праксе факторинга и регулатива уговора о факторингу у Србији

У Републици Србији факторинг постоји од 2006. год. када је овим послом почела да се бави специјализована факторинг компанија ПРВИ ФАКТОР д.о.о., да би након те прве фактор-куће и почетних 150 милиона евра обрта у 2006. год. до скоро у Србији пословало више од петнаест факторинг привредних друштава и банака, које су у 2012. год. оствариле укупан обрт од 950 милиона евра.¹⁵ Последње две године, међутим, делатност факторинга опада, пре свега због везивања фактора за судбину великих привредних система (Интеркомерц, Беохемија, Унифарм и др.), али и услед непостојања адекватне заштите правног положаја фактора кроз приоритет у наплати. У 2013. год. факторинг промет је забележио пад, а према подацима Секције за факторинг Привредне коморе Београда тај је обрт у 2013. год. био близу 680 милиона евра. У 2014. год. факторинг пословање је забележило даљи пад, три куће су престале са радом, тако да је у регистар факторинга уписано десет факторинг компанија, као и Агенција за осигурање и финансирање извоза (АОФИ). Према проценама, обрт у оквиру факторинг пословања не износи у 2014. год. више од 500 милиона евра, што је готово упола мање у односу на промет остварен у 2012. год.¹⁶ У структури промета значајно је опао међународни факторинг, а факторинг са правом на регрес је доминантан облик, чиме се све више гаси функција обезбеђења наплате, што говори о несигурном положају фактора, и њиховој неспремности да преузму ризик наплате. Несигуран положај повериоца као системски проблем српске привреде је и темељни узрок опадања факторинг индустрије у Србији. Једна од најава је и увођење трансакција осигурања потраживања које до сада није постојало у Србији. У Србији доминира домаћи факторинг, чије је учешће 95% у односу на све закључене послове, а апсолутно доминантна форма је факторинг са правом на регрес. „Регресни“ факторинг, као тип посла у коме се губи гаранцијска улога

15 Према подацима FCI у Републици Србији остварен е обрт од 950 милиона евра у 2012. год., док је према подацима Удружења финансијских организација – Секције за факторинг при Привредној комори Београда факторинг промет у 2012. год. износио 711,6 милиона евра, с тим што недостају подаци за један број банака и факторинг кућа. Видети: Привредна комора Србије, Удружење финансијских организација – Секција за факторинг, *Факторинг у промету у 2012. год.*, 26.2.2013. год., Београд, стр. 1.

16 Видети извештај са проширене седнице Секције за факторинг при Привредној комори Београда, децембар 2014. год., http://www.kombeg.org.rs/aktivnosti/udr_fin_org/Detailjnije.aspx?veza=14038, приступ 8.4.2015. год.

факторинга је у 2013. год. остварио близу 80% у односу на укупан промет свих закључених факторинг уговора. У техници наплате доминира есконт менице у односу на есконт фактуре. Према секторској структури највеће учешће има трговина (22,93%), грађевинарство (8,12%), прехрана (15,85%), прерађивачка (8,16%), затим металска индустрија, хемијска индустрија и остало.¹⁷ Опште карактеристике факторинга у Србији су доминација домаћег факторинга, факторинга са регресом, као и коришћење менице, како приликом саме наплате путем есконта менице, или као обезбеђење регресног права фактора.

Финансијско тржиште Републике Србије, оцењено од стране економиста као „плитко“ а које се суочава са дубоким проблемима, који су последица стања српске привреде, показало се до скоро као веома атрактивно за развој факторинг посла. Домаћи законодавац је на изазове које ствара уговор о факторингу у домаћем правном окружењу, као неименован уговор домаћег права, одговорио тако што је, након вишегодишњих бројних иницијатива, као и већег броја нацрта текста закона, утврдио предлог текста Закона о факторингу који је од стране Скупштине Републике Србије усвојен 16. јула 2013. год. и објављен у Службеном гласнику Републике Србије бр. 62/2013. Тако је Србија ушла у ред малобројних европских земаља (Италија, Француска, Грчка, Португал, Турска) које су факторинг посао регулисале посебним законом као *lex specialis*.

V Проблеми факторинг посла у Србији након доношења Закона о факторингу

Због чега је факторинг посао значајна финансијска алтернатива предузећа у условима опште неликвидности?

Факторинг као алтернативу кредитног посла на Западу углавном користе мала и средња предузећа, за разлику од Србије где су и уступоици, а и дужници углавном велики системи. Поред осталог, факторинг омогућава финансирање из активе предузећа, а не кроз додатно задуживање. Средства се одобравају брзо, процедура није сложена, камате су мање него код кредита, предузеће се ослобађа проблема са наплатом, код факторинга без регреса наплата се гарантује, а основ за доношење одлуке о финансирању предузећа није квалитет имовине уступоица (што је случај код кредита) већ квалитет, тј. ликвидност његовог дужника.

17 Резултати анкете о промету факторинга за 2013. год., Привредна комора Србије, Удружење финансијских организација – Секција за факторинг, Београд, 20.2.2014. год.

Било би веома погрешно закључити да било који од описаних проблема са којима се факторинг посао суочава последње две године у нашој земљи, представља последицу регулативе факторинг посла која је извршена Законом о факторингу. Ова регулатива није била ни исхи-трена ни неадекватна. Напротив, овај је Закон, отклонио бројне про-блеме који су у пракси постојали, и унео преко потребну сигурност. Иако је пропустио да регулише и разјасни и нека од значајних, па и концепцијских питања, утицај овог српског *lex specialis* свакако је био позитиван за правни амбијент факторинга у Србији.

Закон о факторингу, који је дуго година припреман и то од стра-не самих фактора и њихове асоцијације – Секције за развој факторинга Удружења финансијских организација при Привредној комори Београ-да, успео је да реши многа од отворених питања које је постављао овај неименовани правни посао.

Поред дефиниције факторинга, његових облика, дефиниције и еле-мената уговора о факторингу, субјеката у послу, врсте потраживања која се могу преносити, установљавања регистра фактора, статусно-правних питања, услова за обављање и контроле пословања фактор друштва, права и обавеза уговорних страна, једно од решења најзначајнијих за по-словну праксу а које је донео Закон о факторингу Републике Србије, је и онемогућавање правног дејства уговорне забране преноса потраживања уговором између дужника и уступеоца (*pactum de non cedendo*).¹⁸

Поред доследних и корисних решења, постоје, међутим и бројни пропусти српског *lex specialis*, који оправдавају доношење регулативе којом би се уговор о факторингу унео у одредбе Преднацрта Грађанског законика Србије.

Пре свега, то је потреба да се концепцијски пружи појам уговора о факторингу, као посла којим се не само врши продаја потраживања фактору, већ је потребно обухватити и другу димензију посла факто-ринга, као уговора којим се преноси потраживање као обезбеђење зајма или аванса датог уступеоцу од стране фактора. Овај други варијетет уго-вора о факторингу је заправо кредитни тип овог посла, односно факто-ринг као облик обезбеђеног зајма. Ова је димензија искључена из појма који пружа Закон о факторингу. То је од посебног значаја, јер се највећи број уговора о факторингу у пословној пракси управо закључује кроз овај варијетет факторинг посла. Поред тога, од можда и већег је значаја омогућавање фактору који је потраживање преузео без права на регрес да стекне приоритет у наплати потраживања у односу на сва трећа лица.

18 Т. Миленковић-Керковић, Ж. Атанасковић, „Дуална природа факторинг посла и домети српског Закона о факторингу Републике Србије“, *Право и привреда*, бр. 5/2014.

То је могуће само кроз систем регистрације пренетих потраживања, од кога је донети Закон о факторингу, нажалост, одустао.

VI Решења у одредбама за уговор о факторингу у Преднацрту Грађанског законика Србије

Овим се предлогом одредаба за уговор о факторингу дефинишу не само постојећа и будућа, целокупна и делимична, недоспела потраживања, већ се и *досјела крајкорочна новчана појављивања* уносе у предмет факторинг посла, што је у Закону о факторингу остало нејасно, и подложно је тумачењу. Треба поменути да се једна посебна врста факторинг посла, тзв. *maturity factoring* заснива на откупу или преузимању доспелих потраживања, па је потребно и њих укључити у предмет овог уговора.

Врло је значајно дефинисати факторинг као финансијску трансакцију, која је независна од комерцијалне трансакције из основног посла између уступеоца и дужника, јер и након доношења Закона о факторингу, фактори имају проблем да се, услед неразумевања природе трансакције, на факторе и даље примењују ограничења из Закона о роковима измирења новчаних обавеза из комерцијалних трансакција.¹⁹

Предлог одредаба за уговор о факторингу у Преднацрту Грађанског законика Србије имају за циљ да укажу експлицитно на све функције факторинг посла, као и да обухвате оно што и у пракси постоји, а пропуштено је решењем Закону о факторингу, наиме, да се и продајни, а још више облик факторинга као обезбеђеног зајма, може остварити у оба облика, како у облику факторинга са правом на регрес, тако и као факторинг без регресног права. Овај је други облик потпуно запостављен у пословној пракси, управо због несигурног правног положаја фактора, као повериоца са веома slabим могућностима обезбеђења. Замирањем факторинга без права на регрес у српској пословној пракси, истовремено одумире и гаранцијска функција факторинга, а самим тим и међународни факторинг.

Битни елементи уговора о факторингу, присутни и у Закону о факторингу су решењима у Преднацрту усклађени са актуелном праксом, а такође је отклоњено некада присутно али и погрешно поистовећивање уговора о факторингу са кредитним послом или са уговором о зајму.

Одредбама које се односе на уговор о факторингу су у Преднацрту ГЗ јасно и концепцијски исправно уређена питања преноса и дејства преноса потраживања. То се односи како на врсте потраживања која

19 Службени гласник РС, бр. 119/2012.

се могу преносити, тако и на начин на који се она преносе. У складу са решењима ЗОО уређен је пренос споредних права, као што су и потврђена добра решења из Закона о факторингу о забрани вишеструког преноса потраживања, а такође, потврђено је укидање правног дејства забране преноса потраживања из основног уговора.

Питање обавештавања дужника је уређено прецизније него у постојећем Закону, уз очување правне сигурности фактора, а унета је и еластичнија, и за пословну праксу адекватнија могућност, да дужника, по овлашћењу уступеоца, може о уступању потраживања да обавести и сам фактор (а не само уступилац, што представља позитивно-правно решење, које често отежава извршење трансакције). Начело нотификације дужника допуњено је захтевом за добијање потврде о томе да је дужник обавештен, што је услов за правно перфектан пренос потраживања на фактора.

Најзначајније питање у вези са дејством преноса потраживања је што је остављена могућност фактору, да код оба облика факторинга – код продајног типа факторинга и код преноса потраживања као обезбеђења – да, уколико се ради о уговору о факторингу без права на регрес, фактор може регистрацијом потраживања да стекне право на привилеговану наплату у односу на трећа лица, као и положај разлучног повериоца у стечајном поступку.

Концепцијска доследност у одвајању два основна типа факторинг посла спроведена је и јасним одвајањем ових послова код решења проблема постојања права на регрес фактора, уколико уговором то питање није решено. Код уговора о факторингу код кога се потраживање продаје, тј. код факторинг посла код кога фактор стиче право својине на потраживању, унета је оборива правна претпоставка да се ради о уговору без права на регрес. Обрнуто, код факторинга код кога фактор преузима потраживање клијента само као обезбеђење исплаћеног износа, претпоставља се да право фактора на регрес постоји. Ова норма је диспозитивна и може се променити вољом уговорних страна, што значи да се оба облика могу закључити у пракси са или без права на регрес. На овај је начин фаворизован додатно факторинг без регресног права, којим се учвршћује гаранцијска функција факторинга која се готово узгубила у условима неликвидности домаће привреде.

Положај дужника је у одредбама решења за уговор о факторингу из Преднацрта, за разлику од позитивно-правног решења детаљно уређен, па су права дужника и експлицитно заштићена, очувањем права на приговор према фактору, права на компензацију и др. а предвиђена је могућност да се дужник ових права одрекне.

Права и обавезе уступеоца и фактора су изложене прегледно, у светлу могућих функција посла, како би се оне осветлиле и потенцира-

ле (наплата, гарантовање наплате, услуге, финансирање), а експлицитно је указано на неке од варијетета, и то на факторинг са и без права на регрес, на обрнути факторинг, као и на сукцесивни факторинг. Тиме, наравно, нису искључене могућности за закључивање у пракси и других врста попут „тихог“ факторинга, факторинга доспелих потраживања и др. Прецизиране су, за разлику од постојећег Закона о факторингу, обавезе и права уступиоца из закљученог уговора о факторингу. То су, пре свега, обавезе гарантовања за постојање и основаност потраживања, диспозитивност претпоставке гарантовања уступиоца за наплативост потраживања, гаранција да потраживање није већ пренето другом фактору, као и да је потраживање ослобођено приговора, терета и осталих права трећих лица. У случају прикривања тих информација, уступилац има обавезу регреса према фактору и код уговора о факторингу закљученог без права на регрес. Прецизиран је и тренутак на који се односе пружене гаранције уступиоца у односу на права која преноси фактору, као што је потврђено његово право да од фактора прими разлику између наплаћене вредности потраживања и онога што му је фактор исплатио у виду зајма или аванса.

Регулисана су и правила у погледу престанка уговора о факторингу, као и питање аутоматске обнове уговора о факторингу, која је могућа само када је то изричито уговорено између уступиоца и фактора (тзв. револвинг факторинг).

VII Закључак

Уговор о факторингу у Србији регулисан је *lex specialis* који је унео преко потребан ред у ову област, и специфичним нормама регулисао сложу трансакцију факторинг посла. Поред бројних квалитетних решења о којим је било речи, овај је Закон у појам факторинг посла укључио само продајни тип факторинга, код кога фактор купује потраживање од клијента, док је други тип уговора о факторингу као посла обезбеђеног зајма искључен из законског појма факторинг посла и препуштен аутономији воље. Међутим, тип факторинг посла као уговора којим фактор купује потраживање, и постаје његов власник, најређе се закључује у српској пословној пракси. Услед недовољног обезбеђења правног положаја повериоца, фактори веома ретко преузимају и ризик наплате, због чега се готово 90% свих факторинг послова закључује са правом на регрес, чиме је услуга изгубила гаранцијску функцију. Са друге стране, природа потраживања као нематеријалног права онемогућава у домаћем правном систему да се право својине на потраживању стекне са дејством *erga omnes*, јер домаћи правни систем не познаје стварно-

правне ефекте преноса права својине на потраживању. Закон о факторингу је пропустио да те ефекте створи увођењем регистра пренетих тј. продатих потраживања који би и правно перфектуирао стварно-правно дејство продајне природе факторинг посла. Несигурност свог положаја, као новог власника потраживања, фактори превазилазе на тај начин што потраживање од клијента преузимају на наплату, али износ који клијенту авансно исплаћују дају као обезбеђени зајам, на који наплаћују камату и трошкове трансакције, а преузето потраживање, тек уколико буде наплаћено од дужника, постаје исплата зајма датог клијенту – повериоцу. У случају немогућности наплате, активира се право на регрес према клијенту – повериоцу.

Предлог решења за уговор о факторингу у Преднацрту Грађанског законика Србије, стога, регулише оба типа факторинг трансакције, и продајни тип факторинга, код кога уступилац фактору преноси право својине на потраживању, али и кредитни тип факторинг посла, код кога уступилац – клијент фактору уступа потраживање као обезбеђење зајма односно аванса који фактор исплаћује уступиоцу. У појам уговора о факторингу укључене су све функције факторинг посла, и то функција наплате, кредитирања, гаранцијска и *outsourcing* функција, и прихваћено решење Конвенције UNIDROIT о међународном факторингу, али и постојећег Закона о факторингу, о постојању факторинг посла у случају када постоје две од ове четири функције. Детаљно су уређена потраживања која се могу пренети, као и начин њиховог преноса, уз пренос споредних права и средстава обезбеђења. Потврђено је и решење Конвенције UNIDROIT и домаћег Закона о факторингу о неважности забране преноса потраживања из основног посла, као и забрана више-струког преноса потраживања. Омогућено је да обавештење дужника поред уступиоца може да врши и сам фактор, и прецизно утврђен третман преноса потраживања са уступиоца на фактора.

Као потпуно ново решење, које треба да омогући повраћај гаранцијске функције факторинга и унесе сигурност у правни положај фактора, је оно по коме уколико је уговор о факторингу конципиран без права на регрес, без обзира на то да ли се ради о продаји потраживања или о факторингу као обезбеђеном зајму, уписом у регистар пренетих потраживања фактор стиче право на првенствену наплату у односу на све друге повериоце дужника, као што и у случају insolventности дужника и отварања стечајног поступка над имовином дужника, фактор стиче положај различног повериоца. Ово је потпуно ново решење, чији је циљ да учврсти и пружи приоритет положају фактора који је потраживање преузео без регресног права, и тиме преузео сав ризик наплате. Европска искуства показују да је ово једини начин да се факторов

правни положај учврсти а тиме смање притисци на клијента – уступиоца. Тек овим кораком, тј. правном заштитом фактора као обезбеђеног повериоца, могуће је искористити значајне потенцијале факторинг услуге у финансирању и гарантовању наплате привредним субјектима.

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

FACTORING AGREEMENT IN THE SERBIAN PRE-DRAFT OF CIVIL CODE

Summary

The paper points to the need for comprehensive regulation of factoring agreements with the aim of affirming the guarantee function of the factoring transaction, which is due to unsecured positions of factors neglected in business practice. Unlike the Law on Factoring where factoring is seen as a sale of receivables transaction, the decision of the preliminary draft includes both varieties of factoring business – sales type of factoring in which factor becomes the owner of the receivable, as well as a variety of factoring as the secured loan, which is much more prevalent in the Serbian business practice. The solution is given the opportunity to be at the factoring agreements concluded with no right of recourse, the factor upon registration of transfer of credit provides the position of privileged creditor. This position allows the primary factor entitled to payment in respect of all other creditors of the debtor, as in the case of insolvency of the debtor and the bankruptcy proceedings against the debtor's assets factor acquires the position of a secured creditor.

Key words: *factoring agreement, receivable, right to recourse.*

Ивана МАРТИНОВИЋ, LL.M.

докторанд Правног факултета Универзитета у Београду,
сарадник у настави на Факултету правних наука Универзитета
Доња Горица у Подгорици

НЕПОШТЕНЕ ОДРЕДБЕ У ПОТРОШАЧКИМ УГОВОРИМА

Резиме

Црна Гора је, поштивањем Споразума о стабилизацији и придруживању са Европском заједницом и њеним државама чланицама, преузела обавезу да свој правни поредак усклади са правном тековином Европске уније, те да, између осталога у свој правни систем имплементира правила која су садржана у Директиви 93/13/ЕЕС, а која се односе на некоректне клаузуле у потрошачким уговорима. Како је ова материја у Црној Гори регулисана Законом о заштити потрошача, потребно је установити степен усклађености одредаба овог закона, које се односе на даљу материју, са Директивом. Имајући у виду да је ријеч о Директиви која предвиђа минималну хармонизацију, предмет овог рада је утврђивање степена усклађености Закона о заштити потрошача Црне Горе са Директивом 93/13/ЕЕС, посебно водећи рачуна о могућим одступањима, уз најомену на којим мјестима је црногорски законодавац могао ово питање регулисати на строжи начин, уручајући потрошачима већи степен заштите. Регулишући даљу материју црногорски законодавац се углавном ослања на рјешења у Директиви, уз одређена одступања која се крећу у два правца, и то у правцу уручања потрошачима веће заштите, те на једном мјесту у правцу уручања потрошачима слабије степена заштите него што је то учињено самом Директивом.

Кључне речи: непоштене уговорне одредбе, заштити потрошача, степен усклађености.

I Уводна разматрања

У условима савремене производње, промета робе и пружања услуга, који захтијевају једноставније, јефтиније и брже закључивање уговора, гдје није риједак случај да потрошачи, као економски слабија страна само приступају уговору чију садржину претходно одређује продавац или давалац услуга,¹ створила се потреба доношења правила којима ће се допринијети смањењу неравнотеже која постоји између уговорних страна у тржишним односима и обезбиједити заштита потрошача. Сљедствено томе, посебан елемент ове заштите представља правна заштита економских интереса потрошача, а иста се између осталог,² може реализовати кроз обезбјеђивање да „у уговорима које продавци и пружаоци услуга закључују с потрошачима не буде одредаба које се квалификују као неправичне.“³

Масовно коришћење формуларних уговора⁴ гдје једна, по правилу економски јача, уговорна страна „унапријед одређује елементе и опште услове уговора преко једне опште и сталне понуде, а друга страна само приступа тако учињеној понуди“⁵ посљедица је реализације циљева које намеће савремено пословање, које се испољава кроз потребу за јефтинијим, бржим и једноставнијим закључивањем уговора и стварања јединственог тржишта. Најчешће, уговори које саставља једна страна, продавац робе или пружалац услуга, садрже дијелом у себи непоштене уговорне одредбе које она уноси у уговор ради јачања свог економског и

- 1 Силвија Петрић, „Концепт непоштених уговорних одредби с посебним освртом на потрошачке уговоре“, у: В. Томљеновић, С. Петрић, Е. Мишћенић (ур.), *Непоштенe уговорне одредбе Европски стандарди и хрватска пракса*, Ријека, 2013, стр. 17.
- 2 „Да би се потрошачи, дакле свако од нас, заштитио потребно је спровести низ врло различитих активности: обавјештавати потрошаче о свему оном што може имати утицаја на њихов положај на тржишту, едуцирати их, омогућити им да судјелују у осмишљавању мјера које би могле на њих утицати, организирати, и потпомагати организације којима је сврха заштита интереса потрошача“. Марко Баретић, „Заштита потрошача у Европској Заједници“, *Европско приватно право*, Загреб, 2002, стр. 147.
- 3 Марија Караникић, „Неправичне одредбе у потрошачким уговорима“, *Правни каиациони Србије за европске интеграције*, 2009, стр. 129.
- 4 Више о формуларним уговорима: Слободан Перовић, *Облиационо право*, Београд, 1990, стр. 217–225; Слободан Перовић, *Коментар Закона о облиационим односима, књига прва*, редактори: Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић, Правни факултет Крагујевац и Културни центар Горњи Милановац, 1980, стр. 454–461; Марко Ђурђевић, „Општи услови уговора и заштита потрошача“, у: Миодраг Мићовић (уредник), *Зборник radova Od caveat emtor go caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 245–263.
- 5 Слободан Перовић, *Коментар Закона о облиационим односима*, стр. 455.

правног положаја⁶ на штету стране која приступа истом, док потрошач, као слабија страна, углавном нема право да утиче на садржину уговора⁷ већ једино може да се одлучи између могућности да закључи или одбије тако састављен уговор.⁸

Као резултат претходно наведеног наметнула се потреба стварања адекватног правног оквира овог института који ће садржати правила која ће на потпун и сврсисходан начин регулисати материју уговорног потрошачког права и то првенствено како би се пружила потпуна заштита потрошачима који се као економски слабија и неинформисанија страна налазе у знатно неповољнијем положају у односу на професионалне продавце робе или пружаоце услуга који диктирају услове пословања. Доношењем Директиве 93/13/ЕЕС⁹ о некоретним уговорним одредбама (у даљем тексту Директива) „ради усклађивања уговорних права држава чланица у погледу ништавости неправичних општих одредаба потрошачких уговора“,¹⁰ направљен је први корак уједначавања уговорног права¹¹ и велики допринос заштити потрошача.¹² Како је ова материја у Црној Гори регулисана Законом о заштити потрошача (у даљем тексту ЗЗП) у следећем дијелу текста посветићу се утврђивању степена усклађености одредаба овог закона са Директивом, истичући на којим мјестима је црногорски законодавац, уређујући ову материју, одређена питања могао регулисати строже у смислу пружања већег степена заштите потрошачима.

6 С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 20.

7 „У пословној пракси трговци у потрошачким уговорима допуштају преговарање (дакле утицај потрошача) једино везано уз одређење једног од понуђених типова робе или услуга и евентуално цијене, а понекад нити то.“ *Ibid.*

8 Јелена Вилус, „Закон о заштити потрошача Србије и прописи Европске уније“, *Нова законска решења у области заштите потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 234.

9 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, 21.4.1993.

10 М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 130.

11 Уједначавање уговорног потрошачког права има двојак циљ и то стварање јединственог европског тржишта са једне стране, те постављање јаке полазне основе заштите циљева потрошача, са друге стране и то између осталог имплементацијом Директиве о неправичним уговорним одредбама у национална законодавства држава чланица. Vanessa Mak, „A Shift in Focus: Systematisation in European Private Law through EU Law“, *European Law Journal*, Vol. 17, No. 3, 2011, стр. 409.

12 О значају које је доношење Директиве имало за право Европске заједнице више код: М. Баретић, „Заштита потрошача у Европској Заједници“, стр. 167, 168.

II Степен усклађености одредаба Закона о заштити потрошача са Директивом

1. Поље примјене Директиве

a) Појам *потрошача* и *трговца* или *даваоца услуга*

Директива ће се примјењивати само на потрошачке уговоре, тј. уговоре у којима се у својству уговорних страна јавља потрошач и продавац робе или давалац услуга.

Како су уговорне стране код потрошачких уговора, према Директиви и ЗЗП, потрошач и продавац робе или давалац услуга, једно од кључних питања на које је требало одговорити приликом регулисања ове материје јесте питање која лица ће се сматрати потрошачем¹³ и продавцем, односно даваоцем услуга у смислу овог института.

Под појмом потрошача у свијетлу ове Директиве се сматра „свако физичко лице које у уговорима на које се ова Директива односи дјелује у сврхе које су ван сфере његовог обрта, пословања или професије“ (чл. 3 ст. 1). У складу да Директивом и Европски суд правде такође стоји на становишту да се под појмом потрошача могу подразумевати искључиво физичка лица.¹⁴

Овакво одређење појма потрошача је критиковано у теорији, гдје се посебно истицало да регулисање овог питања на претходно наведени начин знатно сужава поље примјене Директиве.

Тачније, са једне стране наилазимо на мишљење да под појмом потрошача у контексту овог института није адекватно сматрати само физичка лица, већ да се заштита у случају уговарања неправичних одредаба треба пружити и правним лицима уколико разлози правичности то налажу. „Тако се, у правној књижевности учестало пропитује не би ли ону заштиту коју уживају потрошачи требало пружити малим и средњим предузетницима кад улазе у правне односе са великим трговцима будући да и у тим односима постоји иста она разна неравнотеже која уобичајно постоји у односу између трговца и потрошача.“¹⁵ Као релевантан критеријум који се треба узимати у обзир приликом оцјењивања да ли се поље примјене ове Директиве треба проширити и на правна лица, наводи се околност да такав уговор у битном има обиљежја потро-

13 Више о појму потрошача, *Ibid.*, 155–158.

14 М. Караникић, *нав. чланак*, 134.

15 М. Баретић, „Заштита потрошача у Републици Хрватској – тренутно стање и перспективе“, у: Миодраг Мићовић (уредник), *Зборник радова Ог caveat emtor go caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 92.

шачког уговора, да не постоји код датог правног лица намјера стицања профита, тј. да не ступа у уговорни однос ради реализације пословне дјелатности, те да се та страна која закључује уговор са трговцем налази у знатно неповољнијем економском положају у односу на њега, тј. да представља слабију страну.¹⁶ „У складу са тим, потрошач је само она особа која уговор закључује са сврхом која је ван његовог пословања и професије“;¹⁷ независно од тога да ли је ријеч о физичком или правном лицу.

Са друге стране, постоји и критика претходно наведеног начина одређивања појма потрошача у другом дијелу, тј. дијелу којим је предвиђено да ће се под потрошачем сматрати свако физичко лице које закључује уговор са продавцем или пружаоцем услуга „*ван сфере његове дјелатности, или професије*“. На овај начин могућност заштите од неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима је сведена само на ситуације кад је потрошач ствар, која је предмет уговора, прибавио искључиво у сврхе задовољавања личних потреба. Овдје је предложено да се под појмом потрошача подразумијевају и лица која ступају у уговорни однос претежно изван своје дјелатности и професије или заната, те да се предвиди примјена Директиве и на оне ситуације када је код потрошача постојала намјера за прибављањем одређене ствари ради коришћења исте у приватне сврхе, иако је тек повремено исту употребио у пословне сврхе.¹⁸

Црногорски законодавац предвиђа да се под појмом потрошача сматра свако „физичко лице које закључује правни посао или дјелује на тржишту у сврхе које нијесу намијењене његовом занимању или пословној дјелатности“ (чл. 2 ЗЗП).¹⁹ Самим тим, на овом мјесту можемо констатовати да постоји усклађеност ЗЗП са Директивом, макар када је ријеч о појму потрошача.

Оно што је важно овдје истаћи јесте да је од тренутка доношења Директиве до тренутка доношења црногорског ЗЗП протекао дугогодишњи период. Сљедствено томе, црногорски законодавац приликом регулисања овог питања имао је прво јаку основу у Директиви, а затим и у предлозима правних теоретичара у којем дијелу би се постојеће рјешење у Директиви требало измијенити или допунити.

16 С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 13.

17 Невенко Мисита, „Право заштите потрошача Европске заједнице“, у: Здравко Гребо (уредник), *Елементи европској права*, Сарајево, 1994, стр. 126.

18 М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 136.

19 Закон о заштити потрошача (*Службени лист ЦГ*, бр. 01-1974/2 од 23. децембра 2013. године, даље у фуснотама ЗЗП). Доступно на адреси: <http://www.cezap.org/wp-content/uploads/2014/04/NOVI-ZZP1.pdf>.

Чињеница да је ријеч о директиви минималне хармонизације, пружала је могућност црногорском законодавцу да регулише ово питање на другачији начин, узимајући у обзир постојеће критике, а не слијепо ослањајући се на постојеће рјешење у Директиви, те да заштиту предвиђену ЗЗП пружи ширем кругу лица.

Наш законодавац је питање која лица ће се сматрати потрошачима, у контексту овог института, требао регулисати по угледу на Закон о заштити потрошача Републике Србије из 2005. године.²⁰ Прецизније, овим законом је било предвиђено да се под појмом потрошача осим физичких лица сматрају и привредна друштва, предузећа, друга правна лица и предузетници под условом да набављају производ или услуге за сопствене потребе.²¹ Као што можемо закључити, полазни критеријум приликом одређења појма потрошача, оvdје, јесте сврха због које се набавља производ или услуга.

Тачније, приликом оцјењивања да ли у конкретном случају правном лицу треба признати својство потрошача, у контексту овог института, требало би полазити од три критеријума и то: да постоји очигледна диспропорција у односу економских снага и моћи уговорних страна; да код лица које прибавља производ или услугу не постоји намјера стицања профита; да оно дјелује изван своје дјелатности или занимања.

Вјерујем да постављање полазних критеријума за одређивање појма потрошача на овај начин има за резултат да намјера због које физичко или правно лице ступа у уговорни однос са продавцем робе или пружаоцем услуга, оvdје игра одлучујућу улогу. Односно, у спорним ситуацијама, приликом оцјењивања да ли се одређеном лицу признаје заштита од неправичних одредаба у уговорима предвиђена ЗЗП, треба цијенити његову намјеру. Самим тим, независно од тога да ли је у конкретном случају лице посредно употребило ствар која је предмет датог уговора у пословне сврхе, све док је намјера и разлог прибављања исте употреба у личне сврхе, оно ужива положај потрошача у смислу овог института. Уз испуњеност претходно наведених услова, оvdје би требало бити ирелевантно да ли је ријеч о физичком или правном лицу.

20 У новом Закону о заштити потрошача РС (чл. 5 ст. 1) је предвиђено да је „потрошач физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.” Тачније, одговор на питање која лица ће се сматрати под појмом потрошача у новом ЗЗП РС је одговорено на исти начин као што је то урадио и црногорски законодавац. Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014 од 13.6.2014. Доступно на адреси: http://www.ceps.rs/media/pdf/ZZP_cir.pdf.

21 Преузето од: Мирјана Кнежевић, „Општи услови уговора и заштита потрошача“, у: Миодраг Мићовић (уредник), *Зборник радова Og caveat emtor go caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 126.

Овдје можемо закључити да би правично рјешење, које би одговарало сврси доношења Директиве и стварној потреби регулисања ове материје, било рјешење којим би се предвидјело да се под појмом потрошача сматрају физичка и правна лица која закључују правни посао или дјелују на тржишту изван свог занимању или пословне дјелатности, независно од тога да ли су одређену ствар коју су прибавили у личне сврхе повремено користили у оквиру своје дјелатности или занимања.

У чл. 2 ц Директиве је предвиђено да су продавац или давалац услуга „физичка или правна лица која у уговорима на које се ова Директива односи, дјелују за сврхе свог обрта, пословања или професије, без обзира да ли је ријеч о јавном или приватном власништву“. Црногорски законодавац је у ЗЗП појмом трговца обухватио „лица која закључује правни посао или дјелују на тржишту у оквиру своје пословне или друге комерцијалне дјелатности“.

б) Нејошћене уговорне одредбе

Поље примјене Директиве органишава се само на диспозитивне уговорне одредбе²² у уговорима који су закључени између продавца робе или даваоца услуга са једне и потрошача са друге стране (чл. 1 Директиве), те се не односи на одредбе које су настале као резултат поштовања принудних прописа држава чланица или одредаба и начела међународних конвенција које су потписане од стране држава чланица или Заједнице (члан 2).

Директива се примјењује само на потрошачке уговоре, тј. уговоре у којима се у својству уговорних страна јављају продавац робе или пружалац услуга и потрошач.

Доношењем Директиве и њеним имплементирањем у национална законодавства држава чланица имало се за циљ доношење правила којима ће се пружити заштита потрошачима који иступају на тржиште као економски слабија страна. Тачније, овдје се имало за циљ проналажење начина контроле пословања у условима стално заступљене неравнотеже у економском положају и правима и обавезама уговорних страна. Сљедствено томе, потреба онемогућавања продавцима или пружаоцима услуга да користећи такво стање неравнотеже искоришћавају свој положај на штету потрошача и да у циљу јачања свог економског и правног положаја уносе у уговоре неправичне одредбе,²³ резултирала је доношењем правила којима ће се овај степен неравнотеже смањити, између осталог, кроз контролу правичности одредаба које саставља продавац робе или пружалац услуга док потрошач само приступа истим.

22 М. Баретић, „Заштита потрошача у Европској Заједници“, стр. 168.

23 С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 15.

Сходно томе, једно од кључних питања које се наметнуло приликом доношења Директиве, а потом и приликом њеног имплементирања у црногорско законодавство, јесте на који начин се може обезбиједити контрола правичности уговорних одредаба чију садржину је одредио трговац или пружалац услуга, који је по правилу у повољнијем положају у односу на потрошача који није утицао на садржину истих.

У теорији се спомињу три метода помоћу којих се може вршити контрола правичности одредаба о којима се није појединачно преговарало²⁴ и то:

- путем постављања опште одредбе неправичности, тј. општих критеријума чију испуњеност ће суд цијенити у сваком конкретном случају приликом утврђивања неправичности дате уговорне одредбе;
- постављањем црне листе неправичних одредаба, које представљају *negative list* истих у потрошачким уговорима;
- одређивањем тзв. сиве листе неправичних одредаба која не представља таксативно навођење истих, већ само примјера ради наводи поједине одредбе које ће се сматрати неправичним уколико испуњавају критеријуме који су дати у општој одредби неправичности.²⁵

Директива, а у складу са њом и црногорски законодавац у ЗЗП, приликом давања одговора на питање шта ће се подразумевати под непоштеним уговорним одредбама поставља општу одредбу непоштености у комбинацији са навођењем сиве листе непоштених одредаба²⁶, која представља неку врсту водича који може послужити приликом оцјене да ли се ради о непоштеним одредбама. Листа је отворена, што значи да се непоштеним могу сматрати и друге одредбе које испуне кумулативне услове из опште непоштене одредбе²⁷.

24 Милена Јовановић-Заттила, „Непоштена одредба у потрошачким уговорима“, *Нова законодавна решења у области заштите потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 82.

25 О томе на који начин се одређивало што ће се сматрати под непоштеном уговорном клаузулом у свијетлу ове Директиве у појединим законодавствима држава чланица, уз напомену предности и мана сваке од претходно наведених метода, видјети: С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 22–27.

26 На сивој листи ЗЗП су се нашли, између осталог, сљедећи примјери одредби које се у складу са општом одредбом непоштености могу сматрати непоштеним: одредбе о ограничењу или искључењу одговорности за штету трговца узроковану смрћу или тјелесном повредом потрошача, ако је штета посљедице радње трговца; одредба о ограничењу или искључењу права које потрошач има према трговцу или неком трећем лицу у случају потпуног или дјелимичног неиспуњења уговора, одредбе којима се трговцу допушта да једнострано мијења уговорне одредбе без ваљаног разлога, итд. (чл. 104 ЗЗП).

27 М. Јовановић-Заттила, *нав. чланак*, стр. 82.

Општа одредба непоштености је одређена са три кумулативно постављена критеријума, и то: да је ријеч о одредбама о којима се није посебно преговарало, те одредбама које су у супротности начелу савјесности и поштења и које доводе до значајног поремећаја равнотеже у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача. Сљедствено томе, непоштене ће бити оне уговорне одредбе, чију садржину је одредила једна уговорна страна, а које супротно начелу савјесности и поштења проузрокују неравнотежу у правима и обавезама уговорних страна, на штету потрошача²⁸ (чл. 102 ст. 1 ЗЗП, чл. 3 ст. 1 и 2 Директиве).

Даље, Директива ће се примјењивати на одредбе чију садржину је одредила само једна уговорна страна, продавац или давалац услуге, не омогућавајући другој страни да преговара о садржају истих (чл. 3 ст. 2 Директиве). Тачније, Директива се неће примјењивати на одредбе о којима се појединачно преговарало, односно одредбе чију садржину су обије странке споразумно одредиле.²⁹

Одредбе о којима се није посебно преговарало према правилима Директиве могу се класификовати у двије групе, и то стандардне или опште уговорне одредбе које су заједничке за све потрошаче који ступају у одређени уговорни однос са продавцем робе или пружаоцем услуга и одредбе које продавац или пружалац услуга као економски јача страна самостално формулисао ради закључења уговора са појединим потрошачем.³⁰

28 Један од проблема који се јавио приликом дефинисања опште одредбе непоштености јесте однос критеријума очигледне неравнотеже у правима и обавезама уговорних страна и критеријуму супротности начелу савјесности и поштења. Тачније, поставило се питање да ли би било правичније рјешење којим би ови критеријуми били постављени алтернативно, те да дјелују независно један од другог, у смислу да би се одређена одредба сматрала непоштеном уколико је, уз испуњеност других услова, остварен макар један од претходно наведених критеријума. Уколико би ови критеријуми били везани везником или поље примјене некоректних уговорних одредаба би било знатно проширено те омогућавало заштиту потрошача чак и онда када не постоји несразмјера у њиховим правима и обавезама уколико је супротно начелу савјесности и поштења и обратно. С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 47–49.

29 Имајући у виду да у условима савременог пословања постоји стално присутна неравнотежа у моћи и економском положају продавца робе или пружаоца услуга са једне и потрошача са друге стране, те чињеницу да потрошачи не располажу истим знањем и корпусом информација којима располаже продавац, отворило се питање праведности оваквог рјешења, те ограничавања поља примјене Директиве само на одредбе о којима се није појединачно преговарало. Тачније, поставило се питање могућности да се поље примјене Директиве прошири на све потрошачке уговоре, независно од тога да ли је ријеч о унапријед формулисаним одредбама или о онима које су споразумно одредиле обије уговорне стране. М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 133, 134; С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 37.

30 М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 130.

Према чл. 102 ст. 2 ЗЗП сматраће се да о уговорној одредби није појединачно преговарало ако је уговорну одредбу унапријед формулисао трговац, те из тог разлога потрошач није имао утицаја на њен садржај, нарочито ако је ријеч о одредби унапријед формулисаног типског уговора трговца, тј. формуларног уговора.

Овдје закључујемо да ће се поље примјене Директиве и ЗЗП у области заштите потрошача од непоштених одредаба у уговорима, односити на одредбе чија садржина није споразумно одређена сагласношћу изјављених воља уговорних страна, тј. односиће се на све одредбе чију садржину је једнострано одредио продавац робе или давалац услуга, док потрошач није имао утицаја на њен садржај. Односно, за утврђивања поља примјене Директиве, а у складу са њом ЗЗП једино је релевантно да је у конкретном случају коришћена „атхезијска техника састављања одредби“.³¹ Овдје је важно да ријеч о одредби о којој се није појединачно преговарало.

Црногорски законодавац приликом регулисања поља примјене ЗЗП, одступа на једном мјесту од Директиве регулишући ово питање на строжији начин, односно предвиђајући већи степен заштите потрошача. У чл. 102 ст. 2 ЗЗП је предвиђено да ће се сматрати да се о уговорној одредби није појединачно преговарало ако је поменути унапријед формулисао трговац, те да због тога потрошач није имао утицаја на њен садржај. Са друге стране, Директивом је предвиђено да ће се сматрати да одредба није појединачно одређена када је формулисана унапријед, те потрошач није био у могућности да утиче на њену суштину. Сљедствено томе, према ЗЗП потпуно је ирелевантно да ли је потрошачу пружена могућност да утиче на садржину одредбе. Сматраће се да се о датој одредби није појединачно преговарало увијек кад је њену садржину једнострано одредио продавац робе или давалац услуга, те самим тим потрошач није утицао на њену садржину независно од тога да ли је он имао могућност за то. На овај начин црногорски законодавац признаје заштиту потрошачима чак и онда када су они имали могућност да утичу на садржину дате одредбе, али нијесу те је исту једнострано одредио продавац или пружалац услуга.

Након давања одговора на питање које одредбе ће се сматрати непоштеним у свијетлу овог института, црногорски законодавац је требало да одговори на питање која ће бити посљедица непоштениости одредбе у потрошачким уговорима. Сљедствено томе у чл. 103 ЗЗП је предвиђено да су непоштене одредбе у потрошачким уговорима ништаве. Даље, у истом члану, регулишући ово питање, предвиђа да ништавост неке одредбе у уговору не подразумеијева и ништавост самог уговора уколико уговор може опстати без ништаве одредбе.

31 С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 17.

Чланом 4 ст. 1 Директиве је предвиђено да ће се приликом оцјене да ли је одређена уговорна одредба неправична или није цијенити све околности које су постојале у тренутку закључивања уговора, узимајући у обзир природу робе и услуга у вези са којима је уговор закључен, те да ће се узимати у обзир све друге одредбе датог уговора, као и клаузуле другог уговора од кога овај уговор зависи.

Док је један од захтјева који произлази из Директиве да „у случају уговора у коме су све или неке клаузуле које се нуде потрошачу писмене, те клаузуле увијек морају бити формулисане једноставним, разумљивим језиком“ (чл. 5 Директиве), црногорски законодавац, регулишући ово питање, предвиђа да све одредбе сачињене у писаној форми морају бити написане читко, јасно, недвосмислено, разумљиво и морају бити лако уочљиве (чл. 107 ЗЗП). На овај начин црногорски законодавац регулише наведено на строжији начин него што је то учињено Директивом предвиђајући шири спектар карактеристика које мора испуњавати одредба сачињена у писменој форми. Све нејасне и недвосмислене одредбе ће се тумачити у смислу који је најповољнији за потрошача (чл. 108 ст. 1 ЗЗП; чл. 5 Директиве).

Чл. 4 ст. 2 Директиве је предвиђено да неће бити допуштена контрола правичности одредаба о предмету и цијени ако су те одредбе формулисане разумљиво и јасно. Црногорски законодавац је, ослањајући се дјелимично на рјешење у Директиви, предвидио да није допуштено оцјењивање непоштености уговорних одредаба о предмету уговора и цијени ако су те одредбе написане читко, јасно, недвосмислено, разумљиво и ако су лако уочљиве (чл. 106 ст. 1 ЗЗП). Сљедствено томе, и на овом мјесту, црногорски законодавац регулише ово питање на начин што предвиђа већи степен заштите потрошачима него што је то учињено Директивом и то предвиђајући шири спектар карактеристика које мора испуњавати одредба сачињена у писменој форми о предмету уговора или цијени да не би било допуштено да се утврђује непоштеност исте.

Имајући у виду да је ријеч о Директиви минималне хармонизације, приликом имплементирања правила Директиве у национално законодавство, црногорски законодавац је требало да ову одредбу изостави, те учини могућом и контролу правичности једнострано одређених одредаба о предмету уговора или цијени, независно од тога да ли су те одредбе написане читко, јасно, недвосмислено, разумљиво, те иако су лако уочљиве.³² Те да предвиди да ће се и одредбе о предмету уговора

32 „...прихватањем овог правила у домаћем праву значило би да се потрошачу гарантује слабија заштита од заштите која је по важећим правилима уговорног права гарантована не само потрошачу него сваком купцу робе односно кориснику услуга.“ М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 138.

или цијени сматрати непоштеним, независно од тога како су написане, уколико кумулативно испуњавају услове којима је одређена општа одредба непоштености у ЗЗП и то: да је ријеч о одредбама о којима се није посебно преговарало, те одредбама које су у супротности начелу савјесности и поштења и које доводе до значајног поремећаја равнотеже у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача.

Овдје је важно споменути да црногорски законодавац предвиђа да ће бити „допуштено оцјењивати уговорне одредбе које се односе на формирање и промјену цијена, као и на начин плаћања“ (чл. 106 ст. 2 ЗЗП).

в) Питање терета доказивања

Ради потпуног регулисања ове материје, следећи корак који је овдје требало направити јесте давање одговора на питање на коме је терет доказивања да се о одређеној одредби појединачно преговарало.

Црногорски законодавац је у чл. 102 ст. 4 ЗЗП предвидио да је на трговцу терет доказивања да се о одређеној уговорној одредби у формуларном уговору појединачно преговарало, за разлику од Директиве којом је предвиђено да када продавац робе или давалац услуга тврди да је клаузула уговорена тако што се о њој претходно преговарало, терет доказа у погледу тога стоји на њему. Тачније, и у Директиви и у ЗЗП је предвиђено да ће терет доказивања овдје бити на продавцу робе или пружаоцу услуга. Међутим, на овом мјесту црногорски законодавац је остао недоречен те није одговорио на питања шта се дешава у ситуацији спора да ли се о појединој уговорној одредби појединачно преговарало, када није ријеч о формуларним или стандардним уговорима. Степен неизвјесности овдје се још више продубљује посебно имајући у виду ст. 2 истог члана ЗЗП којим је предвиђено да ће се сматрати да се о појединој уговорној одредби није појединачно преговарало ако је уговорну одредбу унапријед формулисао трговац, те потрошач није имао утицаја на њен садржај, нарочито уколико се ради о формуларним или типским уговорима. Ово одређење „нарочито уколико се ради о формуларним уговорима“ намеће питање, посебно у вези са ставом 4 истог члана, да ли црногорски законодавац регулишући ово питање на претходно наведени начин прави разлику у степену пружања заштите у зависности од тога да ли је ријеч о формуларним уговорима, те уколико јесте регулише ово питање на строжији начин, пружајући већи степен заштите потрошачима. На основу оваквог решења у ЗЗП можемо закључити да је у случају формуларних уговора терет доказивања да се о одређеној одредби појединачно преговарало на трговцу, док ће исти у уговорима који

нијесу формуларни или стандардни бити на потрошачу, и поред тога што може бити ријеч о одредбама које је продавац или пружалац услуга као економски јача страна самостално формулисао ради закључења уговора са појединим потрошачем.

У условима савременог пословања овакво рјешење је неправично, те у супротности са разлозима који су наметнули потребу регулисаја ове материје, посебно имајући у виду да поље примјене Директиве, па ни закона није везано само за неправичне одредбе у формуларним уговорима. Оваквим рјешењем се знатно отежава положај потрошача, посебно имајући у виду да ће потрошачу бити готово немогуће да докаже да се о одређеној одредби није појединачно преговарало, већ да је њену садржину одредио сам продавац или давалац услуга. Са друге стране, овакво рјешење даје могућност продавцу робе или пружаоцу услуга да злоупотребљава свој положај на штету потрошача.

III Закључна разматрања

Потреба стварања јединственог европског тржишта, којег карактерише примјена једнаких прописа на пољу заштите потрошача, резултирала је доношењем „правног стуба“ на нивоу Европске уније, са којим би требало да се ускладе национална законодавства свих држава које су и које желе да постану њен дио.

Доношењем Директиве 93/13/ЕЕЗ направљен је значајан корак ка остварењу циља који се огледа у доношењу правила која ће на потпун и сврсисходан начин регулисати материју уговорног потрошачког права и то између осталог кроз стварање адекватног правног оквира заштите потрошача од непоштених уговорних одредаба.

Имајући у виду да је ријеч о директиви минималног усклађивања, те да је у Црној Гори ова материја регулисана Законом о заштити потрошача, предмет овог рада је било утврђивање степена усклађености одредаба овог Закона, које се односе на дату материју, са Директивом водећи рачуна о могућим одступањима, уз напомену на којим мјестима је црногорски законодавац могао ово питање регулисати на строжи начин, дајући потрошачима већу заштиту него што је то учињено Директивом.

Чињеница да је ријеч о директиви која предвиђа минималну хармонизацију давала је могућност црногорском законодавцу прилику да узме у обзир критике и предлоге правних теоретичара у ком дијелу би требало допунити или измијенити постојећа рјешења у Директиви, те на потпунији и сврсисходнији начин регулисати ову материју. При-

ликом регулисања наведене материје, црногорски законодавац се у битном слијепо ослања на рјешења у Директиви не водећи рачуна о претходно наведеном, на неким мјестима регулише одређена питања строже пружајући потрошачима већи степен заштите, те на једном мјесту, приликом давања одговора на питање на коме лежи терет доказивања да се о појединој уговорној одредби појединачно преговарало, пружа потрошачима слабији степен заштите него што је то учињено Директивом. Ово последње налаже црногорском законодавцу да дате одредбе измијени и макар прилагоди рјешењима садржаним у Директиви.

Ivana MARTINOVIĆ, M.A.

PhD Student at the Faculty of Law University of Belgrade

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University Donja Gorica in Podgorica

UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS

Summary

Montenegro signed the Agreement of Stabilization and Association, binding it to harmonize its legal system the EU's aquis and also to implement rules from the Directive 93/13/EEC, which deals with unfair terms in consumer contracts. As this matter in Montenegro is regulated by the Consumer protection law, it is necessary to determine the level of compliance of its provisions with the Directive. This Directive foresees the minimum level of harmonization, entitling the member states to provide a greater level of protection for consumers by its own legislation, than the one provided by the very Directive. Consequently, the aim of this paper is to determine the level of harmonization of the Montenegrin consumer protection law with the Directive, especially taking into account contingent exceptions and especially stressing occasions in which Montenegrin legislator could have addressed the matter more strictly, providing consumers with greater protections than the Directive itself. In the mentioned matter, the Montenegrin legislator relies mostly on solutions provided in the Directive, but with certain exceptions regarding lower and at some point higher level of consumer protection than the one given in the very Directive.

Key words: *unfair contract terms, consumer protection, level of harmonization.*

Андреј МИЋОВИЋ
асистент Факултета за хотелијерство и туризам у Врњачкој Бањи,
Универзитета у Крагујевцу

ОГРАНИЧЕЊЕ ПРИНЦИПА АУТОНОМИЈЕ ВОЉЕ У ФУНКЦИЈИ ЗАШТИТЕ СТИЦАЛАЦА ТАЈМ-ШЕРИНГА*

Резиме

У функцији заштитне стицалаца тајм-шеринга, императивним правним правилима су усвојављена бројна ограничења принципа аутономије воље. У том циљу су у Закону о заштити пошрошача дефинисана правила којима се уређује: обавеза предуговорног обавештавања, право пошрошача на одсустанак од уговора, форма и садржина уговора, забрана аванског плаћања, гаранције за случај неспособности плаћања, као и понашање у складу са кодексом добре пословне праксе. Наведена правила ће бити предмет посебне правне анализе у оквиру овог рада.

Кључне речи: тајм-шеринг, аутономија воље, предуговорно обавештавање, право на одсустанак, заштитна стицалаца тајм-шеринга, Закон о заштити пошрошача.

* Овај рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу „XXI век – век услуга и Услужног права“, бр. 179012, који финансира Министарство за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

I Увод

Комплексност тајм-шеринга,¹ који је иницијално обликован у пракси (тај процес ни данас није завршен, као што није завршен процес његовог правног дефинисања) и неједнакост уговорних страна (у економском, стручном и искуственом погледу) дуго су представљали погодан основ за бројне злоупотребе које су у пракси чињене на штету потенцијалних корисника ТШ. Због тога је настала потреба да се јавноправном заштитом, путем закона или подзаконских аката, осигура равнотежа уговорних страна,² како би се спречиле злоупотребе и пружила неопходна заштита потрошачима. Тај циљ је остварен ограничењем начела слободе уговарања,³ према коме уговарачи имају аутономију у погледу уређења облигационих односа (чл. 10 Закона о облигационим односима).⁴

Поводом ТШ начело слободе уговарања⁵ ограничено је вишеструко, прописивањем императивних правила којима се одређују услови који морају да буду задовољени како би уговор могао да буде закључен, и у вези са тим уређењем одређених обавеза и права које имају уговарачи. На првом месту ограничење слободе уговарања је извршено тако што је одређено да сагласност воља није више довољан елемент за детерминисање садржине и дејства уговора. Поред тога, уведена су још два елемента у виду обавезне предуговорне изјаве трговца, којом испуњава законску облигацију обавештавања потрошача, и право потрошача на одустанак, којима се слаби улога појединачно учињених

1 У даљем тексту: ТШ.

2 О томе: Светислав Табороши, „Развој јавноправне заштите потрошача у светлу Закона о заштити потрошача“, *Зборник: Актуелна истража савремене законодавства*, Будва, 2003, стр. 24–25; С. Табороши, „О правној природи права потрошача“, *Зборник: Развој правне система Србије и хармонизација са правом ЕУ*, Београд, 2008, стр. 37–49.

3 Татјана Јованић, „Основне поставке регулације с циљем заштите потрошача“, *Правни животи*, бр. 10/2004, стр. 551.

4 *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.

5 Постоје различита ограничења слободе уговарања која се групишу према различитим критеријумима: ограничења путем установе јавног поретка, ограничења слободе у погледу закључења уговора (обавезно закључење уговора, сагласност трећег за закључење уговора, ограничење слободе избора уговорника); ограничења у погледу садржине (законско регулисање садржине уговора, уговори по приступу) и форме уговора, ограничења у погледу правила о неповредивости уговора (раскид или ревизија уговора због промењених околности, раскид двострано обавезних уговора због неизвршења). О томе: Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 162.

изјава, у облику понуде и прихвата понуде за формирање уговора, а све у функцији обезбеђења равнотеже уговарача и заштите потрошача.⁶

Увођењем нових елемента традиционални концепт закључења уговора, који је стриктно везан за понуду и прихват понуде, модификован је, када се ради о ТШ, у концепт продуженог закључења уговора.⁷ А, то значи да је за закључење уговора потребно да постоји одговарајући временски интервал, чак и онда када се уговор закључује између присутних лица. У оквиру тог интервала понуди трговца мора да претходи предуговорна изјава, у виду објаве одређених података (обавештавање потрошача), која је саставни део уговора, ако се он закључи, а након учињене понуде или датог прихвата од стране потрошача, потрошач има право да у одређеном року одустане од уговора. Дакле, извесност у погледу формирања уговора настаје тек протеком времена након учињене понуде или датог прихвата од стране потрошача. За правну перфектност ТШ, дејство без икаквих ограничења, потребно је да протекне и додатни период времена, који тече од закључења уговора (обавезујућег предуговора), односно од дана када потрошач добије уговор или обавезујући предуговор, уколико је тај дан каснији у односу на датум уговарања или предуговарања (чл. 6 ст. 2 Директиве ЕУ 2008/122).⁸ Уколико, пак, у оквиру тог периода (рока за размишљање), потрошач учини додатну изјаву воље, изјаву о одустанку, и тиме искористи право које му по закону припада, уговор престаје да производи правно дејство.⁹

Осим концептом продуженог закључења уговора, који у себе укључује обавезу обавештавања и право на одустанак, којим се ограничава аутономија уговарања, тај резултат се постиже и низом додатних правила, о којима ће бити речи у овом раду.

II Правила у функцији ограничења аутономије воље и заштите потрошача

У Закону о заштити потрошача¹⁰ су унета бројна правила којима се сужава дејство начела аутономије воље уговарача, ради заштите по-

6 О томе: Rainer Schulze, „Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire“, *Revue internationale droit comparé*, бр. 4/2005, стр. 886.

7 *Ibid.*, стр. 888.

8 Директива ЕУ 2008/122 о заштити потрошача у вези са одређеним аспектима који се односе на тајм-шеринг, дугорочне производе за одмор, препродају и размену, *Службени лист ЕУ*, бр. Л 33 од 3.2.2009. године.

9 О томе: Miodrag Mićović, „Protection Rules in the Function of Extended Formation of Consumer Contracts“, *Strengthening Consumer Protection in Serbia*, Belgrade, 2013, стр. 152.

10 *Службени гласник РС*, бр. 62/14 (у даљем тексту: ЗЗП).

трошача. У том циљу су дефинисана правила којима се уређује: обавеза предуговорног обавештавања, право потрошача на одустанак од уговора, форма и садржина уговора, питање аванског плаћања накнаде и гаранције за случај неспособности плаћања, понашање у складу са кодексом добре пословне праксе.

1. Обавеза предуговорног обавештавања

Предуговорна изјава трговца, која се даје ради обавештавања потрошача о одређеним подацима везаним за намеравани посао, има природу принципа, општег правила које се примењује поводом закључења потрошачких уговора.¹¹ Зато се општа правила о овој обавези налазе у уводном делу ЗЗП (чл. 13), а посебна у одељку који је посвећен ТШ (чл. 110 ЗЗП).

Код ТШ-а, трговац је дужан да у примереном року пре закључења уговора¹² потрошача обавести о подацима наведеним у стандардном информативном обрасцу.¹³ Обавештење мора бити на српском језику,¹⁴ тачно (забрањено је варање, што значи да информациони материјал не сме да садржи неистините информације), потпуно (забрањено је прећуткивање неповољних околности),¹⁵ јасно и разумљиво и достав-

- 11 Ранији принцип према коме свако треба да се сам информише о ономе што га занима, уступио је место принципу према коме трговац треба да информише потрошача како би исти био у прилици да учини разуман избор и донесе ваљану одлуку поводом понуђене услуге. Потрошач ће бити у стању сам себе да заштити једино ако има потпуне и тачне информације о свим елементима правног посла које су му потребне за доношење одлуке о том послу. О томе: Марко Ђурђевић, „Облигација обавештавања у уговорима о потрошњи“, *Право и привреда*, бр. 5–8/08, стр. 556; Марко Баретић, „Заштита потрошача у Републици Хрватској – тренутно стање и перспективе“, *Зборник: Og caveat emptor go caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 93.
- 12 У Директиви ЕУ 2008/122 је предвиђена дужност трговца да потрошачу пружи информације у примереном року пре него што се потрошач обавезе уговором или понудом – чл. 4 ст. 1.
- 13 Чл. 110 ст. 1 ЗЗП.
- 14 Ови подаци могу да буду дати и на другом језику, уколико се уговорне стране тако договоре (чл. 110 ст. 4 ЗЗП).
- 15 У теорији постоје два приступа о томе како треба да се регулише обавеза информисања. Према првом, листу података о којима трговац информише потрошача треба заменити са генералном клаузулом о обавези информисања. Наводи се да се на овај начин отклања ризик да због великог броја информација оне остану непрочитане, а нарочито она најважнија о праву на одустанак. Према другом, треба утврдити листу битних података о којима корисник услуге мора да буде информиран, а ту спадају: битне карактеристике роба и услуга; цена, са трошковима испоруке, таксама и другим трошковима; права и обавезе уговорача; могућности за заштиту (Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flessner, Martin Ebers, *EC Consumer Law Compendium: Comparative Analysis*, Sellier, Munich, 2008, стр. 787; Златан Мешкић,

љено потрошачу без накнаде, у писменој форми или на трајном носачу записа (чл. 110 ст. 1 и 2 ЗЗП). Терет доказивања да је извршена обавеза обавештавања потрошача сноси трговац (чл. 13 ст. 6 ЗЗП).

Ради спречавања злоупотреба и стварања претпоставки да информисање буде ефикасно и сврсисходно, ЗЗП (чл. 110 и 111), у складу са Директивом ЕУ 2008/122 (чл. 3 и 4), садржи две групе правила о начину информисања и оглашавања ТШ. У циљу отклањања могућих злоупотреба, довођења потрошача у заблуду о природи права које стиче, ЗЗП садржи два правила којим се регулише начин оглашавања. Првим се забрањује да се ТШ и трајне олакшице за одмор рекламирају или продају као инвестиција, односно да се право које стиче потрошач означава као право својине. Другим се налаже трговцу да приликом оглашавања и нуђења ТШ и трајних олакшица за одмор обавести потрошача о условима и начину за добијање предуговорних обавештења. Уколико трговац лично нуди потрошачу да закључи уговор, и тим поводом организује промотивни или продајни догађај, дужан је да јасно истакне циљ тог догађаја, као и да омогући да обавештење буде доступно потрошачу током његовог трајања. Са три правила се настоји да се осигура ефикасност права на информисање,¹⁶ и то на следећи начин: првим се налаже трговцу да потрошачу достави обавештења без накнаде; другим, да подаци морају да буду дати на српском или другом језику, уколико се уговорне стране тако договоре; трећим се одређује да ће се у случају непоштовања правила о обавештавању трговцу изрећи новчана казна због учињеног прекршаја.

Према чл. 110 ст. 3 ЗЗП садржину стандардног информативног обрасца за ТШ, уговор о трајним олакшицама за одмор, уговор о помоћи приликом препродаје и уговор о омогућавању размене прописује Влада,¹⁷ на предлог министра надлежног за послове туризма.¹⁸

„Директива 2011/83/ЕУ о правима потрошача“, *Нова љавна ревија*, бр. 1/12, стр. 47). У Нацрту заједничког референтног оквира за европско уговорно право поводом обавезе информисања прихваћен је мешовити систем: информисање уз помоћ генералне клаузуле, када се дају информације које се разумно очекују према околностима случаја, а када се ради о ситуацијама у којима корисник услуге има изражено подређен положај, тада се набрајају информације које је трговац дужан да да другој страни (то су основне карактеристике услуге, цена са трошковима испоруке, таксе и други трошкови, информације о даваоцу услуге, уговорне клаузуле, права и обавезе уговорача, право на одустанак – II. – 3:101/3:103).

16 Rodolphe Méša, *La modification du régime de la jouissance d'un immeuble à temps partagé par la loi du 22 juillet 2009*, AJDL, 2010, стр. 7.

17 За разлику од нашег права, у Француској се законом регулишу елементи понуде, односно информације са којима се потрошач упознаје пре било каквог ангажмана (чл. 121–63 Потрошачког закона). Ово решење има предности. Њиме се повећава правна сигурност за потрошаче, с обзиром да се на овај начин отклања могућност да извршна власт по својој вољи мења садржај уговора.

18 Чл. 111 ст. 3 ЗЗП.

На основу изнетог може се закључити да је број информација са којима је трговац дужан да упозна потрошача велики, као и да се, у погледу остварења потребног нивоа заштите потрошача, информисању даје посебан значај. У вези са тим не би требало занемарити приговоре оних који говоре о хипертрофији дужности обавештавања, која прелази потребе заштите потрошача и полако прелази у своју негацију.¹⁹ Пре-велики ниво заштите може да подстакне потрошаче да не извршавају уговорне обавезе са дужном пажњом, због чега настаје проблем који је у економској литератури познат под именом морални хазард (*moral hazard*).²⁰ Зато треба пронаћи адекватну меру у информисању потрошача, и то тако да се с једне стране ефикасно заштите права потрошача, а са друге стране да се избегну негативне последице које би могле да настану услед „претераног“ информисања.

Поводом стандардног информативног обрасца у теорији су се појавила различита мишљења о његовој правној природи. За једне образац није ништа друго него предуговорни документ, за друге ради се о правој понуди, јер све информације које су садржане у обрасцу представљају интегрални део уговора, обавезују трговца и не могу да се мењају.²¹

Ипак, објављено обавештење не може да има природу понуде. Такав закључак се изводи из општих облигационо-правних правила (чл. 35 ст. 1 ЗОО) према којима обавештење нема природу понуде, већ позива да се учини понуда под објављеним условима. То је предуговорни документ, на основу кога се спроводе преговори, током којих се може одступити од иницијално одређене садржине обавештења, ако се са тим сагласе уговарачи.²² Образац не садржи све битне уговорне елементе да би могао да се одреди као понуда. У њему није наведен период када се може у току године остварити право коришћења, нити је прецизиран датум од када почиње коришћење. Међутим, чињеница да обавештење нема правну природу понуде не значи да оно не производи било какво дејство. Прво, ако трговац и потрошач закључе уговор, напред наведени подаци постају његов саставни део (чл. 16 ст. 4 ЗЗП). То значи да предуговорна изјава трговца има обавезујућу снагу у погледу одређења садржине уговора. Предуговорна изјава производи такав ефекат и када није укључена у понуду, али и онда када друга страна нема сазнање о тој

19 Michael Martinek, „Unsystematische Überregulierung und kontrainternationale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr“, у едицији S. Grundmann, *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, стр. 514.

20 Т. Јованић, *нав. чланак*, стр. 548.

21 Bernard Vanbrabant, *Time-sharing*, Bruxelles, стр. 78.

22 До промене може да дође и услед наступања више силе (чл. 112 ст. 3 ЗЗП).

изјави²³ у моменту закључења уговора.²⁴ Друго, ако трговац не испуни обавезу обавештавања (не објави образац или образац нема прописану садржину), потрошач може да захтева поништај уговора.²⁵

2. Право на одустанак

Право на одустанак спада у групу најважнијих правних средстава којим се, с једне стране, суспендује дејство ТШ (уговора о трајним олакшицама, уговора о препродаји и размени), дејство уговора без икаквих ограничења, и, с друге стране, обезбеђује заштита потрошачима од непромишљених одлука, спречавају злоупотребе до којих може доћи због неједнаког положаја уговарача,²⁶ оставља потребно време потрошачу да размисли о оправданости закључења уговора.²⁷ Како се ради о праву које је утврђено законом, у уговор не може да се унесе клаузула којом се искључује право корисника услуге на одустанак,²⁸ односно којом се потрошач одриче свог права.²⁹ У таквом случају, за разлику од уговора, клаузула не производи правно дејство.³⁰

23 R. Schulze, *нав. чланак*, стр. 886.

24 У том смислу у Директиви ЕУ 2008/122 (чл. 5 ст. 2) се одређује да су појединости које се налазе у брошури (стандардном обрасцу) обавезујуће за организатора, односно да чине интегрални део уговора и да се могу мењати само ако се уговарачи о томе изричито сагласе или ако су измене производ неуобичајених и непредвиђених околности ван контроле трговца чије последице нису могле бити избегнуте чак и да је показан одговарајући степен пажње.

25 V. Vanbrabant, *нав. дело*, стр. 80.

26 Драган Вујисић, „Право потрошача на једностранни раскид уговора“, *Правни живои*, бр. 10/2011, стр. 815.

27 Ово право није предвиђено као опште правило, приликом закључења било којег потрошачког уговора, већ је резервисано за изузетне ситуације у којима је у значајној мери изражена опасност од нарушавања равноправности потенцијалних страна уговорница. Према постојећим решењима, која су усвојена у директивама ЕУ, поред ТШ сматра се да има оправдања за примену овог права код продаје изван пословних просторија, продаје на даљину, продаје на даљину финансијских услуга, потрошачког кредита, осигурања живота. Међутим, иако је ово право постало европска правна тековина, у теорији се поставља питање да ли је то адекватно средство уравнотежења интереса потрошача и трговца, нарочито ако се има у виду могућност злоупотребе овог права од стране потрошача. О томе: Зоран Вуковић, „Право на једностранни раскид потрошачког уговора у светлу комунитарног права и Нацрта Закона о заштити потрошача Србије“, *Зборник: Правни систем Србије и стандарди ЕУ и Савешта Европје*, књига IV, Крагујевац, 2009, стр. 333–334.

28 Carla Baker-Chiss, „Le droit de rétractation du contrat électronique“, у: J. Rochfeld (dir.), *Lacquis communautaire*, Economica, 2010, стр. 148.

29 У пракси трговци прибегавају другим недозвољеним средствима (на пример, антидатирају време закључења уговора), која је тешко доказати да су предузета, како би суспендовали право корисника на одустанак. О томе: Jean Calais – Auloy, Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, Paris, 2006, стр. 128.

30 V. Vanbrabant, *нав. дело*, стр. 90.

Ово право је у прошлости, све док се није искристалисао важећи термин, којим се на адекватан начин описује право потрошача, означавано различитим изразима (право на промену мишљења, право на покајање, право на повлачење, право на раскид уговора, право на опозив уговора, право на разматрање),³¹ при чему се догађало да се у истој директиви, као што је случај са директивом о ТШ из 1994. године, користе два различита израза.³² У ЗЗП из 2002. године коришћен је израз „право на опозив уговора“. Овај израз није био добар зато што, под одређеним условима, може да се опозове, или боље речено повуче, изјава воље, али не и уговор који настаје као резултат сагласности воља.³³ У ЗЗП из 2010. године коришћен је израз „право на једнострани раскид уговора“. И тај израз није био добар (нашао се у закону као резултат некритичког прихватања решења из тада важеће директиве), јер до раскида уговора може доћи само ако за то постоји посебан разлог у виду понашања које је супротно закљученом уговору, повреде уговорне обавезе или неког другог законом одређеног основа, а корисник услуге може да се ослободи уговора без навођења разлога.³⁴

На основу права на промену мишљења, које је дискрециононе природе,³⁵ јер може да се врши без навођења разлога (чл. 113 ст. 1 ЗЗП),³⁶ потрошач стиче право опције. Он може вршећи своје право, једностраном изјавом воље,³⁷ у оквиру рока за одустанак, да одустане од извршења, односно закључења уговора, или ћутањем, односно невршењем права, да оснажи закључени уговор.³⁸ Потрошач може да

31 О томе: С. Baker-Chiss, *нав. чланак*, стр. 146; Marie-Stéphane Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, 2001, стр. 299; Bojan Zabel, *Тржно право*, Љубљана, 1999, стр. 114.

32 У Директиви ЕУ 94/47 о тајм-шерингу коришћени су изрази право на раскид и право на повлачење (чл. 5).

33 О томе: Младен Драшкић, *Закључење уговора о куйојрогаји*, Београд, 1972, стр. 81.

34 О овоме: М. Мићовић, *Protection Rules in the Function...*, стр. 146-147.

35 Patrick Wéry, *Droit des obligations, Théorie générale du contrats*, Bruxelles, t. 1, 2010, стр. 203; S. Amrani Mekki, *La protection du consommateur à distance et en ligne*, colloque francophone régional, Hanoï, 2010, стр. 23.

36 Чињеница да се може вршити без навођења мотива, не значи да се може вршити противно начелу савесности и поштења, тако што ће се право на одустанак злоупотребити (на пример, тако што се више пута одустаје од истог уговора). У случају спора, судија процењује да ли је право вршено уобичајено, на начин како би то чинио разуман човек. О томе: Р. Wéry, *нав. дело*, стр. 203.

37 Одустанак од уговора, по својој природи, представља једнострани акт, који производи правно дејство само ако је о томе обавештен сауговорач. О томе: Р. Wéry, *нав. дело*, стр. 202.

38 Право корисника на одустанак нема никакве сличности са општим правилима уговорног права. Отуда је погрешно да се одговори о природи права или судбини уго-

одустане од закључења уговора уколико је са трговцем склопио предугор (ако је закључио уговор, тада може да одустане од извршења). У тој ситуацији, само једна страна, трговац, има обавезу да закључи уговор, док друга страна, потрошач, има право да се у оквиру рока за одустанак определи да ли ће да закључи уговор. Дакле, закључење уговора зависи од воље друге стране, што представља неизвесну околност и упућује на сличност са уговором који се закључује под одложним условом.³⁹

С обзиром да тек са невршењем права које припада потрошачу уговор коначно добија правну снагу, у теорији је присутан став да се уговор, у коме је садржано право на одустанак, формира етапно⁴⁰ – у првој се утврђује садржај уговора, а у другој његова важност.⁴¹ Ако се право не врши, са протеком рока за одустанак уговор постаје правно перфектан, производи правно дејство у потпуности.⁴²

Право на одустанак корисник услуге може да оствари у року од 14⁴³ дана.⁴⁴ Рок почиње да тече ако су испуњене следеће претпоставке:

вора траже у аналогiji са опозивом понуде. У теорији су иначе поводом права на одустанак заузети бројни ставови: да је уговор, са правом на одустанак, закључен под одложним условом; да је закључен под раскидним условом; да се не ради о услову, већ о оригиналном механизму који раздваја чин закључења од извршења уговора; да се ради о уговорној клаузули која дозвољава раскид уговора, при чему се не дира у обавезну снагу уговора с обзиром да страна која се повлачи користи право које проистиче из самог уговора; да је то *sui generis* право, које представља својеврсну комбинацију правног и потестативног услова. О овоме: R. Schulze, *нав. чланак*, стр. 892; M. S. Payet, *нав. дело*, стр. 303–305; М. Баретић, „Заштита потрошача...“, стр. 94; Борко Михајловић, „Правна природа права потрошача на одустанак од уговора“, *Ревизија за европско право*, бр. 2–3/13, стр. 106.

- 39 С. Перовић, Д. Стојановић (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима*, Крагујевац – Горњи Милановац, књига прва, 1980, стр. 223.
- 40 Када постоји право на одустанак уговор се не формира истовремено са постизањем сагласности воља, већ прогресивно. О томе: M. S. Payet, *нав. дело*, стр. 299.
- 41 Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1999, стр. 293.
- 42 Raymonde Bailod, „Le droit de repentir“, *Révue trimestrielle de droit civil*, 1984, стр. 236.
- 43 Наш законодавац је прописао дужину рока за одустанак по угледу на важећу Директиву. Претходна Директива ЕУ 94/47 од 26. октобра 1994. о заштити стицалаца (купаца) у вези са одређеним уговорним аспектима који се односе на право временски подељеног коришћења непокретности, била је први акт комунитарног права којим су регулисана питања из ове области. Њоме је било предвиђено да потрошач може одустати од уговора у року од десет дана од дана његовог закључења. Правилма важеће Директиве модификују се ранија, не само у погледу трајања рока за остварење права, већ и у погледу могућности продужења тог рока под одређеним условима, као и предвиђањем нових средстава путем којих се може дати изјава о раскиду.
- 44 С обзиром да је према Директиви ЕУ 94/47 рок износио 10 дана, продужење рока на 14 дана објашњава се сложеношћу посла, као и чињеницом да потрошач често закључује уговор за време одмора због чега тек по повратку може да размисли о

прво, потребно је да је корисник обавештен о праву на одустанак, друго, да је примио образац за одустанак од уговора, треће, да је закључен или да је примљен закључени уговор (чл. 29 и 113 ЗЗП).⁴⁵

У случају истовременог закључења уговора о временски подељеном коришћењу непокретности и уговора о омогућавању размене временски подељеног коришћења непокретности, рок за одустанак од уговора рачуна се од дана пријема закљученог уговора о омогућавању размене временски подељеног коришћења непокретности (чл. 113 ст. 2 ЗЗП).

Уколико трговац не поступи у складу са правилима којима се регулише право потрошача на одустанак, потрошач стиче право да у продуженом року одустане од уговора односно предуговора о временски подељеном коришћењу непокретности, уговора односно предуговора о трајним олакшицама за одмор, уговора односно предуговора о помоћи приликом препродаје и уговора односно предуговора о омогућавању размене временски подељеног коришћења непокретности. У вези са тим ЗЗП садржи следећа правила:

1. ако трговац није доставио потрошачу образац за одустанак у писаној форми, на папиру или на другом трајном носачу записа, потрошач може да одустане у року од годину и 14 дана од дана пријема закљученог уговора односно предуговора;
2. ако трговац достави потрошачу образац за одустанак од уговора пре истека годину дана од дана када је потрошач примио примерак закљученог уговора односно предуговора, рок за одустанак од уговора рачуна се од дана када је потрошач примио образац за одустанак од уговора;
3. ако трговац не обавести потрошача о подацима наведеним у стандардно информативним обрасцима у писаној форми, на папиру или на другом трајном носачу записа, потрошач има право да одустане у року од три месеца и 14 дана од дана када је примио примерак закљученог уговора односно предуговора;
4. ако трговац достави потрошачу обавештење о подацима наведеним у стандардно информативним обрасцима пре истека три месеца од дана када је потрошач примио примерак закљученог уговора односно предуговора, рок за одустанак од уговора рачуна се од дана када је потрошач примио обавештење.

предузетом послу. О томе: Christine Mermoud, *Le temps partage dans la jouissance de la propriete par etages*, Geneve – Zurich – Bale, 2008, стр. 265.

45 У случајевима када потрошач даје понуду за закључење уговора у теорији се предлаже доношење правила којим би се предвидело да рок за одустанак може почети да тече и пре него што је закључен уговор, односно пре него што је понуда прихваћена. О овоме: Н. Schulte-Nölke, С. Twigg-Flessner, М. Ebers, *нав. дело*, стр. 752.

Потреба и смисао правила о праву потрошача да одустане од уговора у продуженом року у делу теорије се оспорава. Наводи се да је продужење рока за одустанак чудно, ако се зна да у случају непоштовања правила о праву потрошача на одустанак нису испуњени формални услови за важење уговора, због чега се у Француској одређује да је уговор ништав (чл. чл. 121–79/5 Потрошачког закона).⁴⁶ У нашем праву, у случају оваквог пропуста постоји могућност да се истакне захтев за поништајем уговора (чл. 13 ЗЗП). Дакле, овај додатни рок би се могао третирати као друго и једноставније правно средство за ослобођење од уговора, као рок застарелости за остварење права.⁴⁷ С тим у вези поставља се питање чему онда служи прво правно средство, поготову ако се то право може остварити у нешто дужем року у односу на могућност коју даје прво правно средство?

Изјава којом потрошач одустаје од уговора производи правно дејство ако је дата у писаној форми (не може се дати усмено) на папиру или на другом трајном носачу записа, под условом да је послата пре истека рока за одустанак од уговора. Она се односи и на повезане уговоре.⁴⁸ Потрошач може изјаву о одустанку самостално формулисати, с тим што то мора да учини на недвосмислен начин, или је доставити на обрасцу који му је предао трговац. Како терет доказивања да је изјава благовремено учињена сноси потрошач, за њега је најбоље да изјаву достави на прописаном обрасцу, путем препорученог писма са повратницом.⁴⁹ На овај начин обезбеђује сигуран доказ о времену када је изјава учињена.

Одустанком од уговора односно предуговора, престају обавезе уговорних страна да изврше односно закључе уговор. Како се потрошач не би устегао да врши своје право на одустанак, због могућих имовинских консеквенци, правилима је одређено да се право може остварити без накнаде трошкова и плаћања услуга које су пружене пре одустанка (чл. 116 ст. 2 ЗЗП).

3. Форма и садржина уговора

Начело формалности је једно од основних начела које долази до изражаја у вези са закључењем потрошачких уговора, с тим што је

46 О томе: R. Mésa, *нав. чланак*, стр. 11; B. Vanbrabant, *нав. дело*, стр. 89.

47 О томе: C. Baker-Chiss, *нав. чланак*, стр. 189.

48 С обзиром да су државе дужне да установе правила о раскиду таквих уговора (чл. 11 ст. 3 Директиве ЕУ 2008/122), у теорији су присутни ставови према којима раскид не мора да наступи аутоматски са вршењем права на одустанак од уговора. О томе: C. Baker-Chiss, *нав. чланак*, стр. 198.

49 Овакво решење је прихваћено у чл. 121–72 Потрошачког закона Француске.

његово дејство нарочито изражено код ТШ.⁵⁰ Ово зато што су тим начелом обухваћени како предуговорна (кроз обавезу обавештавања потрошача у писменој форми), тако уговорна фаза (кроз прописивање: обавезе о уносу предуговорних информација у понуду, прописивањем садржине уговора, пратећих уговорних докумената и радњи које је потребно предузети у вези са закључењем уговора). Основни смисао свих тих формалности треба тражити у настојању да се осигурају претпоставке како би потрошачи, свесни права и обавеза, закључили уговор. Њиховим прописивањем се омогућава да се потрошач детаљно упозна са свим елементима уговора, и то више пута, а са некима и посебно, како би донео ваљану одлуку у вези са његовим закључењем. На овај начин, и уз помоћ формалности, остварује се генерални циљ: смањује се могућност да потрошач приликом закључења уговора буде преварен или доведен у заблуду, спречава се неопрезно преузимање обавеза од стране потрошача.⁵¹

У вези са закључењем уговора у ЗЗП се одређује више формалних услова (чл. 112) који морају да буду задовољени, а могли би да се поделе на техничке (тичу се начина закључења и радњи које се у вези са тим предузимају) и садржинске (односе се на текст уговора, односно клаузуле које морају да буду у уговору).

Што се тиче начина закључења уговора, основно је правило да се уговор закључује у писменој форми, на папиру или другом трајном носачу записа, обавезно на српском или другом језику уколико се уговорне стране тако договоре (чл. 112 ст. 1 ЗЗП),⁵² у онолико примерака колико има уговарача. Ради се о законској форми, која мора да буде задовољена како би уговор био пуноважно закључен. Међутим, не ради се о конститутивној форми (форма *ad solemnitatem*), чије би непоштовање, према општим правним правилима,⁵³ имало за последицу ништавост уговора, јер се из ЗЗП и смисла његових одредби такав закључак не може извести (према Потрошачком закону Француске – чл. 121/79, у оваквим случајевима, уговор је ништав).

50 R. Méša, *нав. чланак*, стр. 6.

51 V. Vanbrabant, *нав. дело*, стр. 84.

52 У најновије време, због коришћења средстава електронске комуникације, текст уговора који трговци предлажу потрошачима има, све чешће, облик електронског записа. Уговор закључен у електронској форми има исту правну снагу као и уговор закључен у писменој форми. У начелу, правила која важе за писмени облик вреде и за електронски. О томе: Милена Јовановић-Zattila, „Закључење уговора у електронској форми као императив савремене трговине“, *Правни живоић*, бр. 11/05, стр. 606; Тин Матић, „Електронски облик уговора и исправа“, *Зборник Правној факултетској у Загребу*, бр. 1/06, стр. 182.

53 *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, стр. 287.

Што се тиче језика, право потрошача да добије информације на матерњем језику, је од изузетног значаја код уговора са међународним елементом, какав је ТШ, где се често јавља проблем језика уговора.⁵⁴ Због тога је Директивом ЕУ 2008/122 ово питање детаљно регулисано. Одређено је да су државе чланице дужне да се старају да подаци садржани у уговору буду исписани по избору потрошача, на језику или једном од језика државе чланице у којој потрошач пребива или на језику или једном од језика државе чланице чији је држављанин под условом да је у питању службени језик Европске уније.⁵⁵ Под истим условом, државе чланице у којима потрошач пребива могу захтевати и: а) да је уговор који се даје потрошачу у сваком случају исписан и на језику или једном од језика те државе; б) да у случају ТШ-а трговац обезбеди потрошачу оверени превод уговора на језику или једном од језика државе чланице где се непокретност налази.⁵⁶ Такође, држава чланица на чијој територији трговац обавља своје продајне активности може да захтева да уговор који се даје потрошачу буде у сваком случају на језику или једном од језика дотичне државе.⁵⁷

Сматра се да је форма задовољена.⁵⁸ 1) ако уговор има одређену садржину; 2) ако је потписан од стране уговарача; 3) ако је уз уговор, као његов саставни део, приложен образац за одустанак.⁵⁹

- 1) Писана форма није сама за себе довољна да обезбеди ваљани пристанак друге стране. Због тога је у ЗЗП, поред обавезне форме, предвиђена и обавезна садржина уговора. Садржину уговора чине: а) подаци из стандардног информационог обрасца, који у моменту закључења уговора постају његов саставни део, обавезују трговца и не могу се мењати, осим ако уговорне стране изричито уговоре другачије или ако промене настану услед више силе; б) промењени подаци, до чега је дошло у периоду од обавештавања потрошача о стандардном информационом обрасцу до закључења уговора, о чему је трговац дужан да обавести потрошача у примереном року пре закључења уговора; в) подаци: о датуму и месту закључења уговора; име, пребивалиште и потпис потрошача; назив, односно име, пре-

54 Маја Буковац Пувача, „Заштита купаца у *time-sharing* уговорима према Смјерници 94/47/ЕУ“, *Зборник ПФ Свеучилишта Ријека*, бр. 1/03, стр. 325.

55 Чл. 5 ст. 1 Директиве ЕУ 2008/122.

56 Чл. 5 ст. 2 Директиве ЕУ 2008/122.

57 Чл. 5 ст. 3 Директиве ЕУ 2008/122.

58 Уобичајено, писмена форма је задовољена ако постоји текст уговора и потписи уговарача. О томе: С. Перовић, *нав. дело*, стр. 342.

59 Видети: чл. 112 ст. 6 и 9 ЗЗП; чл. 121–68 Потрошачког закона Француске.

бивалиште односно седиште и потпис трговца односно име, пребивалиште и потпис овлашћеног лица трговца.⁶⁰

- 2) Да би уговор могао да произведе правно дејство потребно је да буде потписан од уговарача. Оно што је карактеристично за ТШ то је да се поред потписа којима не манифестује приста-нак на закључење уговора, као и код било ког другог уговора, захтевају и потписи којима се потврђује свест о постојању и садржини одређених уговорних елемената. У том циљу, трго-вац је дужан да у примереном року пре закључења уговора потрошачу скрене пажњу на право потрошача на одустанак од уговора, рок у коме се може одустати од уговора и забрану плаћања цене унапред пре истека рока у коме се може одуста-ти од уговора, а потрошач да такве уговорне одредбе посебно потпише.⁶¹ Ради се о битним уговорним клаузулама којима се, с једне стране, штите потрошачи, а, с друге стране, успоставља одговорност за трговца ако правила о тим клаузулама не буде поштовао.
- 3) Саставни део уговора је образац за одустанак. Садржину об-расца за одустанак прописује Влада, на предлог надлежног ми-нистра.

Трговац је дужан да после потписивања уговора о ТШ потрошачу преда најмање један примерак потписаног уговора (чл. 112 ст. 2 ЗЗП).

4. Друга средства ограничења слободе уговарања и заштите потрошача

Упоредо са два темељна права потрошача, правом на обавеште-ност и правом покајања, као и прописивањем обавезне форме и сад-ржине уговора, законодавац предвиђа и друга правна средства којима се ограничава аутономија уговарања, а све у функцији заштите потро-шача. Ту спадају: а) забрана плаћања унапред; б) обавеза прибављања гаранције за случај неспособности плаћања; в) обавеза поступања у складу са кодексом добре пословне праксе.

60 Чл. 112 ст. 6 ЗЗП. Према датуму и месту закључења уговора, одређује се пре свега рок у коме потрошач може остварити своје право на одустанак од уговора, од-носно право које ће бити меродавно за уговор. А уколико уговорне стране нису одређене нити су потписале исправу, ни уговор не може настати.

61 У француском праву, пре потписивања уговора стицалац мора да стави напомену да је „прочитао и разумео“. Како би се обезбедила боља уочљивост кључних уго-ворних одредби, као што су одредбе о праву на одустанак и о року за остварење права, оне морају да буду штампане болдирано под претњом ништавости уговора Видети: В. Vanbrabant, *нав. дело*, стр. 84, 85.

а) Забрана плаћања унапред

Одредбом члана 117 ЗЗП, забрањује се уговарање плаћања, пружања средстава обезбеђења, изричитог признања дуга или другог извршења обавезе према трговцу пре истека рока за одустанак од уговора. Забрана авансног плаћања је у функцији ефикасног остваривања права на одустанак.⁶² Оно је забрањено, јер би се у супротном успорио процес одустанка потрошача од уговора. Јер, када једном плати цену, за њега настају тешкоће да врати новац. У том случају је вероватније да би се потрошач определио за извршење уговора, с обзиром да повраћај новца у пракси не тече тако глатко. Све су то разлози који говоре у прилог забрани авансног плаћања.

Последице које настају због непоштовања забране уговарања авансног плаћања су различито уређене у појединим законодавствима. У аустријском праву, за случај да потрошач плати унапред, прописана је новчана казна, а повраћај уплаћеног износа мора бити извршен у року од 30 дана од дана када је обавештен о потрошачевом одустанку. Слично је прописано и у данском, финском, француском, ирском, и италијанском праву (уз могућност забране рада уколико се понови), те луксембуршком и португалском (где је могућа и забрана обављања делатности на две године уз објављивање у службеном гласнику) и британском и шведском праву. У Шпанији је предвиђена ништавост уговора и обавеза трговца на поврат двоструког износа.⁶³

Правно дејство правила о забрани авансног плаћања треба ценити у складу са околностима конкретног случаја. Ако је потрошач био обавештен о забрани, па је ипак платио цену, треба сматрати да се одриче од права на одустанак од уговора односно предуговора, с тим што за трговца неће наступити никакве штетне последице. Уколико потрошач није знао за забрану, а платио је цену трговац ће бити дужан да врати потрошачу уговорену цену. Осим тога, он ће бити дужан и да плати новчану казну прописану законом.⁶⁴

б) Гаранција у случају неспособности плаћања

У чл. 121 ЗЗП је предвиђено да се на гаранцију трговца за услуге из уговора о ТШ и са њим сличних и повезаних уговора, које нису извршене због неспособности плаћања трговца, сходно примењују одредбе ЗЗП којима се прописују обавезе организатора путовања с тим у вези.

62 R. Mésa, *нав. чланак*, стр. 10.

63 О томе: М. Буковац Пувача, *нав. чланак*, стр. 330.

64 Чл. 160 ст. 1 тач. 49 ЗЗП.

С тим у вези произлази обавеза за даваоца ТШ да прибави прописану гаранцију за случај неспособности плаћања и то полису осигурања или гаранцију банке.⁶⁵ Ако давалац ТШ не да потрошачу уговор о осигурању или копију банкарске гаранције, односно информацију о гаранцији, потрошач има право да одустане од уговора уз повраћај уплаћених средстава у пуном износу без умањења.⁶⁶

Оваква обавеза, о којој се говори у нашем ЗЗП, не постоји за трговца према Директиви ЕУ 2008/122. Начин на који је дефинисана указује да се овде не може говорити о праву на одустанак од уговора, у смислу чл. 113 ЗЗП (потрошач је извршио плаћање, што значи да је рок за одустанак истекао), већ о раскиду због неизвршења законом предвиђене обавезе. Основ и оправдање за увођење овакве обавезе за трговца могао би се наћи у Директиви ЕУ 2006/123 (чл. 23) према којој давалац услуге може бити дужан да обезбеди гаранцију, јемство или неко друго слично средство обезбеђења уколико се ради о услугама које представљају директну и посебну опасност за финансијску сигурност корисника услуге (опасност мора да буде такве природе да може да изазове значајан новчани губитак или пад вредности имовине корисника услуге).

в) Кодекс добре пословне праксе

Овај, факултативни, вид заштите и ограничења воље, не проистиче непосредно из закона: има аутономан основ и зависи од тога да ли је трговац потписник таквог акта.⁶⁷ Под кодексом добре пословне праксе се подразумева споразум или скуп правила која нису предвиђена законом, подзаконским актима или управним актима, која дефинишу понашање трговца који прихватају обавезе из кодекса у вези са једном или више пословних пракси или привредних делатности.⁶⁸ У случају да трговац, узимајући у обзир све околности конкретне случаја наводи или прети да наведе просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео, и то тако што крши одредбе кодекса добре пословне праксе којем је приступио ако су те одредбе за трговца обавезујуће и проверљиве, као и ако је трговац истакао у својој пословној пракси да је обавезан таквим кодексом, постојаће обмањујуће пословање.⁶⁹ С тим у вези, облици пословања који се без обзира на околности конкретнег

65 Чл. 108 ст. 1 ЗЗП.

66 Чл. 108 ст. 2 ЗЗП.

67 У вези са овим питањем у преамбули 22 Директиве ЕУ 2008/122 државе се упућују да охрабре трговце да донесу кодекс понашања, у чему би требало да узму учешће и удружења потрошача, као да о томе обавесте потрошаче.

68 Чл. 5 ст. 1 тач. 33 ЗЗП.

69 Чл. 19 ст. 2 тач. 2 ЗЗП.

случаја сматрају обманујућом пословном праксом јесу између осталих и: неистинита тврдња да је трговац потписник кодекса добре пословне праксе, а да заправо није, односно неистинита тврдња да поступа у складу са одређеним кодексом добре пословне праксе; неистинита тврдња трговца да је одређени кодекс понашања одобрен од државног органа или одређене организације; неистинита тврдња трговца да његову пословну праксу или продају производа, одобрава, подржава или помаже одређени државни орган или одређена организација или истинита тврдња исте садржине у случају да се трговац не придржава услова под којима му је дато одобрење, подршка или помоћ.⁷⁰ Како би се таква пракса спречила, трговац или група трговаца који су приступили одређеном кодексу понашања, одговорни су за контролу поштовања правила тог кодекса од стране трговаца, а министарство надлежно за послове заштите потрошача је дужно да их у томе подстиче.⁷¹ Поред тога, министарство је дужно и да подстиче трговца или групу трговаца који су приступили одређеном кодексу понашања да обавештавају потрошаче о постојању и садржини тог кодекса.⁷²

Као пример кодекса добре пословне праксе, може се навести Кодекс пословне праксе који је израђен у сарадњи између Удружења титулара ТШ (*Timeshare Association of Timeshare Owners and Committees – ТАТОС*) и давалаца ТШ који су сагласни да буду обавезани правилима овог кодекса. Одредбама тог кодекса се на најбољи начин штите интереси потрошача, с једне стране, и углед ТШ индустрије, с друге стране. Кодекс ће се примењивати на све активности у вези са ТШ у свим земљама у којима даваоци ТШ послују, било као чланови или сарадници. Даваоци ТШ који су поднели захтев за чланство у Организацији ТАТОС (сарадници) и они који су у међувремену постали њени чланови, обавезују се да ће настојати да: послују са највишим стандардима пословне праксе и етике; послују са интегритетом, отворено, савесно, пристојно и професионално у односу са потрошачима, у циљу побољшања угледа ТШ индустрије; послују у складу са принципима добре пословне праксе; поступају у циљу заштите права потрошача и заштите угледа ТШ индустрије; достигну највише стандарде у понуди производа и услуга које се пружају потрошачу у вези са ТШ, како би допринели позитивном искуству потрошача; поступају у складу са духом и циљем одредби овог Кодекса и било код другог кодекса чији су потписници; активно промовишу и пружају подршку утврђеним циљевима Удружења ТАТОС; не учине ништа што би могло да доведе у питање углед Удружења ТАТОС или ТШ индустрије у целини; поступају у скла-

70 Чл. 21 ст. 1 тач. 1, 3 и 4 ЗЗП.

71 Чл. 25 ст. 1 и 2 ЗЗП.

72 Чл. 25 ст. 3 ЗЗП.

ду са свим важећим домаћим и прописима који су донети на нивоу ЕУ; осигурају поштовање Кодекса од стране свих запослених, службеника и агената даваоца ТШ (укључујући и повезана лица), који у њихово име извршавају активности у вези са ТШ, без обзира од места спровођења таквих активности, као и да без одлагања раскину уговор са свим повезаним лицима (физичким и правним) која крше одредбе Кодекса; испуне неопходне услове у погледу регистрације и критеријума за добијање лиценци у свакој од земаља у којима обављају своје активности, било лично или посредством агената; без одлагања одговоре на сваки захтев извршног директора ТАТОС-а за достављањем информација у циљу осигурања поступања у складу са Кодексом; прихвате као коначне и обавезујуће било које одлуке управног одбора ТАТОС-а у вези са тумачењем било ког дела овог Кодекса.⁷³ Према Директиви ЕУ 2006/123, о кодексу и адреси на којој се може пронаћи, трговац је дужан да обавести потрошача на његов захтев (чл. 22 ст. 3 д).

III Закључак

Оно што разликује ТШ од осталих уговора је што су императивним правним правилима, ради заштите потрошача, успостављена бројна ограничења принципа аутономије воље. У том циљу су дефинисана правила којима се уређује: обавеза предуговорног обавештавања, право потрошача на одустанак од уговора, форма и садржина уговора, забране аванског плаћања и гаранције за случај неспособности плаћања, понашање у складу са кодексом добре пословне праксе. Особеност ТШ се огледа у томе што је ограничење слободе уговарања извршено тако што је одређено да сагласност воља није више довољан елемент за детерминисање садржине и дејства уговора. Поред тога, уведена су још два елемента у виду обавезне предуговорне изјаве трговца и права потрошача да у оквиру одређеног рока изјави да одустаје од уговора. Тиме је, када се ради о ТШ, традиционални концепт закључења уговора, који је стриктно везан за понуду и прихват понуде, модификован у концепт продуженог закључења уговора.

Поред тога, један од битних правних механизма којима се ограничава начело аутономије воље представљају правила о формалним условима за закључење уговора. С тим у вези, основно је правило да се уговор закључује у писменој форми, на папиру или другом трајном носачу записа, обавезно на српском или другом језику уколико се уговорне стране тако договоре, у онолико примерака колико има

73 Доступно на: <http://tatoc.co.uk/images/emilyfiles/TATOCCodeofConductJuly14.pdf>, стр. 3–4.

уговарача. Овде је реч о законској форми, али не и о конститутивној форми (форма *ad solemnitatem*), чије би непоштовање, према општим правним правилима, имало за последицу ништавост уговора, јер се из ЗЗП и смисла његових одредби такав закључак не може извести.

У овом смислу став је заузела и *Acquis* група: основни циљ који се захтевом у погледу форме жели постићи је обезбеђење да потрошач буде ваљано информисан и да при том добије копију уговора у писаној форми или на другом трајном медијуму. Треба узети да се не ради о захтеву форме *stricto sensu*, већ више о правилу које је комплементарно обавези предуговорног информисања. Повреда захтева формалности не утиче на пуноважност уговора већ производи исте правне последице као и повреда обавезе предуговорног информисања.⁷⁴ Те последице се огледају у продужењу рока за одустанак од уговора.

ТШ, као и сваки други двострани уговор, рађа одређена права и обавезе за уговараче, трговца (даваоца ТШ) и потрошача (стицаоца ТШ). Међутим, осим императивно постављених обавеза трговца (у погледу обавезе предуговорног информисања, форме и садржине уговора) и права потрошача (одустанак од уговора), од чијег испуњења у великој мери зависи судбина предуговора односно уговора, уговорне обавезе у ЗЗП се готово и не помињу. Оне настају за уговараче тек по протеклу рока за одустанак (ако потрошач одустане од уговора, престају обавезе уговорних страна да изврше односно закључе уговор, зависно од тога да ли је претходно између њих закључен уговор или предуговор). Из појединих законских одредница може се закључити да потрошач има обавезу да плати накнаду и трошкове у вези са уговором, а трговац да омогући право временски подељеног коришћења ствари и пружи помоћ у вези са препродајом. У недостатку посебних правила у ЗЗП о обавезама уговарача, а имајући у виду да ТШ има елементе других познатих уговора, на питања везана за уговорне обавезе могу се применити правила о закупу и делу, у мери у којој се она могу уклопити у посебну природу коју има овај уговор.

Због тога је у нашем праву потребно предвидети одговарајућа правила о уговорним обавезама које за трговца и потрошача настају од момента када уговор постане правно перфектан (истеком рока за одустанак од уговора). У светлу доношења новог Грађанског законика Србије, поставља се питање начина законодавног регулисања.

У упоредноправном законодавству, ТШ је регулисан у оквиру Грађанских законика (Чешка, Немачка), Потрошачких закона (Бугарска, Финска, Француска, Италија, Луксембург), Закона о облигационим

74 Н. Schulte-Nölke, С. Busch, „Specific Provisions, Part C: Timeshare Contracts“, у: *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009, стр. 225.

односима (Естонија) или пак посебним законима (Аустрија, Белгија, Кипар, Данска, Грчка, Мађарска, Малта, Португал, Шпанија). При томе, у појединим земљама правила о ТШ се могу наћи у више различитих закона (Летонија, Литванија, Холандија, Пољска).⁷⁵

Нема сумње да је најбоље решење да правила о ТШ буду садржана у оквиру једног правног прописа, јер би се тиме избегле недоумице које могу настати у пракси по питању тумачења и правног домаћаја законских одредби. Но, с обзиром да је код нас уговор о организовању путовања паралелно уређен у два закона (ЗОО и ЗЗП), а да је предвиђен и у тексту Грађанског законика, потребно је размотрити да ли би било сврсисходно да се и правила о ТШ упоредо уреде поменутиим правним прописима и то тако да питања заштите потрошача *stricto sensu* буду регулисана одредбама ЗЗП, а да друга питања, укључујући и питање уговорних обавеза, буду уређена Грађанским закоником.

Andrej MIĆOVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Hotel Management and Tourism in Vrnjačka Banja, University of Kragujevac

LIMITATION OF THE PRINCIPLE OF VOLITION IN THE FUNCTION OF THE PROTECTION OF TIMESHARE PURCHASERS

Summary

In the function of protection of timeshare purchasers, numerous limitations of volition principle have been established by imperative legal rules. Such rules include: pre-contractual duty to inform, consumer's right to withdraw from the contract, form and content of the contract, prohibition of advance payments, evidence of security in case of insolvency, compliance with the code of good business practice. Abovementioned rules will be the subject of the legal analysis in this paper.

Key words: *timeshare contract, principle of volition, pre-contractual duty to inform, right of withdrawal, protection of timeshare purchasers, Consumer Protection Act.*

⁷⁵ Примера ради, у Холандији су правила о ТШ садржана у Грађанском закоником и Закону о заштити потрошача. Видети: http://www.eu-consumer-law.org/directiveleg_en.cfm?DirectiveID=10, 1.4.2015.

ПРИВРЕДНИ СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

Др *Мирослав* ПАУНОВИЋ
адвокат у Београду

ПОВЕРЉИВ КАРАКТЕР МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВАЧКЕ АРБИТРАЖЕ

Резиме

У чланку се износи мишљење да уврежено схваћање о поверљивости арбитраже, као њеном суштинском елементу, нема недвосмислену појаву у процени, арбитражним правилима и судској пракси, а ни арбитражни споразуми, по правилу, не уређују питање поверљивости.

У раду се анализира појам поверљивости, његова садржина, ње основ обавезе странака да чувају поверљивост арбитражног поступка у целини и његових појединих елемената. Истражује се да ли је поверљивост нужна у свим ситуацијама у току и после завршетка поступка, ње који су изузеци од дужности заштити поверљивости. Износи се став да већа транспарентности арбитражног процеса (уз очување оправданих интереса странака да заштити поверљивост у одређеним ситуацијама) може допринети бољем разумевању арбитраже и њеном ширем прихватању као метода решавања спорова у међународним пословним односима. Чланак указује на то да странке могу осигурати заштиту поверљивости, када за то имају посебан интерес, одговарајућим одредбама у арбитражном споразуму или позивањем на институционална арбитражна правила која ово питање уређују. При том треба да узму у обзир и правила која важе у месту арбитраже.

Кључне речи: међународна трговачка арбитража, арбитражни процесуал, усмена расправа, арбитражна одлука, иривајни карактер арбитраже, поверљивост, транспарентност, откривање поверљивих информација, правилник институционалне арбитраже, арбитражни споразум.

I Уводне напомене

Могло се, за тренутак, површно посматрајући, учинити да је на сва питања међународне трговачке арбитраже одговорено, да нема неразјашњених тачака, да је теорија једногласна, да је пракса угодна, да се теорија и пракса слажу. И тачно је да има општеприхваћених ставова и неспорних решења, „аксиома“ у развоју арбитражног права. Они су достигнути на тежњи да арбитражни споразуми буду остварени, да арбитража постане не алтернативни, већ оригинални начин решавања спорова, прикладан за међународне пословне трансакције. Такви су, неспорни, на пример, ставови о овлашћењу арбитраже да одлучује о сопственој надлежности, о аутономности арбитражне клаузуле и др.

Но, развој права међународне трговачке арбитраже показује да се у овој материји отварају многа нова питања, те да се на поједина од њих, у пракси и теорији, нуди и више различитих одговора. У појединим аспектима развој иде у таквом смеру да ремети устаљене ставове о арбитражи – тако, на пример, проширивање обухвата арбитражног споразума (што је уочљива тенденција) ставља под знак питања став да се надлежност арбитраже може установити само изричитим арбитражним споразумом и то између страна у том споразуму; друга страна ове тенденције је проширивање поља арбитрабилности.

Интересантно је да је, на поменутом таласу нових појава, дошло и до преиспитивања неких особености арбитраже које су истицане као њене предности у односу на решавање спорова пред државним судовима. Тако је почело и критичко преиспитивање става да је арбитража, по дефиницији, поверљиве природе, што је разлика у односу на парницу пред судовима.¹ Општа претпоставка о поверљивости арбитраже доведена је у питање, односно постало је јасно да је то питање комплексније, да схватање о поверљивости као „иманентној“ карактеристици арбитраже није сасвим тачно.

1 Richard Reuben, „Confidentiality in Arbitration: Beyond the Myth“, *University of Kansas Law Review*, 2006, стр. 1256, приказује истраживања по којима је после 2000. јако порастао број чланака у научним и стручним часописима у којима се истражује феномен поверљивости у арбитражи.

Важна разлика између арбитраже и судског решавања спорова је у томе што је арбитража приватног карактера, док је парница пред државним судом у начелу отворена за јавност. Ову приватну природу абитраже треба разумети тако да странке саме конституишу арбитражу односно именују арбитре и финансирају њихов рад.² Међутим, приватна природа арбитраже није исто што и поверљивост арбитраже. Погрешно је мишљење да приватни карактер арбитраже намеће, или аутоматски обезбеђује, и поверљивост арбитраже. С друге стране, иако се ове две стране арбитраже не могу изједначити, оне се често разматрају заједно,³ па се сматра да је поверљивост резултат приватног карактера арбитраже.⁴

Чињеница је да се стране у међународним пословним односима опредељују за арбитражу, јер се, између осталог, сматра да се у овом поступку обезбеђује и поверљивост.⁵

Став о „природно“ поверљивом карактеру арбитражног спора, те поступка његовог решавања и исхода, који би био „аутоматски“ обезбеђен самим опредељењем страна да спор изузму из надлежности судова, заправо је „мит“ који нема сигурног основа ни у законодавствима, ни у правилницима арбитражних институција, а који није потврђен ни у судској пракси.⁶ Нема одредби у националним законодавствима нити у арбитражним правилницима које би значиле забрану странки да открије трећим лицима (која нису учесници арбитраже) постојање и природу спора, детаље о самом арбитражном поступку, па и о тезама, аргументима и доказима изнетим у току поступка, као и о исходу арбитраже.⁷ Истраживања су показала да у арбитражном пра-

2 Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, 2014, стр. 18, т. 1.6.

3 Michael Pryles, „Confidentiality“, *The Leading Arbitrator’s Guide to International Arbitration*, стр. 415; L. Newman, R. Hill (editors), стр. 415, 445.

4 Steven Kouris, „Confidentiality: Is International Arbitration Losing One of its Major Benefits?“, *International Arbitration*, 2005, стр. 127.

5 Michael Pryles, *нав. дело*, стр. 415, 416, наводи исцрпне студије које показују да је поверљив карактер арбитраже један од основних разлога страна да се определе да своје неспоразуме из уговора у међународном промету решавају путем арбитраже. Paul Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2007, стр. 22, помиње истраживања према којима стране, код опредељивања за арбитражу, као важан разлог (одмах иза флексибилности поступка, лакшег извршења одлука, приватног карактера и могућности избора арбитра) наводе поверљивост поступка.

6 У више радова износи се став да се не може узети „здроаво за готово“ да су се странке, када су се определе за арбитражу, изабрале да арбитражни поступак буде поверљив – на пример, Fabrizio La Spada, *Swiss Rules of International Arbitration, Commentary*, Tobias Zuberbuehler, Christoph Muelер, Habegger (editors), стр. 364; исто Richard Reuben, *нав. дело*, стр. 1255; исто Michael Pryles, *нав. дело*, стр. 415.

7 Paul Friedland, *нав. дело*, стр. 19.

ву не постоји тако јасна слика о поверљивости арбитраже, као њеном суштинском елементу, како би то произлазило из увреженог поимања арбитраже.

Има мишљења да питања приватног карактера и поверљиве природе арбитраже зависе у доброј мери од права места арбитраже.⁸ Отуда је, за разумевање питања поверљивости, потребно погледати, поред правилника арбитражних институција, и прописе и судску праксу у појединим земљама, посебно оним у којима се најчешће одржавају међународне арбитраже.

II Појам и садржај поверљивости арбитраже

1. Питања која треба расправити у дефинисању појма

У одређивању појма поверљивости арбитраже има одређеног несналажења, јер се тај појам меша односно изједначава са приватним карактером арбитраже.

Арбитража је, начелно, приватан поступак. Као минимум, ово значи да се поступак не одвија јавно (као што је случај у судском поступку). Овде се налази и разлика између приватне природе арбитраже и поверљивог карактера арбитраже. Приватност поступка значи забрану непозваним лицима (на пример, ранијим пословним партнерима, конкуренцији, медијима и др.) да прате усмене расправе. Поверљивост арбитраже, с друге стране, подразумева забрану странкама и осталим учесницима поступка (арбитрима, вештацима, сведоцима, и другим учесницима поступка), као и органима арбитражних институција који имају сазнања о поступку, да јавно износе сазнања о арбитражи, да саопштавају непозваним лицима детаље о току поступка, о захтевима странака, доказима, те о арбитражној одлуци.⁹

У разматрању појма поверљивости треба одговорити на неколико питања. Најпре, ваља расветлити питање да ли је обавеза чувања поверљивости „иманентна“ арбитражи, да ли се она подразумева. По-

8 Alexander Belohlavek, „Confidentiality and Publicity in Investment Arbitration, Public Interest and Scope of Powers Vested in Arbitral Tribunal“, *Czech Yearbook of International Law (Rights of the Host States within the System of International Investment Protection)*, Alexander Belohlavek, Nadezda Rozehnalova (editors), 2011, стр. 27, 28, 32.

9 Alexis Brown, „Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration“, *American University International Law Review*, No. 4/2001, стр. 970, даје најкраћу дефиницију појма поверљивости: „Поверљивост се односи на обим до кога су информације које се тичу арбитраже, или које су откривене у току арбитражног поступка, заштићене од обелодањивања лицима (тј. јавности уопште) која нису укључена у арбитражни поступак“.

том треба размислити о одговору на питање шта би био основ обавезе да се чува поверљивост арбитраже. Битно је наћи одговор и на питање који елементи арбитраже потпадају под „кишобран поверљивости“. Важно је уочити и на кога се обавеза чувања поверљивости односи, тј. који су учесници арбитражног поступка дужни да поштују дужност заштите поверљивости. Комплетно разумевање појма поверљивости захтева да се разјасни и питање изузетака од обавезе чувања поверљивости односно да ли постоје околности које искључују дужност поштовања поверљивости. И, на крају, треба размислити и о томе да ли се и како може спровести односно заштитити обавеза поверљивости, те које су санкције за повреду ове дужности.

Питање који елементи арбитражног поступка потпадају под заштиту су у средишту расправе о поверљивости. Да ли је заштита ограничена само на суштинске елементе, или се проширује и на процедуралне елементе? Да ли је поверљив и сам податак да се арбитража уопште води, да је поступак у току? Или се заштита односи само на арбитражну одлуку? Да ли заштита обухвата одлуку у целини, или само њену изреку или, пак, покрива и образложење? Да ли обавеза чувања поверљивости укључује и све поднеске и друге материјале сачињене и поднете у арбитражном поступку, да ли обухвата све доказе (исправе, исказе сведока, налазе и мишљења вештака), комуникацију, транскрипте, записнике, аргументе и ставове странака који нису јавно доступни?

Стране могу имати интерес да заштите чак и информацију о самом постојању арбитраже односно одвијања арбитражног поступка. Но, ову је заштиту практично тешко спровести. Већ само обраћање суду за помоћ у спровођењу арбитражног поступка (на пример, одређивање привремене мере, интервенција у случају опструкције конституисања арбитражног већа код *ad hoc* арбитража, у поступку поништаја или признања или извршења арбитражне одлуке), на који би се одлучила једна од странака, претпоставља јавност таквог поступка и откривање постојања арбитраже. У арбитражном поступку учествује велики број лица (поред странака и арбитра – пуномоћници и њихово помоћно особље, сведоци, вештаци, записничари, преводиоци, помоћно административно и техничко особље, те администрација арбитражне институције), па је готово немогуће да се спречи „цурење“ података о арбитражи, а поготово о самој чињеници да се арбитража одвија.

Документи односно поднесци и исправе који су достављени у арбитражном поступку, као и изјаве сведока и налази вештака, те документи сачињени у самом поступку (транскрипти, записници, комуникација арбитра са странкама и обрнуто, комуникација арбитра и странака са администрацијом арбитражне институције, налози или закључци арби-

тара и др.) такође могу бити предмет заштите у погледу поверљивости. Дужност поштовања поверљивости односи се, пре свега на странке, и заснива се на уговорном односу, али обухвата и друге учеснике у поступку, али на другим основама. Разлози за откривање ових докумената односно информација у њима садржаних су они који представљају основ за изузеће од обавезе чувања поверљивости.

Заштита пословне тајне (на пример, структура цена производа или услуга, базе клијената, принципи и стандарди за израду понуда, услови пружања услуга или испоруке робе, подаци о финансијским резултатима пословања, извештаји ревизора, политика плата, и др.) често је основни мотив страна да захтевају поверљивост арбитражног поступка. „Ако дужност очувања поверљивости уопште постоји... она треба да се односи на заштиту пословне тајне“.¹⁰ Пословне тајне штите се и другим правним механизмима, али је потребно да се истакне да је интерес странке да се обезбеди заштита и кроз поверљив карактер арбитраже у којој се пословна тајна може открити на разне начине, а пре свега у поступку доказивања односно извођења доказа. Вероватно није одржив предлог да странке могу тражити да се одређена документа или друга средства доказивања, која садрже или се односе на њену пословну тајну, буду доступна само арбитрама, а да се не презентирају другој страни у поступку, јер би то било противно једном од основних начела арбитражног поступка (да се стране морају једнако третирати и да им се мора дати могућност да изнесу своје ставове и доказе, што подразумева и могућност да се изјасне о ставовима и доказима друге стране).

Поверљивост самог процеса већања арбитра односно њихова комуникација и записници са нејавних седница на којима су разматрани захтеви, аргументи и докази странака произлази из самог положаја, али и функције арбитра и начела којих се арбитраи морају држати – они морају обезбедити поверљив карактер поступка одлучивања односно већања, иако ни та дужност није изричито наведена у правилницима арбитражних институција.¹¹ Пракса је у многим арбитражама да

10 Alexis Brown, *нав. дело*, стр. 1008.

11 Fouchard, Gaillard, Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Gaillard, Savage (editors), 1999, стр. 612, 613 (тач. 1132). Једна од ретких арбитражних институција која подвлачи обавезу да се одлука арбитра доноси у поверљивом поступку је Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије у чијем је Арбитражном правилнику предвиђено да се „одлука доноси на нејавној седници којој присуствују само арбитраи“ – члан 46(3). Експлицитна одредба о томе да је одлучивање арбитра поверљиве природе садржана је у LCIA Правилима (одредба је додата у последњу верзију Правилника, којом је измењен дотадашњи члан 30.2): „Поступак већања Арбитражног трибунала треба да буде поверљив, осим ако се друкчије не захтева по праву које се примењује и ако се откривање чињенице да је један арбитар одбио да учествује у арбитражи не захтева од других чланова Ар-

се садржај већања не открива чак ни странкама, с тим да арбитри у одлуци понекад нагласе да ли су одлуку донели једногласно или већином гласова.¹² Треба узети у обзир и да одредбе о поверљивом карактеру арбитраже које утврде саме странке не могу да обавезују трећа лица. Нека од њих су везана правилима арбитражних институција, као и професионалним правилима струке (арбитри).¹³

И коначна арбитражна одлука, као и међуодлуке и делимичне одлуке, могу бити предмет заштите у погледу поверљивости. Исто важи и за друге одлуке – процесне налоге односно закључке арбитра о питањима поступка. У коначним арбитражним одлукама су, најчешће, садржани не само историјат спора и поступка, већ и детаљни аргументи странака, као и приказ доказа који су у поступку изведени. Објављивањем одлуке може, у конкретном случају, бити повређен интерес странке да поверљив карактер арбитраже буде очуван. Отуда се сва питања о поверљивости арбитраже често свODE на питање да ли арбитражна институција може, без сагласности обе странке, да објави одлуку, односно да ли једна од странака може одлуку да објави односно учини доступном свим или одређеном кругу лица без дозволе друге странке. И поред тога што се арбитражним правилницима, по правилу, забрањује објављивање арбитражних одлука без одобрења странака, у пракси међународне трговачке арбитраже уочава се јасан тренд да се арбитражне одлуке објављују у различитим формама – било у целини било тако што се из одлуке бришу елементи из којих се може открити идентитет странака. Подвлачи се да се, посебно ако се из начина објављивања одлуке не може утврдити ко су биле странке у поступку,¹⁴ не нарушава поверљив карактер арбитраже нити угрожавају интереси странке која има разлог да скрива одређене елементе поступка односно одлуке; при том се износи и аргумент да ефективно очување поверљивог карактера арбитраже односно одлуке, из много разлога, практично и није могуће, те да у

битражног већа...“. Швајцарска правила за међународну арбитражу (*Swiss Rules of International Arbitration*) у члану 40(2) одређују да су већање арбитражног трибунала поверљиве природе. Исту одредбу садржи и Правилник Љубљанског Арбитражног центра при Привредној комори Словеније у члану 50(3).

12 Alexis Brown, *нав. дело*, стр. 1012.

13 Члан 6(2) Арбитражног правилника (Вашингтонског) Центра за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава – *ICSID Arbitration Rules* предвиђа обавезу арбитра да поштују поверљивост арбитражног поступка: „(2) Пре прве седнице суда, сваки арбитар треба да потпише следећу изјаву: ‘Чуваћу као поверљиве све информације које сазнам у току учешћа у овом поступку, као и садржину одлуке коју донесе суд.’“

14 Овако обрађене одлуке различито се називају – „анонимизоване“ (*anonymous*), „редиговане“ (*redacted*), „неутралисане“ (*neutralized*), „синтетизоване“ (*synthesized*), „пречишћене“ (*sanitized*) и сл.

одређеним областима пословања, и у арбитражама посебног карактера, традиција објављивања одлука постоји од раније.¹⁵ Поред тога, и саме странке су одговорне за објављивање арбитражне одлуке када се обратe суду за поништај или признање односно извршење одлуке или у другим ситуацијама када је потребна интервенција суда у арбитражни поступак. Има мишљења да је објављивање арбитражних одлука корисно за развој праксе и права међународне трговачке арбитраже.

Врло често се поставља и питање да ли постоје и које су санкције за повреду обавезе чувања поверљивости арбитраже од странака, да ли се странке, и по ком основу, могу обратити судовима, као и да ли у томе могу имати неку улогу и сама арбитражна већа. Може се рећи да би обавеза чувања поверљивог карактера арбитраже била бесмислена ако не постоји санкција за њену повреду. Међутим, изгледа да питање које би санкције то биле и како се оне могу остварити није детаљније разматрано у пракси и доктрини међународне трговачке арбитраже. Арбитражна пракса о овом питању, ако и постоји, није доступна, али би се, начелно, могло узети да би арбитражно веће у конкретном случају могло одлучивати о томе да ли је повређена дужност очувања поверљивости арбитраже и о томе да ли је тиме повређен арбитражни споразум, па и да ли је тиме он поништен. У литератури се наводи да има мало судске праксе о овом питању, а она која је доступна изазвала је бурне реакције, било да је признала да повреда обавезе поверљивости доводи до неважности арбитражног споразума, било да је одбила да призна да у арбитражи постоји имплицитна дужност странака да чувају поверљив карактер одлуке.¹⁶ Обраћање суду би се, начелно, могло поставити као захтев на терену накнаде штете,¹⁷ а може се замислити и предлог за одређивање привремене мере којом се забрањује повреда начела поверљивости арбитраже, па и саме арбитражне одлуке, као и повреда евентуалног налога арбитражног већа у погледу заштите поверљивости поступка или појединих његових елемената.¹⁸ Добијање овакве судске одлуке којом се

15 Fouchard, Gaillard, Goldman, *нав. дело*, стр. 188, 189 (тач. 384, 385). Аутори наводе које арбитражне институције објављују одлуке донете под њиховим окриљем. Помињу да се у поморским споровима арбитражне одлуке по традицији објављују, те да је такав обичај постојао и у бивашим социјалистичким земљама Источне Европе.

16 Alexis Brown, *нав. дело*, стр. 1014–1017.

17 Fabrizio La Spada, *нав. дело*, стр. 367. Сматра се и да је накнада штете једина санкција за повреду обавезе чувања поверљивости – Fouchard, Gaillard, Goldman, *нав. дело*, стр. 773, 774 (тач. 1412).

18 Коментатори Арбитражног правилника Међународне трговинске коморе, који садржи специфичне одредбе о овлашћењу арбитражног већа да издаје налог у погледу поверљивости, наводе да арбитражни прописи појединих земаља омогућавају да се налози арбитражног већа у погледу заштите поверљивости могу принудно из-

досуђује накнада штете због повреде обавезе поверљивости арбитраже би, са практичног становишта, било врло тешко и неизвесно у погледу успеха.¹⁹ Наиме, тужилац би, најпре, морао да докаже да у конкретной арбитражи постоји обавеза чувања поверљивости (што би било лакше ако арбитражни споразум, или правила институционалне арбитраже на која су се стране позвале, садрже јасне одредбе о поверљивости, него у случају када се иде на тезу о имплицитном постојању овакве обавезе у арбитражи). Тужилац би, потом морао да пружи доказ да је поверљивост нарушена и да је повреду дужности поверљивости учинила тужена страна као странка у арбитражном поступку (што може бити, такође, отежано, јер се одавање поверљивих информација може приписати различитим учесницима арбитражног поступка). Потом се мора доказати постојање штете, те њена висина.

2. Прописи о поверљивости

Савремени прописи о арбитражи генерално избегавају да дефинишу дужност чувања поверљивости поступка у међународној арбитражи.²⁰ Готово да ниједна земља нема пропис о арбитражи који на општи начин уређује ово питање.²¹ Арбитражни прописи се ограничавају да уреде само нека питања која су у вези са поверљивошћу поступка.²²

вршити од стране државних судова – Jason Fry, Simon Greenberg, Francesca Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, ICC, 2012, стр. 236 (тач. 3–809).

19 Fouchard, Gaillard, Goldman, *нав. дело*, стр. 773, 774 (тач. 1412).

20 Emmanuel Gaillard, „Evolving Approaches to Confidentiality“, *NY Law Journal*, 1999, стр. 222.

21 Alexis Brown, *нав. дело*, стр. 991, наводи листу од више земаља чији закони о арбитражи немају ни помена о поверљивости арбитраже. Изузетак је Закон о арбитражи Новог Зеланда који (у члану 14) садржи одредбу која, према овом аутору, гласи: „Сматра се да арбитражни споразум, осим ако се стране нису друкчије споразумеле, обезбеђује да стране неће објављивати, откривати нити преносити било коју информацију која се односи на арбитражни поступак по споразуму или на арбитражну одлуку сачињену у том поступку“. Анализу прописа више земаља даје и Alexander Belohlavek, *нав. дело*, стр. 28, 29, који тврди да прописи не уређују питање поверљивог карактера арбитраже, а ако и садрже одредбе о том питању, да се оне односе само на обавезу арбитра. Ни српски Закон о арбитражи (*Сл. гласник РС*, бр. 46/06) нема одредбу о поверљивом карактеру арбитраже, као што она не постоји ни у *UNCITRAL*-овом Модел закону о арбитражи, по коме је сачињен српски Закон, као и многи други савремени арбитражни прописи.

22 Тако Закон о арбитражи Мађарске одређује да су арбитра дужни да чувају тајност било којих околности које су сазнали у обављању функције, за време и после престанка мандата (чл. 11).

Истиче се у литератури да законодавци намерно не уносе у прописе одредбе о поверљивом карактеру арбитраже.²³ Сматра се да је разлог што су закони уздржани у погледу одређивања поверљивог карактера арбитраже у томе што је тешко да се унапред сачине општа, примењива правила о тој материји.²⁴

Најпре, странка може имати легитимни интерес, или потребу, да обелодани извесне чињенице у вези са арбитражом лицима која нису учесници поступка. Трговачко друштво, на пример, има обавезу да о битним чињеницама, у које може спадати и вођење арбитражног поступка, обавести своје акционаре. Странка може имати и обавезу да открије одређене податке о арбитражном спору, поготово онеме који је значајније природе, и својим ревизорима. Правна лица уговорима често преузимају обавезу да о споровима обавештавају своје повериоце (пре свега, кредиторе).²⁵ Поред тога, странка може имати интерес да открије све или одређене податке о арбитражном поступку (поднеске, доказе) и када је то неопходно да би заштитила или остварила своја права (на пример, када захтева интервенцију суда у арбитражни поступак – код захтева за одређивање привремене мере од стране суда, у поступку поништаја арбитражне одлуке, или у поступку по предлогу за признање и извршење арбитражне одлуке и др.),²⁶ а може јој бити наметнута и законска обавеза да одређене податке обелодани.²⁷ За овакве ситуације није могуће једном нормом утврдити обавезу чувања поверљивог карактера арбитраже, а истовремено испоштовати и интересе странака да одређене околности учине доступним јавности или одређеном кругу лица. Законодавци се, у таквој ситуацији, не опредељују односно не покушавају да успоставе границу између легитимног и неоснованог откривања података о арбитражном поступку.²⁸ Поред тога, творци законских одредби би, уколико би се определили за детаљно уређивање, морали да узму у обзир право места арбитраже, као и право места извршења арбитражне одлуке, што је, са становишта општег уређивања материје, тежак задатак.

Из наведених разлога, одредбе прописа о поверљивости у међународној арбитражи су најчешће начелне природе. Оне не дефинишу појам поверљивости, нити одређују начин и обим њихове примене.

23 Steven Kouris, *нав. дело*, стр. 128.

24 Yves Derains, Eric Schwartz, *A Guide to the ICC Rules on Arbitration*, 2008, стр. 284–286.

25 Alexis Brown, *нав. дело*, стр. 1003.

26 У овом погледу видети напомене у UNCITRAL-овом документу *Notes on Organizing Arbitration Proceedings*, тач. 31 и 32.

27 Claude Thomson, Annie Finn, *нав. дело*, стр. 4, наводе исте и сличне разлоге за објављивање података о арбитражи у девет тачака.

28 Paul Friedland, *нав. дело*, стр. 20.

3. Судска пракса о поверљивости

Судови у свету су разматрали питање поверљивог карактера арбитраже, пре свега у парницама за накнаду штете изазване повредом поверљивости. Судска пракса је, међутим, „спорадична и неконзистентна“.²⁹ Енглеска судска пракса је нашла да постоји поверљивост у арбитражи, те да она обухвата сам поступак, али и документацију припремљену за употребу у поступку, записнике, изјаве сведока, као и саму одлуку. Исти је став и француске судске праксе. С друге стране, постоји серија судских одлука у другим земљама по којима не постоји имплицитна дужност странака да чувају поверљивост арбитраже, односно које доводе у сумњу ову обавезу, а и пракса у земљама које су признавале поверљив карактер арбитраже почиње да се колеба.³⁰ Суштински став судова који не прихватају *a priori* постојање поверљивости арбитраже је да су поверљиве информације из арбитраже заштићене само уколико посебне околности случаја оправдавају налаз да су странке желеле да одређене информације не буду доступне лицима која нису учесници арбитражног поступка.

4. Одредбе арбитражних правилника о поверљивости

И арбитражни правилници арбитражних институција, по правилу, такође ћуте о поверљивом карактеру целокупног арбитражног поступка. Они се, ако се упуштају у материју поверљивости, усредсређују само на један аспект овог питања, који заправо и не говори о поверљивом карактеру арбитраже, већ о томе да непозвана лица не могу учествовати на усменим расправама, што је разрада начела да је арбитража приватног карактера (мада се, посредно, на овај начин може штитити и поверљив карактер саме расправе).³¹ Поред тога, у правилницима се уређују и

29 Claude Thomson, Annie Finn, „Confidentiality in Arbitration: a valid assumption? A proposed Solution!“, *Dispute Resolution Journal*, No. 2/2007, стр. 2.

30 Paul Friedland, *нав. дело*, стр. 21, као илустрацију за овај закључак, приказује судску праксу Енглеске, Француске, Шведске, Аустралије и Сингапура. Исту праксу, уз додатак праксе америчких и канадских судова, наводе и Claude Thomson, Annie Finn, *нав. дело*, стр. 2 и 3. Судску праксу у Енглеској, која се изјашњава за поверљив карактер арбитраже, и других земаља у којима судови заузимају супротан став анализирају и John Bellhouse, Anthony Lavers, „International Arbitration – Privacy and Confidentiality“, *Asian Dispute Review*, 2006, стр. 2, 3.

31 UNCITRAL-ов Арбитражни правилник за *ad hoc* арбитраже предвиђа да се расправа одржава без присуства јавности – чл. 28(3). И Љубљански арбитражни центар при Привредној комори Словеније одређује у члану 32(2) да се усмена расправа одржава *in camera*. Правилник Београдског арбитражног центра такође одређује да су усмене расправе, ако се странке друкчије не договоре, нејавне – члан 24(5). Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије такође одређује, у члану 34(3) да су усмене расправе нејавне, а идентичну одредбу садрже и Правилник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Црне горе (члан 36.

друга појединачна питања везана за поверљивост арбитраже.³² Постоји и пракса у појединим арбитражним институцијама, која није заснована на изричитим одредбама правилника, у области поверљивости арбитраже.³³

Свега неколико арбитражних институција определило се да детаљније уреди питање поверљивог карактера арбитража које се одвијају по њиховим правилницима. Ови правилници покушавају да искажу обавезу странака (па и арбитра и осталих учесника поступка) да чувају поверљивост арбитраже, али и допуштају странкама да од овог одступе у оправданим случајевима.³⁴ Када се позову на арбитражна

ст. 2) те Правилник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Републике Српске – члан 36.2. Правилник *LCIA*, на линији заштите поверљивог карактера арбитраже (в. наредну фусноту), одређује да ова арбитражна институција не објављује одлуке без сагласности странака – члан 30(3). И Правилник Љубљанског арбитражног центра при Привредној комори Словеније, која је једна од ретких институција која детаљније уређује питање поверљивости арбитраже (в. наредну фусноту), предвиђа у члану 50(4) да Центар може да објави арбитражну одлуку, налог или другу одлуку арбитражног већа „у анонимној форми која не омогућује идентификацију странака или других лица осим ако се странке писаним путем не успротиве објављивању у року од 60 дана од дана доношења одлуке“. Правила Бечког арбитражног центра (*Rules of Arbitration of Vienna International Arbitration Centre – VIAC*) такође предвиђају да су усмене расправе приватног карактера – члан 30(2). Карактеристичне су у овом погледу одредбе члана 32 Арбитражног правилника (Вашингтонског) Центра за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава – *ICSID Arbitration Rules*: „(1) Усмени поступак се састоји из саслушања странака, њихових заступника, саветника и адвоката, као и сведока и вештака, од стране суда. (2) Осим ако се нека од странка не противи, суд, после консултације са генералним секретаром, може да дозволи да друга лица, осим странака, њихових заступника, саветника и адвоката, сведока и вештака за време давања исказа, те службеника суда, присуствују или посматрају целу или део расправе, уз услов обезбеђења одговарајућег логистичког аранжмана. Суд у оваквом случају утврђује поступак за заштиту поверљивих или заштићених информација.“

32 Арбитражна правила за међународну арбитражу Америчког удружења за арбитражу (*American Arbitration Association International Arbitration Rules*) у члану 34 намећу обавезу чувања поверљивог карактера арбитраже арбитражном већу и администратору односно органима институције.

33 Пракса у поступцима пред Арбитражним судом при Трговинској и индустријској комори Мађарске је да странке, на почетку поступка, потписују изјаву којом се обавезују да поштују поверљив карактер арбитраже – према Belohlavek Alexander, *нав. дело*, стр. 28.

34 Ранија верзија Правилника Лондонског суда међународне арбитраже (*Rules of London Court of International Arbitration*) у члану 30(1) предвиђала је следеће: „Осим ако се писмено друкчије не споразумеју, странке прихватају као опште начело да третирају као поверљиве све одлуке у својој арбитражи. са свим материјалима сачињеним за срхе арбитраже и свим другим документима које сачини друга странка у поступку а који нису јавно доступни – осим ако странка нема законску обавезу да открије

правила ових институција странке су се уговорно обавезале да поштују поверљивост арбитражног поступка. Обавеза поверљивости протеже се на арбитражне и друге одлуке арбитражног већа, на сву комуникацију у оквиру поступка, на све поднеске странака у поступку, на све исправе и друге доказе у поступку (изјаве сведока, налазе вештака које су именовале странке), на записнике, транскрипте и извештаје вештака које је одредило арбитражно веће. Није извесно да ли се обавеза чувања поверљивости односи и на информацију о самом постојању арбитраже. Расправе нису директно покривене обавезом чувања поверљивости, али су заштићене одредбама ових правилника којима се одређује да су

(*мајеријале и докуменџа*), или је то непоходно да би заштитила или остварила своја права или ради извршења или поништаја пресуде у *bona fide* правном поступку пред државним судом и другом судском влашћу и само до тог обима.“ Сада важећа верзија истог члана 30(1) *LCIA* Правила донекле је измењена у смислу да је избачен уводни део одредбе по коме се странке могу друкчије договорити о овом питању, чиме се подвлачи поверљив карактер арбитраже. Поред ових *LCIA* Правила и *WIPO Arbitration Rules* нашироко обрађују обавезу странака да чувају поверљивост поступка, што је и разумљиво, јер се пред овом арбитражом воде поступци у вези са интелектуалном својином, што претпоставља виши степен поверљивости у односно на остале трговачке спорове. *WIPO Arbitration Rules* у члану 52(a) најпре дају појам поверљивости арбитраже: „За сврхе овог члана, поверљива информација означава, без обзира на медијум у коме је изражена, сваку информацију (i) коју поседује страна, (ii) која није јавно доступна, (iii) која је од комерцијалног, финансијског или индустријског значаја, и (iv) коју сматра поверљивом страна која је ствара.“ Одредба члана 52 (b) предвиђа поступак по коме страна може да прогласи информацију поверљивом. У члану 52(c) садржано је упутство за арбитражно веће о томе како да одреди да ли одређена информација треба да буде заштићена као поверљива. Чланови 52(d) и 52(e) омогућавају арбитражном већу да именује саветника, као и вештака, за питања поверљивости. Љубљански Арбитражни центар (ЉАЦ) при Привредној комори Словеније у свом правилнику, у члану 50 са наднасловом „Поверљивост“, детаљно уређује питање поверљивости: „1. Осим ако странке изричито друкчије не уговоре, ЉАЦ, арбитра и арбитар за хитне случајеве морају да очувају поверљив карактер поступка, арбитражне одлуке, налога и других одлука Арбитражног већа. Ова обавеза важи и за вештаке које именује Арбитражно веће, као и за Одбор и Секретаријат. 2. Осим ако изричито друкчије не уговоре, странке се обавезују да чувају као поверљиве све арбитражне одлуке, налоге и друге одлуке Арбитражног већа и сва документа које странке поднесу у поступку а која већ нису јавно доступна, осим када и до обима у ком откривање странки налаже законска обавеза или је то потребно ради заштите или остварења права или ради извршења или поништаја арбитражне одлуке пред судским властима.“ Готово су идентичне са Правилима ЉАЦ-а и одредбе члана 44 Швајцарских правила за међународну арбитражу (*Swiss Rules of International Arbitration*). Одредбу о поверљивој природи арбитражног поступка, која сажима решења из других доступних правилника који ово питање уређују, садржи и Правилник Београдског арбитражног центра при Удружењу за арбитражно право Србије у члану 9(1): „БАЦ, странке, арбитра, сведоци и вештаци чувају поверљивост поступка и арбитражне одлуке у мери у којој то није у супротности са меродавним принудним прописима или потребом да се заштите сопствена права.“

расправе приватне односно да на њима могу да присуствују само учесници поступка и позвана лица (сведоци, вештаци и др.).

Странке су, према правилницима, ослобођене чувања поверљивости у одређеним ситуацијама – када постоји њихова законска обавеза да открију одређене информације, те када је обелодањивање неопходно ради очувања или остваривања неког права или у поступку поништаја или признања и извршења арбитражне одлуке.

Други аспект поверљивости који понеки арбитражни правилници уређују је питање објављивања арбитражних одлука. У тим одредбама заправо долази до исказивања става према поверљивом карактеру арбитраже уопште – једни ограничавају могућност објављивања одлука и условљавају је сагласношћу обе стране, док други, својим формулацијама, заправо подстичу објављивање арбитражних одлука односно отварају пут и, снагом ауторитета институције, наводе странке да пристану на објављивање одлука које су донете под њиховим окриљем.³⁵ Пракса заштите поверљивости арбитражне одлуке односно заштите права странке која је неовлашћеним објављивањем оштећена није развијена или није доступна.³⁶

35 Правилник *LCIA*, на линији заштите поверљивог карактера арбитраже (в. претходну фусноту) одређује да ова арбитражна институција не објављује одлуке без сагласности странака – члан 30(3). Арбитражни правилник *UNCITRAL*-а за *ad hoc* арбитраже садржи правила о објављивању арбитражних одлука (члан 34.5): „Арбитражна одлука може да се објави уз пристанак свих странака или кад се њено откривање захтева од странке по некој њеној законској обавези, ради заштите или вршења неког права или у вези са поступком пред судом или другим надлежним органом“. И Правилник Љубљанског арбитражног центра при Привредној комори Словеније, који је један од ретких институција која детаљније уређује питање поверљивости арбитраже (в. претходну фусноту), предвиђа у члану 50(4) да Центар може да објави арбитражну одлуку, налог или другу одлуку арбитражног већа „у анонимној форми која не омогућује идентификацију странака или других лица осим ако се странке писаним путем не успротиве објављивању у року од 60 дана од дана доношења одлуке“. Идентична је и одредба садржана у члану 9(2) Правилника београдског Арбитражног центра при Удружењу за арбитражно право Србије. Швајцарска правила за међународну арбитражу (*Swiss Rules of International Arbitration*) у члану 40(3) такође садрже одредбу о објављивању одлука: „Арбитражна одлука може бити објављена било у целини било у облику извода или резимеа само под следећим условима: а) да је захтев за објављивање упућен Секретаријату; б) да су избрисана позивања на називе странака; ц) да ниједна странка не приговори таквом објављивању у року који одреди Секретаријат.“ Садашњи Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије не садржи одредбу о објављивању одлука, док је ранији Правилник имао одговарајуће правило (члан 51) по коме су одлуке могле да буду објављене од стране Арбитраже само уз претходни пристанак странака. Овај ранији Правилник је давао и овлашћење председнику Спољнотрговинске арбитраже да одбори објављивање, у одговарајућој форми, арбитражне одлуке за сврхе научног истраживања.

36 О пракси објављивања арбитражних одлука у Италији, Аустрији, Швајцарској, Француској, Енглеској, Немачкој и неким другим земљама – в. Wigand Frank-Bernd

Поједине арбитражне институције настоје да у својим правилницима уреде питање поверљивости на такав начин да се арбитражном већу даје овлашћење да, на захтев странака, издаје налоге у погледу заштите поверљивости арбитраже или неког од њених аспеката. Овим се материја уређује на флексибилнији начин и избегава тешкоћа да се унапред постави опште правило заштите поверљивости, а поготово да се дефинишу оправдани изузеци; то је остављено договору странака, а омогућено је свакој од њих да у захтеву арбитражном већу да изда налог определи какву заштиту жели.³⁷

5. Ризици повреде поверљивости

Одсуство чврстих правила о обавези чувања поверљивости у многим арбитражама не значи, међутим, да једнострано јавно објављивање података у вези са арбитражом није без ризика.

(editor), *Practitioners' Handbook on International Arbitration*, стр. 577, 633, 675, 804, 805, 873, 1075.

- 37 У овом погледу карактеристичан је Арбитражни правилник Међународне трговинске коморе (у широкој употреби у свету арбитраже) који у последњој верзији из 2012. предвиђа, у члану 22(3), да, на захтев странке, арбитражни трибунал може да изда налог који се односи на поверљивост поступка уопште или одређеног аспекта случаја. Коментатори овог Арбитражног правилника (Fry Jason, Greenberg Simon, Mazza Franceska, *нав. дело*, стр. 235–236 – тач. 3–805 до 3–812) наводе да се налог у погледу поверљивости може односити на забрану откривања самог постојања арбитраже, одређених исправа које су достављене као доказни материјал, осталих доказа (изјава сведока, налаза вештака), на акт мисије (посебан документ који, по Арбитражном правилнику МТК, састављају арбитраи и странке), процесне налоге арбитражног већа и арбитражну одлуку. Арбитражни правилник не одређује како се обезбеђује поштовање односно извршење налога арбитражног већа у погледу налога у вези са арбитражом. Коментатори посебно наводе да арбитражни прописи појединих земаља предвиђају односно допуштају да налози у погледу поверљивог карактера које изда арбитражно веће могу да буду извршени од стране државних судова. У другом делу, одредба члана 22(3) Арбитражног правилника МТК односи се на налоге арбитражног већа који су усмерени на заштиту поверљивости пословне тајне и других поверљивих информација пре него што оне буду поднете односно откривене у поступку. Правилник не дефинише појам „пословна тајна“ нити појам „поверљива информација“, а примери из праксе ове арбитражне институције показују да налог о заштити поверљивих података може да предвиди да странка из одређеног документа одстрани поједине делове или да их затамни, или да забрани супротној странки да користи та документа ван арбитражног поступка. У појединим случајевима је налагано пуномоћницима странака да се састану и утврде начин заштите поверљивих докумената. МТК је, иначе, и у припреми за израду претходног правилника (који је важио до 2012) одустала од идеје да на општи начин одреди да су странке дужне да поштују поверљив карактер арбитраже и ограничила се само на то да у својим интерним правилима предвиди да такву дужност имају арбитраи и органи институције – Yves Derrain, Eric Schwartz, *нав. дело*, стр. 12.

Узима се, наиме, још увек, да чињеница да расправе нису доступне јавности имплицира да је странкама наметнута обавеза да не могу да јавно открију оно што произилази из арбитраже. Сматра се да у овом смислу постоји извесно очекивање, чак и традиција поверљивости у арбитражи. Ако странка повреди ово очекивање, иако оно није исказано у изричитим одредбама прописа или арбитражних правилника, може имати штетне последице, јер тиме вређа и схватање, „осећај“ арбитра о томе да странке не могу једнострано да откривају податке о арбитражном поступку.³⁸ Сматра се да је широко распрострањено схватање да арбитражи могу „леgitимно“ да очекују да ће странке сарађивати са њима у току читавог поступка, па и у питањима очувања поверљивости поступка.³⁹ Правни основ за ову дужност чувања поверљивости арбитражног поступка проналази се у томе што је арбитража приватни начин решавања спорова (у смислу да у том поступку не учествују државни судови). Када се одреде за арбитражу, може се сматрати да се странке опредељују и за то да поступак буде поверљивог карактера, да је то „услов који се подразумева“ сваког арбитражног поступка. Из сазнања да постоји општа перцепција да је арбитража поверљива, да то странке прихватају као правило, извлачи се чак и закључак да постоји и такво обичајно правило.

Међутим, ипак се чини да је тренд у међународној арбитражи да се одступа од овог става о поверљивости као неодвојивој карактеристици арбитраже. Ово се, пре свега, види из проширене праксе објављивања арбитражних одлука од стране самих арбитражних институција, било у целини, било у ревидованом облику, као и у судским одлукама по којима не постоји ова имплицитна обавеза странака да не обелодањују детаље о арбитражном поступку.

III Метод обезбеђења поверљивости арбитраже

Као што постоје разлози за откривање постојања и исхода арбитражног поступка, тако постоје и разлози који странке могу навести да захтевају поверљивост арбитражног поступка односно да уведу забрану откривања података о поступку јавности.

38 Paul Friedland, *нав. дело*, стр. 20 и 21.

39 Fouchard, Gaillard, Goldman, *нав. дело*, стр. 627 (тач. 1165), описују ово очекивање и додају да је овај принцип „сам по себи евидентан“, али признају да нема ослоњања у арбитражним правилницима. Jason Fry, Simon Greenberg, Franceska Mazza, *нав. дело*, стр. 236, тач. 3–809) наводе да „странка треба два пута да размисли пре него што занемари налог арбитражног трибунала за време поступка јер то може да се на њу неповољно одрази“.

Но, како је речено, не постоји у арбитражним прописима и правилницима арбитражних институција изричита забрана странкама да откривају детаље о арбитражи. Исто тако ни арбитражни прописи не уводе дужност за странке да чувају поверљив карактер арбитраже. Ни преовлађујућа судска пракса није склона да потврди да постоји обичај или прећутно прихватање дужности да се не обелодањују подаци о арбитражним поступцима. Арбитражни споразуми ретко се упуштају уопште у питање поверљивости, а и тамо где се нађу, те одредбе су лоше састављене односно не одговарају на већину од питања која се постављају када се разматра поверљивост арбитраже.⁴⁰

У таквој ситуацији, ако странке желе да њихов арбитражни поступак буде поверљив, да у том погледу истакну разлику између арбитраже и поступка пред државним судовима, треба да оно што је само општа перцепција, а не и чврсто правило, даље развију и осигурају одговарајућим формулацијама у свом арбитражном споразуму.⁴¹ Друга могућност је да се позову на правилник неке од арбитражних институција који садржи такве углавке. Но, ни у уговорним стипулацијама о поверљивости арбитраже не треба ићи на апсолутне забране откривања детаља о поступку, јер заиста постоје ситуације у којима се могу разумети и оправдати разлози који наводе странку да открије и постојање арбитражног поступка, као и специфичне детаље о поступку, укључујући и изреку одлуке.⁴²

IV Закључне напомене

Питање је до ког нивоа се треба залагати за поверљивост у арбитражи. Тачно је да обавеза чувања поверљивости арбитраже може штитити легитимне циљеве странака. С друге стране, ова дужност може довести и до изигравања захтева транспарентности и обавезе

40 Alexis Brown, *нав. дело*, стр. 990; Stefano Azzali, *Confidentiality vs. Transparency In Commercial Arbitration: A False Contradiction to Overcome*, стр. 1.

41 У литератури се наводе примери арбитражних споразума који обезбеђују поверљивост арбитраже – о томе да се поверљивост може осигурати одређеним формулацијама у арбитражном споразуму в. John Bellhouse, Anthony Lavers, „International Arbitration – Privacy and Confidentiality“, *Asian Dispute Review*, 2006, стр. 2. Потребу да стране својим арбитражним споразумима уреде материју поверљивости истичу и коментатори Арбитражног правилника МТК – Jason Fry, Simon Greenberg, Francesca Mazza, *нав. дело*, стр. 236, тач. 3–810. Водич међународног удружења адвоката за сачињавање арбитражних одлука (*IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*) из 2010. изричито сугерише странама да, уколико су заинтересоване да обезбеде поверљивост арбитраже, уреде ово питање у свом арбитражном споразуму (тачке 60–65).

42 Stefano Azzali, *нав. дело*, стр. 1.

обавештавања јавности (у случајевима када је у питању јавни интерес, али и у појединим случајевима приватног интереса), што може и компромитовати арбитражу као метод решавања спорова.

Уместо расправе о томе да ли став да поверљивост природно прозилази из арбитраже или се она не може претпоставити без јасног арбитражног споразума страна или позивања на арбитражни правилник који ово питање уређује, вреди испитати да ли је интерес страна да очувају поверљив карактер поступка стваран, те да ли је, с друге стране, транспарентност потреба странака и, пре свега, јавности уопште.⁴³

Нема сумње да је поверљивост, у неким врло специфичним ситуацијама, разлог за прибегавање арбитражи и инсистирању на њеном поверљивом карактеру. Но, с друге стране, има и више разлога да се, начелно, подржи транспарентност арбитражног процеса. Потреба за већом транспарентношћу арбитражног поступка исказана је и у припреми последње верзије *UNCITRAL*-ових Арбитражних правила за *ad hoc* арбитраже.⁴⁴

Многе арбитраже се не дотичу осетљивих података који би могли да се сматрају пословном тајном, нити арбитраже увек имају елементе који би могли нашкодити једној или обема странама, њиховом пословном угледу или другим интересима. Тешко је да се, осим у изузетним ситуацијама, може наћи интерес странака да очувају поверљивост арбитраже, укључујући и саму арбитражну одлуку (чак и страна која је спор изгубила нема посебан разлог да то скрива, а само опредељење да затражи поништај одлуке или пропуст да добровољно изврши одлуку, па друга страна мора да прибегне судском поступку признања и извршења, заправо доводи до тога да она сама скида вео поверљивости са арбитраже, те нестају њени разлози који су могли бити истицани у корист поверљивости). Учешће у арбитражном поступку, било на којој процесној страни да се одређено лице нађе, не мора се, у многим пословним трансакцијама (комплексни и дуготрајни пословни аранжмани, трансакције које носе повећани ризик за обе стране, и др.), сматрати „патолошким“ стањем, већ нормалном појавом односно начином да се превазиђу ризици посла и разреше могући и очекивани неспоразуми уговорних страна тако да то не мора увек довести и до драстичне повреде пословних односа, нити довести до реакција јавности неповољних по углед странке која се суди.

43 Noah Rubins, „‘Transparency’ in Investment Arbitration: A Call to Cost-Benefit Analysis“, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2010*, Klaussegger Christian et al. (editors), стр. 293–296; Stefano Azzali, *нав. дело*, стр. 2–4; Alexis Brown, *нав. дело*, стр. 1017–1020.

44 Званични записници Генералне скупштине УН са 63. седнице, *Supplement No. 17 (A/63/17)*.

Објављивање детаља о арбитражном поступку може бити у интересу самих странака у конкретним арбитражним споровима, али да има значај и у ширем контексту, да буде важно за стварање онога што се назива „арбитражном културом“, за прихватање арбитраже као ефикасног средства за решавање спорова у међународним пословним односима. Објављене одлуке стварају својеврсну базу правила односно „прецеденте“, који формално нису извор права, али сигурно имају утицај на праксу.⁴⁵ Објављивање одлука утиче и на арбитраре, јер сазнање да ће им одлуке бити познате стручној и широј јавности сигурно повећава њихову одговорност за начин вођења поступка, те за ставове изнете у одлуци. За опредељење страна за арбитражу много значи и предвидивост односно разумевање арбитражног процеса, што се такође обезбеђује транспарентношћу арбитражног поступка односно објављивањем квалитетних арбитражних одлука. Из арбитражних одлука потенцијални учесници поступака могу учити на успесима и грешкама других, чиме се повећава квалитет не само наступа у споровима, већ и квалитет у фази уговарања. Објављивањем одлука смањује се и могућност супротних одлука у истим фактичким и правним ситуацијама међу истим странама, поготово из истих пословних односа, као и у споровима између различитих страна који призилазе из комплексних пословних трансакција, када одлуке донесе различита арбитражна већа по различитим арбитражним споразумима. На основу арбитражних одлука које су доступне стручној јавности може се оцењивати и квалитет услуга појединих арбитражних институција, те на томе градити и њихов реноме.

Тако се долази до, наизглед, парадоксалне ситуације. Постоје разлози за поверљивост арбитраже, али и интерес јавности (који није супротан интересима странака) да арбитражни поступак буде у највећој мери транспарентан, те да арбитражне одлуке буду јавно објављиване. Транспарентност није на уштрб поверљивости и она се може постићи на начин који не шкоди странкама у поступку. Како тај баланс ова два захтева (који су различити, али не морају бити супротстављени) може да се постигне? Вероватно арбитражу треба водити средњим путем – оним којим се обезбеђује интерес за објављивање и доступност података о арбитражи трећим лицима, али и који поштује одређени ниво заштите поверљивости на који странке могу да се ослоне. Нису сви елементи арбитражног поступка за објављивање и не морју бити доступни трећим лицима. Законодавно уређивање ове материје требало би да обезбеди очување врлина арбитраже у које свакако спада и очекивање

45 Ово је нарочито видљиво у инвестиционим арбитражама под окриљем (Вашингтонског) Центра за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (*ICSID*), чије се одлуке објављују у целини или у деловима, где се арбитражна пракса, својом снагом, намеће као својеврсни извор права.

странака да ће њихов поступак бити поверљиве природе у одређеним ситуацијама. Онај ко открије или захтева откривање података (и ако се то питање постави пред судом) морао би да докаже да је то неопходно за очување његових легитимних права, а да то не може да обезбеди на други начин.

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
Attorney at Law, Belgrade

CONFIDENTIALITY IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Summary

The article takes a look at the assumption of confidentiality in arbitration and concludes that, apart from common understanding that the arbitral process is inherently private, there are no direct support and general consensus as to its confidential nature, i.e. as to general perception that confidentiality is a duty strictly and automatically related to the parties' choice to arbitrate. An overview of the present state of the law of arbitration demonstrates that legislation and institutional arbitration rules either do not address the matter or fail to precisely define confidentiality. Scholars are divided between position of genuine nature of confidentiality and legal concept that confidentiality in arbitration is not presumed. The jurisprudence (case law) itself also offers different solutions on the matter. Arbitration agreements very rarely deal with confidentiality issues.

The article clarifies the notion of confidentiality and addresses the key characteristics of the arbitration process affecting confidentiality. It concludes that permitting greater transparency (while preserving the interests of the parties to rely on confidentiality to certain extent, i.e. in specific, legitimate cases) would improve common understanding of the arbitration process and enhance arbitration's virtues (and certainly would not give rise to potential abuse of the arbitration as genuine method of resolving disputes in international commercial transactions).

The author proposes that best way for the parties to protect confidential nature of the arbitration or of some of its elements is to include specific wording in that regard in their arbitration agreements (settling the issues such as the scope, extent, duration of confidentiality obligation, its exceptions and the method of enforcement), or to refer to arbitration rules which deal with the

confidentiality issues. The parties should, in drafting the arbitration agreements with confidentiality feature, also take into consideration the law of the place of arbitration.

Key words: *international commercial arbitration, arbitration proceedings, oral hearing, arbitration award, privacy of arbitration, confidentiality, transparency, disclosure of information, institutional arbitration rules, arbitration agreement.*

Др Александар ЈАКШИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ДЕЈСТВА ПРЕСУДЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

У српском правосуђу постоји проблем који се тиче одређења дејства пресуда ЕСЉП у унутрашњем правном систему. Судови су склонни да схватају да пресуда обавезује само државу РС, али не и њене ордане (класично дејство пресуде *inter partes*). Анализа нам, ипак, показује да је пресуда ЕСЉП интeрпeрeтaтивни део норми садржаних у Конвенцији. Ошуда, сам њен садржај, ипак, правни ставови Суда постојау саставни део нормe која се пресудом конкретизује. Следствено томе, домаћа пресуде ЕСЉП у унутрашњем правном поретку је далеко шири. Она обавезује не само поужену државу, већ и све њене ордане. У унутрашњем правном поретку обавезује не само изрека, већ и образложење пресуде (чињенице и правни ставови). Ошуда долазимо до резултата да пресуда ЕСЉП има дејство *erga omnes*, тјe, хијерархијски илeдано, виши рані у односу на унутрашње право РС.

Кључне речи: *inter partes, erga omnes, restitutio in integrum*, објективна одговорност државе, немоућност ејзонерације.

I Увод

Пре тачно нешто више од 10 година у Републици је ступила на снагу Европска Конвенција о људским правима и основним слободама

из 1950. г. (ЕКЉП).¹ Можда релативно кратак период за оцену утицаја примене Конвенције на усклађивање унутрашњег права РС са њеном садржином, а још краћи период за оцену дејстава пресуда Европског суда за људска права (ЕСЉП) у унутрашњем правном поретку РС.

Јер, и сам поступак пред ЕСЉП траје изузетно дуго, тако да се тренутно пред Судом обрађује 7081² представки против РС. Такође, и сами поступци пред судовима и другим органима у РС који се воде ради отклањања повреда Конвенције које је ЕСЉП констатовао да су причињене пред судовима и другим органима у РС трају, такође, прекомерно. Стога, пред собом имамо свега неколико поступака у коме је затворен круг од подношења представке Суду, до доношења пресуде и њеног извршења у унутрашњем правном поретку РС.

Отуда, овај чланак има за циљ да објасни правилно тумачење одредбе члана 46 Конвенције која налаже безусловно извршење пресуда ЕСЉП у унутрашњем правном поретку, као и обавезе држава чланица које одатле за њих произлазе.³ Питање је изузетно сложено.

II О самој хијерархији извора норми у унутрашњем правном поретку РС

Неспорно је да члан 16 став 2 важећег Устава РС⁴ даје примат примени ратификованих међународних уговора у односу на унутрашње право. Такође, неспорно је, такође, да је ЕКЉП, по својој правном природи, међународни уговор,⁵ додуше са посебним карактеристикама и вишим хијерархијским односом у односу на друге међународне уговоре.⁶

Устав РС (члан 18 став 2) предвиђа изричито да се у правном поретку РС „непосредно примењују људска и мањинска права зајемчена

1 Закон о ратификацији Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (*Сл. лист СЦГ*, МУ бр. 9/03, 5/05 и 7/05, исправка у *Сл. гласнику РС*, МУ бр. 12/2010.

2 Укупно поднето 11.230. Подаци према статистици за 2013. г. преузети са сајта ЕСЉП.

3 Члан 46 став 1 ЕКЉП у преводу на српски гласи: Обавезност и извршење пресуда: „Високе стране уговорнице се обавезују да се повинују правноснажној пресуди Суда у сваком предмету у коме су странке“.

4 *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

5 В. уместо свих Александар Јакшић, *ЕКЉП – Коменџар*, Београд, 2006, бр. 27 за Увод.

6 Обично се ЕКЉП назива „Уставом Европе“ или „делом европског јавног поретка“. В. ближе уместо свих А. Јакшић, *ЕКЉП – Коменџар*, бр. 36 и даље за Увод.

опште прихваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима“. Такође, иста норма предвиђа да се само Законом може прописати начин остваривања ових права, и то само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему Закон никако не сме да утиче на суштину зајемченог права.

Дакле, овде Уставотворац има у виду тзв. *self-executing* нормe међународног права које се морају применити непосредно,⁷ дакле слично *lois d'application immédiates*,⁸ које су постављене у виши хијерархијски ранг у односу на нормe међународног права, било писане или обичајне, које немају овај квалитет, те нарочито у односу на нормe унутрашњег правног поретка, осим Устава РС.

Да ли је норма међународног права *self-executing* или не утврђује се⁹ историјским тумачењем воље редактора међународног уговора у питању као и утврђењем степена јасноће њене садржине, тј. подобности да буде непосредно примењена у правном поретку РС.

Дакле, нормe међународних уговора не само да имају примат у односу на унутрашње законодавство, већ се пред домаћим судовима примењују непосредно, ако се тичу остварење зајемчених људских права. Устав ништа, међутим, не казује о дејству пресуда које је донео ЕСЉП у односу на поједине државе које су починиле повреду права гарантованих у Конвенцији, а још мање о начину њихове инкорпорације у унутрашњи правни поредак РС. Уосталом, такве одредбе не садржи нити једно унутрашње право државе чланице ЕКЉП.

III О извршењу пресуда ЕСЉП у унутрашњем правном поретку

Норма члана 46 ЕКЉП налаже да „високе стране уговорнице преузимају обавезу да се повинују правноснажној пресуди суда у сваком предмету у којој су странке“.

Норма је наизглед јасна. Јер ако се пође од тумачења процесних појмова који су у њој садржани (правноснажност и странке) по аналогiji са дејством пресуде донете у унутрашњем правном поретку,

7 О појму и значају в. ближе уместо свих Carlos Manuel Vasquez, „The four doctrines of self-executing treaties“, *American Journal of International Law*, бр. 89/1995, стр. 695–723.

8 В. о нормама непосредне примене уместо свих Phocion Facescakis, „Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leurs rapports avec les règles des conflits des lois“, *Revue critique de droit international privé*, 1966, стр. 1–18.

9 Malcolm Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge, 2008, стр. 118; Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 8th ed., Oxford, 2012, стр. 52.

веома лако се долази до закључка да државу чланицу обавезује само изрека пресуде и то у границама њене субјективне, објективне и временске правноснажности.¹⁰ Међутим, када се дубље анализира сам поступак који претходи доношењу пресуде ЕСЉП показало се да је овакав закључак сасвим исхитрен и заснован на пароксијалним процесним принципима. Отуда, резултат оваквог једноставног тумачења могао би да буде да пресуда ЕСЉП производи сасвим различита дејства у различитим државама чланицама Конвенције. Овакав резултат засигурно нису желели творци Конвенције нити је он у складу са основним постулатом да ЕКЉП представља посебан објективни правни поредак успостављен ради заштите људских права.¹¹

1. Поступак поводом представке пред ЕСЉП

Поступак пред ЕСЉП се одвија према адверзијалној максими (условно речено, према европсконтиненталној правној терминологији: начелу контрадикторности).¹² Адверзијални принцип укључује и примену расправног начела, тако да је подносилац представке већ у представци дужан да изнесе чињенице на којима заснива свој захтев, као и доказе којима ове чињенице поткрепљује.¹³

За разлику од тужбе и основа тужбе евроконтиненталних правних система, представка мора да садржи и тачно одређење повреде права из Конвенције, али уз одговарајућу правну аргументацију, најчешће позиве на одговарајућу судску праксу ЕСЉП.¹⁴

У даљем, поступак се одвија углавном инквизиторски. Јер, Суд може у сваком моменту поступка да одреди странкама да Суду поднесу било информацију о било каквој чињеници, документу или било ком другом материјалу који је релевантан за решавање у меритуму.¹⁵ Најзад, Суд поставља крајње временске границе у којима странке могу да износе чињенице, доказе, своја правна схватања, као и поднеске у којима се изјашњавају на наводе противне стране. Сваки поднесак, па и прилагање појединог доказа (документа), након истека временског рока који је фиксирао, Суд одбацује као недопуштен.¹⁶

10 В. уместо свих Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, 6. издање, Београд, 2012, бр. 2425 и даље; А. Јакшић, *ЕКЉП – Коментар*, бр. 7 и даље за члан 46.

11 Још ECtHR, *Ireland v. United Kingdom*, Пресуда од 18.1.1978, Series A, no. 25, пара. 239, 240.

12 В. уместо свих А. Јакшић, *ЕКЉП-Коментар*, бр. 169 и даље за члан 6.

13 В. изричито члан 47 став 1 (д) Правилника суда од 1.7.2014. г. (Rules of Court).

14 В. изричито члан 47 став 1 (е) Правилника суда.

15 В. изричито члан 49 став 3 и 54 став 2 Правилника суда.

16 В. члан 38 Правилника суда.

2. Карактеристике пресуда ЕСЉП

Садржина пресуде ЕСЉП је донекле другачија у односу на садржину пресуде грађанског суда у унутрашњем праву. Битно је, међутим, да она мора да буде образложена (члан 45 ЕКЉП), те да свакако садржи изреку. Образложење се састоји од уврђених чињеница на којима се заснива или не заснива повреда права на коју се подносилац представке жалио у представци, као и правних схватања садржаних, махом, у раније донетим одлукама ЕСЉП поводом истог или сличног предмета спора.

Дакле, свака пресуда ЕСЉП је прецедентног карактера.¹⁷ Ово није изричито наглашено у Конвенцији, премда њен члан 28 став 1 б) предвиђа да Одбор може да представку једногласно прогласи прихватљивом и истовремено донесе одлуку о суштини спора ако је питање које је предмет спора такво да се односи на тумачење или примену Конвенције или протокола уз њу и већ је „разјашњено у устаљеној пракси суда“. У принципу, Суд тешко одступа од своје устаљене праксе,¹⁸ а када то чини позива се на динамичко тумачење норми ЕКЉП,¹⁹ тј. на промењене друштвене околности.

Што се тиче њене изреке, она је деклараторна.²⁰ Њоме се утврђује да постоји повреда права гарантованог Конвенцијом. Осим што пресуда ЕСЉП има деклараторно дејство, она може да садржи и кондемпнаторни део. Дакле, ван оквира тзв. пилот-пресуда,²¹ Суд њоме може

17 У том смислу и Samantha Besson, „The erga omnes effects of Judgments of the ECHR“, у: Samantha Besson (éd), *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14*, Zurich, 2011, стр. 134. О прецедентима у међународном праву в. ближе Marc Jacob, „Precedents: Lawmaking through International Adjudication“, *German Law Journal*, бр. 5/2011, стр. 1005–1032; Luzius Wildhaber, „Precedent on the ECtHR“, у: Paul Mahoney and others (ed.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges Rolv Ryssdal*, Cologne, 2000, стр. 1529–1545; Dragoljub Popovic, „The Role of Precedent in the Jurisprudence of the ECHR“, у: Dean Spielmann and others, *The ECHR, a living instrument*, Bruxelles, 2011, стр. 339.

18 Питање прецедентног дејства пресуда ЕСЉП решено је још у случају *Cossey*, Пресуда од 27.9.1990, Series A, no. 184, пара. 35: „It is true that... the Court is not bound by its previous judgments... However, it usually follows and applies its own precedents, such of course being in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case law. Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so. Such an departure might... be warranted to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present day.“

19 О томе ближе уместо свих А. Јакшић, *ЕКЉП – Коментар*, бр. 26 и даље за Преамбулу.

20 Изричито наглашено још у ECHR, *The Marcks case*, Пресуда од 13.6.1979, Series A, no. 31, пара. 58.

21 О појму и значају в. ближе Marcus Fyrnus, „Expanding competences by the judicial law making: ther pilot-judgment procedure of the ECtHR“, *German Law Journal*, бр–

да наметне туженој држави и додатне обавезе кондемпнаторног карактера које су за њу правно обавезујуће.²² При томе овде остављамо по страни одлуку Суда о правичном задовољењу (*just satisfaction* – члан 41 ЕКЉП) коју Суд може да додели подносиоцу представке као вид накнаде нематеријалне, али и материјалне штете коју је претрпео због повреде права из Конвенције.

С друге стране, пак, Пресуда ЕСЉП нема непосредно касаторно дејство, тако да не дира у правноснажност одлука поводом којих је и поднета представка ЕСЉП. Јер, представка ЕСЉП може да се поднесе тек након што су исцрпљена сва унутрашња правна средства (члан 35(1) ЕКЉП).

Али ако ЕСЉП утврди да је дошло до повреде права гарантованих Конвенцијом, долази до конфликта између правноснажних националних судских одлука и пресуде ЕСЉП која захтева њихову корекцију. Ако ова корекција није спроведена доделом правичног задовољења²³ којим се отклања статус „жртве“ повреде права из Конвенције,²⁴ корекција, с обзиром на принцип супсидијарности,²⁵ може да се спроведе само у унутрашњем праву,²⁶ и то, било у парници за накнаду претрпљене ште-

12/2011, стр. 1254. Овде се ради о томе да су саме земље чланице Конвенције дужне да идентификују системске проблеме и њихове узроке у националном правном поретку. Суд сам започиње такав поступак по норми садржаној у члану 61 Правила суда. Током трајања поступка по индивидуалној представи Суд прекида све друге поступке који се воде против исте државе у тзв. репетативним случајевима, све док тужена држава у свом правном систему не имплементира чак и ретроактивне мере које ће приметити на сличне случајеве. В. прву такву пресуду у случају ECHR, *Broniowski v. Poland*, од 22.6.2004. В. и ECHR, *The Hutten-Syapska case*, Пресуда од 19.6.2006, пара. 234.

22 В. ближе Xavier-Baptiste Ruedin, *L'exécution des arrêts de la CEDH: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bruxelles, 2009, стр. 122; Elisabeth Lambert-Abdelgawad, *The Execution of Judgments of the ECtHR*, Council of Europe Publishing, 2nd ed, 2008, стр. 23, 26 и даље.

23 Када додела правичног задовољења није довољна да отклони последице повреде права, тада је држава дужна да „...примени индивидуалне мере у унутрашњем правном поретку како би престала повреда права и како би се, онолико колико је то могуће, отклониле последице те повреде“. ECHR, *The case of Scozzari and Guinta*, Пресуда од 13.7. 2000, RJD 2000-VIII, пара. 39; ECHR, *The case of Hirsi Jamaa and others*, Пресуда од 23.2.2012, пара. 208.

24 О аутономном појму „жртва“ (*victim – victime*) из члана 34 Конвенције в. уместо свих А. Јакшић, *ЕКЉП – Коментар*, бр. 24 и даље за члан 34 са даљим упућивањем.

25 Заштита људских права се врши првенствено у оквиру националног правног поретка. О значају и домаћају принципа супсидијарности Конвенције в. уместо свих Paolo Carozza, „Subsidiarity as a Structural Principle of Human Rights Law“, *American Journal of International Law*, бр. 97/2003, стр. 38, 39; Laurence R. Helfer, „Redressing the ECtHR: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime“, *European Journal of International Law*, бр. 19/2008, стр. 129 и даље.

26 Основни циљ ове корекције је *restitutio in integrum*. В. ECHR, *The case of Brumarescu*, Пресуда од 23.1.2001, RJD 2001-I, пара. 19.

те, било у поступку за обнову парничног поступка како то и предвиђа ЗПП.²⁷

Дакле, сложени правни појмови као што су то, на пример, „право на тужбу“, „независност и непристрасност у суђењу“ и сл. (члан 6(1) ЕКЉП) „право на поштовање приватног живота“ (члан 8(1) ЕКЉП), „право на мирно уживање имовине“ (члан 1 Првог додатног Протокола уз Конвенцију“) своју конкретизацију добијају тек у светлу прецедената ЕСЉП.²⁸ У том смислу, поставља се питање шта значи, заправо, непосредна примена норми међународног права о људским правима из члана 18(2) Устава РС.

IV Пресуда ЕСЉП као непосредни извор права у правном поретку РС

Када говоримо о дејству пресуде ЕСЉП у правном поретку РС морамо да разликујемо:²⁹

- 1) дејства изреке пресуде у националном праву када је пресуда донета против државе РС која је дужна да је и изврши;
- 2) дејства образложења пресуде у којима је за кршење људских права осуђена држава РС;
- 3) дејства пресуда у којима држава РС није била учесник.

1. Изрека пресуде

a) Дејство *inter partes*

Изрека Пресуде ЕСЉП донете против РС је, свакако, правно обавезујућа у границама своје правноснажности.³⁰ У том смислу, она субјективно производи дејства *inter partes*. Правноснажност се не простира и будуће истоветне или, пак, сличне случајеве. Објективне границе правноснажности се односе на предмет представке упућене суду

27 В. ближе Christoph Gusy, „Wirkungen der Rechtssprechung des EGRM in Deutschland“, *Juristische Arbeitsblätter*, бр. 6/2009, стр. 411; Tom Barkhysen, Michiel L. van Emmerik, „A Comparative View of the Execution of Judgements of the ECtHR“, у: Theodora Cristou, Juan Pablo Raymond (ed.), *ECtHR: Remedies and Execution of Judgments*, London, 2005, стр. 3 и даље. Члан 426 став 1 т. 11 Закона о парничном поступку (Сл. гласник РС, бр. 72/2011 и 49/2013).

28 Примери за ово су многобројни. В. ближе S. Besson, *нав. чланак*, стр. 139, фн. 27.

29 Ch. Gusy, *нав. чланак*, стр. 410.

30 А. Јакшић, *ЕКЉП – Коментар*, бр. 7 и даље за члан 46; Anne Peters, „Wie wichtig ist Stassburg?“, *Justiz*, бр. 91/2007, стр. 108; S. Besson, *нав. чланак*, стр. 131; Ch. Gusy, *нав. чланак*, стр. 410.

у смислу члана 34 ЕКЉП, док су временске границе правноснажности постављене на чињеницама када се расправљало о допуштености допуштености-прихватљивости представке (члан 35(26) ЕКЉП).³¹ Временске границе правноснажности могу да се помере на неки од доцнијих момената у поступку, већ према томе у ком моменту је Суд одлучио да је свако даље саопштавање чињеница и достављање доказа недопуштено.

За мере које је дужна да предузме РС у случају да је утврђено да постоји повреда права из Конвенције, одлучан је кондемпнаторни део пресуде ЕСЉП.³² То могу да буду разне конкретне наредбе или забране упућене туженој држави како би предузела мере или одустала од мера којима се врши повреда права гарантованих у Конвенцији. Најзад, то могу да буду и мере (на пример, плаћање суме новца, извршење конкретне судске одлуке и сл.) којима се у потпуности отклањају и последице повреде права из Конвенције.³³ И овакав кондемпнаторни део пресуде ЕСЉП има само дејство *inter partes*.

Наравно, правноснажна пресуда ЕСЉП има и свој материјални вид, тј. предмет поступка пред Судом је пресуђена ствар – *res judicata*. Поводом истог предмета спора странка не може више да подноси појединачну представку (члан 35 став 2 б) Конвенције – принцип *ne bis in idem*).

2. Образложење пресуде

а) Дејство *erga omnes*

Дејство пресуде ЕСЉП *erga omnes* произлази из њеног прецедентног карактера. Такође, сама сврха пресуде ЕСЉП не ограничава се на решење о основаности сваке појединачне представке. Напротив, њено доношење има за циљ и испуњење обавезе држава из члана 1 Конвенције које се односе на заштиту и унапређење људских права гарантованих Конвенцијом.³⁴ Са овим дејством не треба, међутим, мешати дејство преображајне пресуде донете у националном правном поретку.³⁵

Када говоримо о *erga omnes* дејству пресуде ЕСЉП, имамо, најпре, у виду већ поменути чињеницу да је ЕСЉП везан својом пресудом у

31 В. ближе уместо свих А. Јакшић, *ЕКЉП – Коментар*, бр. 8 и даље за члан 46.

32 За примере в. Ch. Gusy, *нав. чланак*, стр. 411; S. Besson, *нав. чланак*, стр. 139; T. Barkhuysen, M. L. van Emmerik, *нав. чланак*, стр. 11 и даље; E. L. Abdelgawad, *The Execution of Judgments of the ECHR*, стр. 23 и даље.

33 Ch. Gusy, *нав. чланак*, стр. 411 са даљим примерима.

34 Тако већ ECHR, *The case of Ireland v. Uniter Kingdom*, Пресуда од 18.1.1978, Series A, no. 25, пара. 154.

35 О томе в. ближе А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, бр. 2385 (дејство *erga omnes*).

свим будућим истим или сличним ситуацијама које се заснивају на истим чињеницама.³⁶ У неку руку, образложење пресуде постаје саставни део права гарантованог Конвенцијом.³⁷

Даље, образложење пресуде ЕСЉП у којој је утврђено да је тужена држава починила повреду права из Конвенције обавезује и све њене органе.³⁸ Јер, како је држава чланица дужна да изврши Пресуду ЕСЉП, а свака Пресуда мора да буде образложена (члан 45 ЕКЉП), дужност извршења пресуде обухвата и дужност органа државе чланице да ускладе своје радње са утврђењима у образложењу пресуде.³⁹

Због важности овог питања нужно је да цитирамо део пресуде *Oberlandesgericht-a Naumburg* којом је дејство пресуде ЕСЉП сведено на дејство *inter partes*.⁴⁰

„Пресуда ЕСЉП обавезује само СР Немачку која је и субјект међународног права, али не и њене органе који су одговорни за вршење функције судовања, а који су независни у складу са чланом 97 став 1 Устава. Стога, дејства пресуде... су ограничена што се тиче правних схватања и чињеница на одређење санкција због пређашње повреде права како је то сматрао ЕСЉП. Пресуда ЕСЉП није ни у ком случају обавезујућа и нема никаквог утицаја у правном поретку СР Немачке.“

Пресуду је по Уставној жалби поништио Уставни суд Немачке,⁴¹ с тврдњом да се пресуда ЕСЉП мора узети у обзир у немачком правном поретку.⁴²

36 В. овде *infra* фн. 17, 18 и 19.

37 Elisabeth Lambert Abdelgawad, *Les effets des arrêts de la CEDH*, Bruxeless, 1999, стр. 76.

38 François Tulkens, „L'exécution et les effets des arrêts de la CEDH. Le rôle du judiciaire“, у: *CEDH. Dialogue entre juges*, Strassbourg, Council of Europe Publishing, 2006, стр. 12; Jochen A. Frowein, „The Binding Force of ECHR Judgments and its Limits“, у: Stephan Breitenmoser and others (ed.), *Human Rights, Democracy and the rule of Law, liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, 2007, стр. 265; Georg Ress, „The Effects of Decisions and Judgments of the ECtHR in the Domestic Legal Order“, *Texas International Law Journal*, бр. 40/2005, стр. 362; Ch. Gusy, *нав. чланак*, стр. 413.

39 Joш Georg Ress, „The effects of judgments and decisions in domestic law“, у: R. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, London, 1993, стр. 815; T. Barkhuysen, M. L. van Emmerik, *нав. чланак*, стр. 3.

40 О овоме в. ближе Christian Tomuschat, „The Effects of the Judgments of the ECtHR According to the German Constitutional Court“, *German Law Journal*, бр. 5/2010, стр. 521 и даље.

41 BVerGE 111, 289, на страни 315.

42 Приликом оцене става немачког Уставног суда мора се узети у обзир да међународни споразуми у немачком правном поретку имају ранг обичног савезног Закона (члан 25 Устава – *Grundgesetz* СР Немачке).

Што се тиче дејства образложења пресуде ЕСЉП даље морамо да разликујемо између утврђених чињеница и правних схватања садржаних у пресуди.

1) Чињенице

Прецедентни карактер пресуде налаже да и утврђења ЕСЉП о чињеницама имају обавезујуће дејство за државу чланицу њене органе који су починили повреду права из Конвенције. Јер, на овај начин, оваквим дејством образложења Пресуде ЕСЉП, Суд спречава да у накнадним поступцима који се односе на корекцију провнoснажних одлука домаћих органа национални судови и други органи наново арбитражно утврђују чињенице и олакшава рад националних судови и других органа.⁴³ Јер, другачији приступ могао би да доведе до поновне повреде неког од права гарантованог Конвенцијом.

Теоретски гледано, обавезујуће дејство већ утврђених чињеница у једном поступку у неком другом поступку заснива се на англосаксонској доктрини о „*estoppels*“ која је део доктрине о *res judicata* (обично се овај последњи појам уже схвата од *estoppel* или се, пак, сматра преклузијом).⁴⁴ Међутим, ипак ради се о изузетно компликованој правној фигури са једноставним правно-политичким циљем.⁴⁵

У суштини, *estoppel* представља сет доктрина којом суд спречава парничне странке да поднесу тужбу у правним ситуацијама у којима би оне то иначе имале право како би спречио неправичан исход спора. У ширем смислу, правило о *estoppel* преклудира странку да пориче или тврди нешто што је противно ономе што је већ уставновљено као истина било у судском или другом поступку, или у њеној властитој изјави, радњи, било да је она предузета изричито или прећутно.⁴⁶

За наша разматрања значајан је облик тзв. „*collateral* или *issue estoppel*“.⁴⁷ Он значи потпуну забрану поновног разматрања било чињеничних или правних питања која су већ једном решена између странака или само у вези са једном странком у парници заснованој на истом основу тужбе.

43 Ch. Gusy, *нав. чланак*, стр. 414.

44 В. о томе ближе уместо свих John B. Oakley, Vikmar D. Aman, *American Civil Procedure*, Cluwer, 2009, бр. 280.

45 В. ближе Anthony M. Garza, „Collateral Estoppel and Claim Construction Orders: Finality Problems and Vacatur Solutions“, *Science and Technology Law Review*, бр. VI/2005, стр. 1–35.

46 А. М. Garza, *нав. чланак*, стр. 4; J. B. Oakley, A. D. Amar, *American Civil Procedure*, бр. 282.

47 О значењу и значају в. ближе А. М. Garza, *нав. чланак*, стр. 3; J. B. Oakley, A. D. Amar, *American Civil Procedure*, бр. 282.

Наравно, као што је то случај и са европсконтиненталном доктрином о *res judicata*, веома је тешко да се одреди које су то чињенице и правна питања већ расправљена. Јер, у конексним тужбама правни основ тужбе (*cause of action*) може да се примени на различите животне догађаје и *vice versa*.

О самој амбивалентности концепта њабоље говори и *Justice Stewart* у једној пресуди:⁴⁸

„Федерални судови су традиционално примењивали доктрине *res judicata* (преклузија) и *collateral estoppel* (*issue preclusion*). По правилу *res judicata* коначна пресуда у меритуму преклудира странке... да понавно расправљају питања која су била или су могла да буду расправљена о оквиру основа тужбе. Према правилу о *collateral estoppel*, једном када је суд одлучио о чињеничним и правним питањима неопходним за доношење пресуде, та одлука може да преклудира поновно расправљање о питањима по различитом основу тужбе везано за странке из првог поступка...“

Нормативно, правило о *estoppel* је садржано једино у § 27 *Restatement Second on Judgments* (1982) где се предвиђа да је за случај да је о *questio facti* и *questio juris* коначно расправљено и утврђено у коначној судској одлуци, те када су та утврђења од суштинског значаја за мериторну судску одлуку, тада таква утврђења обавезују и у накнадној парници између странака, без обзира да ли она почива на истом или различитом основу тужбе.⁴⁹

Из горе наведене одредбе произлази да се *estoppel* односи само ако постоји идентитет странака у иницијалној и некој доцнијој парници између њих.⁵⁰ Ово правило знано као доктрина обостраности – узајамности (*mutuality*) почива на идеји да *estoppel* не може да се шири и на трећа лица,⁵¹ тј. странке које нису учествовале нити су, пак, имале било какве везе са иницијалном парницом. Ово правилно схватање би свакако могло да се штити и у континенталним процесним порецима о оквиру начела контрадикторности, док у САД потпада под Уставом гарантовано право на *due process of law*.⁵²

48 В. ближе Steven C. Yeazell et al., *Civil Procedure*, 3rd ed., 1992, стр. 887.

49 § 27 of the Restatement Second of Judgments: „When an issue of fact or law is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, the determination is conclusive in a subsequent action between the parties, whether on the same or a different claim.“

50 J. V. Oakley, A. D. Amar, *American Civil Procedure*, бр. 280.

51 Овде дакако не спадају умешачи, лица која су обавештена о парници и сл.

52 *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322, 327 n. 7 (1979) где највиши Суд у САД каже: „it is a violation of due process for a judgment to be binding on a litigant who was not a party or a privy and therefore has never had an opportunity to be heard“.

Међутим, у савременом америчком процесном праву⁵³ ова доктрина о узајамности се напушта у смислу да се *collateral* или *issue estoppel* проширује и на она лица са којима је иницијална парница конексно повезана (*privity*). „*Privity*“ – конекситет је процесна доктрина која се користи како би се обавезујуће дејство пресуде простирало и на треће лице (*outsider/privity*) на основу тога што између трећег лица и странке постоји веза која је довољно блиска да би оправдала примену доктрине *collateral estoppel*.⁵⁴

За наша разматрања значајно је и разликовање између тзв. офанзивног и дефанзивног *collateral estoppel*.⁵⁵ Код овог последњег тужени тврди да је тужилац преклудирани да захтева поновну расправу о чињеницама које су већ претходно утврђене у парници између тужиоца и трећег лица. Обрнуто, офанзивни *collateral estoppel* значи да тужилац тврди да је тужени преклудирани да расправља о чињеницама које су већ утврђене у парници са трећим лицем коју је изгубио.

Дакле, у уобичајеној шеми која настаје након што је подносилац представке успео у поступку пред ЕСЉП, те издејствовао деклараторну пресуду у којој је утврђено да су судови или други органи у РС у националном поступку повредили какво његово право гарантованом Конвенцијом, али је и даље задржао статус „жртве“, јер је пресудом ЕСЉП препуштено националним органима да у оквиру унутрашњег правног поретка отклоне последице повреде зајемченог права, подносилац представке подноси тужбу суду у РС или захтева обнову правноснажно окончаног поступка против странке која је учествовала у поступку који је био и повод за подношење представке ЕСЉП.

У таквим ситуацијама, судови и други органи у РС су преклудирани да расправљају о чињеницама које је поводом појединачне представке утврдио ЕСЉП. Према нашој процесној терминологији, они су њима везани. Тужилац може да се позива на офанзивни *collateral estoppel*, те на доктрину о конекситету (*privity*), јер између туженог и тужене државе РС постоји довољно блиска веза која оправдава примену преклузије. Ваља нагласити да у евроконтиненталној правној доктрини концепт *estoppel* делимично обухвата и принцип забране *venire factum*

53 B. § 29 Restatement on Judgments Second (1982).

54 *Clemmer v. Hartford Ins. Co.*, 587 P. 2d 1098, 1102 (Cal. 1978). На савезном нивоу доктрина узајамности напуштена је у *United States Supreme Court* у: *Blonder – Tongue Lab., Inc. v. Univ. of Ill. Found.*, 402 U.S. 313 (1971) допуштен тзв. „*defensive*“ *nonmutual collateral estoppel* и *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322 (1979), допуштен тзв. „*offensive*“ *nonmutual collateral estoppel*.

55 Први који је увидео и објаснио ову разлику био је *Brainerd Currie*, „*Mutuality of Collateral Estoppel Limits of the Bernhard Doctrine*“, *Stanford Law Review*, бр. 9/1857, стр. 281, 290.

proprium који, дакако, спада у забрану злоупотребе вршења процесних овлашћења.⁵⁶

Отуда, а и из горе раније наведених правно-политичких разлога, судови и други органи у РС су везани и чињеничним ставовима садржаним у пресуди ЕСЉП. Јер, како је судовање пред ЕСЉП прецедентног карактера, то и утврђења ЕСЉП о *чињеницама* имају обавезујуће дејство за државу чланицу чији су органи починили повреду права из Конвенције. Јер, на овај начин, оваквим дејством образложења Пресуде ЕСЉП, Суд спречава да у накнадним поступцима који се односе на корекцију правноснажних одлука домаћих органа национални судови и други органи *наново арбитрарно утврђују чињенице* и олакшава рад националних судова и других органа. Јер, другачији приступ могао би да доведе до поновне повреде неког од права гарантованог Конвенцијом.

2) Правна схватања

Што се тиче правних схватања (*res interpretata*), њихово дејство се не зауставља само на границама расправљеног случаја.⁵⁷ Напротив, сви судови и други органи у РС су дужни да се у будућим одлукама придржавају таквих правних схватања.

У образложењу Пресуде ЕСЉП морамо да разликујемо:⁵⁸ правна схватања која иду и изван домашаја појединачног случаја и која се тичу тумачења појединих норми Конвенције. Она су донета поводом поднете појединачне представке, али је њихов домашај далеко шири тако да обавезују све националне органе државе чланице за коју је Суд установио да је починила повреду права из Конвенције. Смисао обавезујућег дејства правних схватања је да се формира уједначено тумачење норми Конвенције у свим државама чланицама.

3. Правна схватања ЕСЉП садржана у образложењу пресуда у којима РС није учесник

Најзад, из горе наведених разлога судове и друге органе РС обавезују и делови образложења Пресуда ЕСЉП у којима РС није учесник, и то они делови у којима се износе правна схватања о тумачењу појединих одредби Конвенције.

56 В. ближе о томе А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, бр. 579.

57 S. Besson, *нав. чланак*, стр. 131, 132; Ch. Gusy, *нав. чланак*, стр. 115; T. Barkhuysen, M. L. van Emmerik, *нав. чланак*, стр. 3; Ch. Tomuschat, *нав. чланак*, стр. 532; Georg Ress, „The effects of decisions and judgments of the ECHR in the domestic legal order“, стр. 391.

58 В. уместо свих Ch. Gusy, *нав. чланак*, стр. 111.

V *Varia* и пракса ЕСЉП

Обавезујуће дејство пресуда ЕСЉП изричито је наглашено и у Препоруци Комитета Министара Савета Европе који надгледа извршење Пресуда ЕСЉП у националним правним системима. Тако: Комитет Министара Савета Европе је донео 12. маја 2004. г. Препоруку Rec. (2004) 6 државама о побољшању домаћих правних средстава.

У делу Преамбуле под насловом „Конвенција као интегрални део домаћег правног поретка“ стоји да је:

„7. Примарна претпоставка за постојање ефикасног правног средства да се обезбеди уживање права из Конвенције у националном правном систему. У том контексту, Комитет поздравља развој према коме је Конвенција данас постала интегрални део домаћих правних поредака свих држава чланица. Овај развој је побољшао расположивост ефективних правних средстава. Он је даље помогнут чињеницом *да судови и извршне власти у њовећаном обиму њошћују судску њраксу Суда њриликом њримене домаће њрава* и да су свесни своје обавезе да се повинују пресудама Суда у случајевима који се директно тичу њихових држава (види члан 46 Конвенције)....“

Исте ставове налазимо и у одлукама ЕСЉП у којима је суд доделио „жртвама“ повреде права гарантованих у Конвенцији правично задовољење у смислу члана 41 Конвенције. Тако у случају *Scordino* против Италије, Пресуда од 29.3.2006, Представка бр. 36813/97, ЕСЉП заузима следећи став:

„239. У својој Препоруци од 12. маја 2004. године (Rec (2004)6) Комитет министара је поздравио чињеницу да је Конвенција постала саставни део домаћег правног система у свим државама странкама, препоручујући да државе чланице обезбеде постојање домаћих правних средстава која су делотворна. С тим у вези Суд би нагласио да иако је постојање правног средства потребно, то није само по себи довољно. *Домаћи судови морају, њакође, њрема домаћем њраву, дирекћно њрименићи евројску судску њраксу, а доћичне државе њребају олакшаћи њихово њознавање ње судске њраксе...*“⁵⁹

„Суд позива тужену државу да њредузме све њоћребне мере како би обезбедила да су домаће одлуке не само у складу са судском њраксом овоћа Суда, него и да буду извршене у року од шест месеци након што су депоноване у Секретаријат.“

59 Тако и ECtHR, *The Burdov (2) case*, Пресуда од 15.1.2009, пара. 122–145; ECtHR, *The Nikolayevich case*, Пресуда од 15.10.2009, пара. 73–101.

VI Обавеза тужене државе да отклони последице повреде права гарантованих Конвенцијом

1. Уопште

Сама пресуда ЕСЉП никако не значи окончање проблема за подносиоца представке. Напротив, она је тек почетак и основа за будуће промене, полазна тачка која омогућава ефективно уживање права и слобода гарантованих Конвенцијом.⁶⁰ Проблем се не јавља када је тужена држава обавезана у изреци пресуде ЕСЉП да изврши конкретну чинидбу како би отклонила последице повреде настале повредом Конвенције. Основни принцип отклањања последица повреде јесте *restitutio in integrum*,⁶¹ ако је то могуће, или новчана накнада, када натурална реституција није више могућа или када би она, пак, непропорционално задрала у стечена права трећих лица.⁶²

У сваком случају, реституција је у оквирима националног правног поретка обавезна. Држава не може да се ескулира, на пример, због чињенице да због природе повреде реституција више није могућа. Напротив, ако је то случај, држава је дужна да „жртви“ обезбеди правично задовољење које би одговарало хипотетичкој вредности *restitutio in integrum*.⁶³

Исти принципи важе, међутим, и када је пресуда ЕСЉП само деклараторног карактера, те када је у њој утврђено да је тужена држава починила повреде права гарантованих у Конвенцији. Важи принцип *restitutio in integrum*, и то све дотле док се подносилац представке који је успео у поступку сматра „жртвом“ повреде права из Конвенције.

Међутим, у пракси судова у РС домашај пресуде ЕСЉП је потпуно погрешно схваћен. Пракса своди пресуду ЕСЉП на правни *nullum* тиме онемогућава извршење обавезе РС да се, сходно члану 46 ЕКЉП, повинује пресуди ЕСЉП. У пракси се користе флоскуле да „пресуда

60 F. Tulkens, *нав. чланак*, 2006, стр. 12. Иначе Гђа *Françoise Tulkens* је била Председница 2. Већа које је било надлежно за решавање представки против РС.

61 Принцип који је истакао још Стални Међународни суд Правде (PICJ) у случају *Facory at Shorzow*, Пресуда од 13.9.1928, Series A, no. 17, поновљен у готово свакој пресуди ЕСЉП. Тако и Т. Barkhuysen, М. L. van Emmerik, *нав. чланак*, стр. 3; Georg Ress, „The effects of judgments and decisions in domestic law“, стр. 808; E. L. Abdelgawad, *The execution of judgments of the ECHR*, стр. 11.

62 Тако ECHR, *Kin-Stib and Majkic*, Пресуда од 20.4.2010, пара. 96.

63 Jörg Polakiewitz, „The execution of judgments of the ECHR“, у: Robert Blackburn, Jörg Polakiewitz, *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and its member states*, Oxford, 2001, стр. 62; X. B. Ruedin, *L'execution des arrêts de la CEDH: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, стр. 153.

ЕСЉП не може да представља правни основ за тужбу⁶⁴. Тиме пракса обесмишљава теоретски концепт тужбеног захтева који је прихваћен у евроконтиненталним правним системима (чињенице и правна последица коју тужилац захтева).⁶⁵ Јер, у накнадној тужби против трећег лица пред судовима деклараторна пресуда изречена против РС има обавезујући карактер у горе наведеном смислу. И то не у евентуалној парници коју би подносилац представке повео против РС, већ и против трећег лица када између државе и РС постоји довољно блиска веза. Подсетимо само да, према пракси ЕСЉП, држава увек одговара за дугове тзв. друштвених предузећа.⁶⁶

Такође, став домаћих судова одудара од принципа заповести реституције, објективне одговорности државе, као и обавезе државе чланице РС да удовољи својим позитивним обавезама из Конвенције.

2. Статус жртве

Појам „жртва“ у смислу примене ЕКЉП је аутономан појам садржан у члану 35 ЕКЉП.⁶⁷ Статус „жртве“ у оквиру примене ЕКЉП губи се само ако држава у потпуности отклони стање које је успостављено повредом Конвенције и када је жртви додељена потпуна накнада штете због претрпљене повреде.⁶⁸

У пресудама домаћих судова⁶⁹ неосновано и произвољно се брка статус „жртве“ у напред наведеном смислу са појмом „оштећеног“ у смислу норми ЗОО. Јер, под жртвом се подразумева лице коме је тужена држава причинила какву повреду права гарантованог Конвенцијом, те која је утврђена у поступку пред ЕСЉП, при чему тужена држава није отклонила последице те повреде. „Оштећени“ је лице које је претрпело штету било деликтом или неизвршењем какве уговорне обавезе у односима приватноправног карактера.

Дакле, појам „жртва“ и појам „оштећени“ које домаћа пракса користи као синониме немају један с другим никакве везе. Сасвим је друго питање, међутим, да ли „жртва“ повреде права из Конвенције има право

64 Тако, став изнет у Пресуди ПАС у Београду, 5 Пж. 1642/14 од 1.10.2014. (необјављено) након пресуде ЕСЉП, Кин-Стиб и Мајкић од 20.4.2010; Виши суд у Београду, Гж. 6465/14 (необјављено) након Пресуде ЕСЉП у случају Шоргић, Пресуда од 3.11.2011.

65 В. ближе А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, бр. 1221 са даљим наводима.

66 В. уместо свих ЕCHR, *Kin-Stib and Majkic*, Пресуда од 20.4.2010, пара. 96.

67 В. ближе уместо свих А. Јакшић, *ЕКЉП – Коментар*, бр. 24 и даље за члан 34.

68 ЕCHR, *The Constatinescu case*, Пресуда од 27.6.2000, RJD 2000-VIII, пара. 42; ЕCHR, *Kin-Stib and Majkic*, Пресуда од 20.4.2010, пара. 77.

69 В. судске одлуке наведене у ф.н. 64.

и по којим нормама на накнаду штете због повреде права гарантованих у Конвенцији коју му је тужена држава причинила.

3. Начини реституције

Што се тиче начина реституције, важно је нагласити да у овом домену важи принцип објективне одговорности државе за почињену повреду. Такође, начин реституције подлеже принципу супсидијарности.⁷⁰

Већ у неколико пресуда ЕСЉП које су донете против РС истакнуто је да је одговорност за повреде права из Конвенције, нарочито због неизвршења правноснажних судских одлука је *објективне природе*. Не постоји могућност да се тужена држава екскулпира због неизвршења правноснажних судских јудиката. Тако, на пример, у једној од последњих Пресуда коју је ЕСЉП донео против РС у случају Јовановић и други, Пресуда од 15. јула 2014. г. Суд је у пара. 21 и 22 казао следеће: „...држава је одговорна за неизвршење судске одлуке у питању, без обзира што је она донета у стечајном поступку. Стога је нашао да постоји повреда члана 6(1) и члана 1 Првог додатног Протокола уз Конвенцију...“⁷¹

С друге стране, пак, у погледу начина реституције влада принцип *суйсидијарности*. Дакле, сам начин отклањања повреде ЕСЉП оставља националном правном систему. Тако у горе поменутој Пресуди *Scordino* против Италије ЕСЉП истиче:⁷²

„233. Пре испитивања захтева за правичну накнаду који подносиоци захтева подносе на основу члана 41. Конвенције, а узимајући у обзир околности предмета и развој догађаја у погледу свог радног оптерећења, Суд предлаже да се испита какве се последице могу извући из члана 46. Конвенције за тужену државу. Суд понавља да се, према члану 46, високе уговорне странке обвезују да ће се подвргнути коначној пресуди Суда у сваком спору у којем су странке, с тиме да њено извршење надзире Одбор министара. Једна од последица тога је да кад Суд утврди повреду, *тужена држава има правну обавезу не само да исплати додичним лицима износе досуђене на име правичне накнаде према члану 41,*

70 О начинима реституције в. ближе уместо свих Т. Barkhuysen, М. L. van Emmerik, *нав. чланак*, стр. 3 и даље; Е. L. Abdelgawad, *The Execution of Judgments of the ECHR*, стр. 23 и даље.

71 Сличне ставове налазимо и у другим пресудама ЕСЉП. Тако, на пример, у ECHR, *The Alisic and others case*, Пресуда од 16.7.2014, пара. 123–125, Суд налази да „преговори о сукцесији (држава бивше СФРЈ) не спречавају државе сукцесоре да на националном нивоу донесу мере којима би заштитиле права штедиша“ – проблем старе девизне штедне у СФРЈ; Пресуда од 7.5.2002, пара. 41, „Влада тужене државе није пружила никакво оправдање због неизвршења судске одлуке, а недостатак средстава у буџету не може да оправда такав пропуст.“

72 В. овде *infra* на стр. 12.

већ и да одабере, по надзору Комисије министра, ошине и/или, ако је то и примерено, појединачне мере које се требају донети у домаћем правном поретку како би се исправила повреда што ју је утврдио Суд и како би се у највећој могућој мери оклониле њене последице. Тужена држава остаје слободна да, по надзору Комитета министара, одабере средства којима ће испунити своју правну обвезу према члану 46 Конвенције, уз услов да су та средства у складу са закључцима изнесеним у пресуди Суда.“

Дакле, тужена држава може да изабере најприкладнији начин којим се спречава даља повреда права и којим се обезбеђује реституција. У том смислу, тужена држава може да примени како просперитетне, тако и ретроактивне мере у сфери своје легислативе и егzekутиве. С друге стране, пак, примена ретроактивних мера у сфери јудикатуре довела би до пробијања правноснажних судских одлука, те, самим тим, до повреде права из члана 6(1) Конвенције, јер принцип *res judicata*⁷³ се такође штити у оквиру права на правично суђење.

При свему овоме морамо да имамо у виду и тзв. позитивне обавезе држава чланица по Конвенцији.⁷⁴ И самим предузимањем позитивних мера могу да се спрече даље повреде, као и да се отклоне последице већ причињених повреда.

Дакле, органи државе за коју је деклараторном пресудом ЕСЉП утврђено да је починила повреду права из Конвенције „обавезни су да употребе сва расположива правна средства“ како би окончали повреду права, омогућили реституцију подносиоцу представке, те, коначно, спречили будуће могуће повреде у односу на сва лица која се налазе под јурисдикцијом државе у питању.⁷⁵

VII Закључна разматрања

Ступањем ЕКЉП на снагу, судови у РС су се сусрели са феноменом који је непознат евроконтиненталним правним системима. Овај феномен се тиче дејства пресуда ЕСЉП који превазилази класично учење евроконтиненталног права о субјективним, објективном и временским границама пресуде.

73 В. уместо свих А. Јакшић, *ЕКЉП – Коментар*, бр. 67 за члан 6.

74 В. о томе ближе уместо свих А. Јакшић, *ЕКЉП – Коментар*, бр. 57 и даље за члан 1.

75 ECHR, *The Stran Greek Refineries case*, Пресуда од 9.12.1994, Series A, no. 301-B, 240, пара. 61–62 (доношење новог закона и његова ретроактивна примена којом се отклањају последице повреде).

Пресудама ЕСЉП се конкретизују сложени правни појмови из Конвенције, тако да су оне *de facto* и *de jure* извор права, и то прецедентни извор права у свакој од држава чланица Конвенције.

Пресуда ЕСЉП не обавезује само тужену државу као субјект међународног права, већ и све домаће судове и органе. Такође, они нису везани само изреком пресуде која иначе делује *inter partes*, већ и правним ставовима ЕСЉП садржаним у образложењу пресуда који се простиру и на будуће исте или сличне случајеве, као и општим правним ставовима ЕСЉП изнети у пресудама ЕСЉП у поступцима у којима РС није била учесник.

За домаће судове и друге органе најважније је да схвате да су чињенични ставови садржани у пресудама ЕСЉП за њих обавезујући у свим поступцима у којима подносилац представке – тужилац пред домаћим судовима захтева реституцију, тј. повраћај у пређашње стање, тј. у стање у коме би се налазио да није дошло до повреде његовог права гарантованог Конвенцијом.

Обавеза државе и њених органа да изврши пресуду ЕСЉП је објективна, те, у том смислу, не постоји могућност егзонерације. Држава је дужна да примени сваку могућу меру како би окончала повреду, омогућила реституцију и спречила сваку могућу будућу повреду права које Конвенција гарантује.

У том смислу, долазимо до следеће хијерархије извора норми у унутрашњем праву РС:

- 1) Устав РС,
- 2) непосредна примена норми ЕКЉП у складу са члановима 16 и нарочито 18 Устава РС,
- 3) непосредна примена пресуда ЕСЉП,
- 4) норме унутрашњег материјалног и процесног права.

Aleksandar JAKŠIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

THE EFFECTS OF THE ECtHR JUDGMENTS IN SERBIAN LEGAL SYSTEM

Summary

There is a problem in the Serbian judiciary concerning the effects of the ECtHR judgments in the domestic legal system. The Courts assert that such Judgment bind only the State of Serbia, but not its organs (classic effect of the judgment inter partes). Our analysis shows, however, that the ECtHR judgments represent an interpretative part of the norms contained in the Convention. Hence, its contents, i.e. operative, interpretative part of the judgment become an integral part of the norm and have explanatory character. Consequently, the effects of an ECtHR judgment in the domestic legal order are far broader. It binds not only the respondent State, but also all her organs. Its binding effects relate not only to its dispositive, but also to reasoning of the judgment (facts and legal issues). Hence, as a result the ECHR judgment has effect erga omnes, and hierarchically speaking, the higher rank in relation to the internal law of the Republic of Serbia.

Key words: *inter partes, erga omnes, restitutio in integrum, responsibility of a State, impossibility of exoneration.*

Мр Симојана ПЕТРОВИЋ
виши асистент Правног факултета Универзитета у Бања Луци

НАЧЕЛА ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА ПРЕД СУДОМ У ПРИВРЕДНИМ СПОРОВИМА

Резиме

Закон о парничном процесу Србије (2011) промовисао је поједина начела оштрије парничне процедуре и у процесу, који се пред привредним судовима води поводом привредних спорова. У раду се ујоредно-правном, историјско-правном и нормативном анализом појединих законодавних одредаба овој посебној парничној процесу анализира значај свакој појединој начела који уобличује његову форму.

Осим тога, у раду је на систематичан начин учињен покушај докучивања значаја и међусобној односа неких процесних начела оштрије парничне процедуре, који дефинишу карактеристике процесу пред привредним судовима. У раду су представљене и поједине одлуке из судске праксе, као индикатор судској процесу и начина тумачења појединих законодавних одредаба у пракси привредних судова.

Кључне речи: *привредни спор, начела процесу пред привредним судом.*

I Увод

Посебна правила парничног поступка у привредним споровима примјењују се у свим споровима, за чије је рјешавање надлежан привредни суд, према одредбама закона којим се уређује стварна надлежност

судова.¹ Ова бланкетна норма ЗПП Србије (2011)² не дефинише појам привредног спора, већ само упућује на одговарајућу одредбу Закона о уређењу судова.³ Одредбе општег парничног поступка примјењују се

1 С обзиром на то да је изостало одређење појма привредног спора у Закону о парничном поступку Србије (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/11, 49/13 (Одлука Уставног суда), 74/13 (Одлука Уставног суда), 55/14; у даљем тексту: ЗПП Србије (2011)), тиме би и сам наслов ове главе Закона требало да гласи „Поступак из надлежности привредних судова“, или „Поступак пред привредним судовима“, као што је то случај са Законом о парничном поступку Хрватске (*Народне новине*, бр. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14; у даљем тексту: ЗПП Хр).

2 ЗПП Србије (2011), чл. 480.

3 Закон о уређењу судова (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 116/08, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011 и 101/2013; у даљем тексту ЗУС Србије). У чл. 25 законодавац привредни спор дефинише комбинованим кориштењем персоналног и каузалног критеријума. Наиме, овом одредбом прописано је да привредни суд у првом степену суди: 1. у споровима између домаћих и страних привредних друштава, предузећа, задруга и предузетника и њихових асоцијација (привредни субекти), у споровима који настану између привредних субеката и других правних лица у обављању делатности привредних субеката, као и кад је у наведеним споровима једна од странака физичко лице ако је са странком у односу материјалног супарничарства; 2. у споровима о ауторским и сродним правима и заштити и употреби проналазака, индустријског дизајна, модела, узорака, жигова, ознака географског порекла, топографије интегрисаних кола, односно топографије полупроводничких производа и оплеменјивача биљних сорти који настану између субеката из тачке 1 овог става, у споровима поводом извршења и обезбеђења из надлежности привредних судова, а у споровима поводом одлука изабраних судова само кад су донете у споровима из тачке 1 овог става; 3. у споровима који произлазе из примене Закона о привредним друштвима или примене других прописа о организацији и статусу привредних субеката, као и у споровима о примени прописа о приватизацији и хартијама од вредности; 4. у споровима о страним улагањима, о бродовима и ваздухопловима, пловидби на мору и унутрашњим водама и споровима у којима се примењују пловидбено и ваздухопловно право, изузев спорова о превозу путника, о заштити фирме, поводом уписа у судски регистар, поводом реорганизације, судске и добровољне ликвидације и стечаја осим спорова за утврђење постојања заснивања и престанка радног односа који су покренути пре отварања стечаја. Привредни суд у првом степену води поступак за упис у судски регистар правних лица и других субеката, ако за то није надлежан други орган, води поступак стечаја и реорганизације, одређује и спроводи извршење на основу веродостојних исправа када се односе на лица из ст. 1 тач. 1 овог члана, одређује и спроводи извршење и обезбеђење одлука привредних судова, а одлука изабраних судова само кад су донете у споровима из ст. 1 тач. 1 овог члана, одлучује о признању и извршењу страних судских и арбитражних одлука донетих у споровима из ст. 1 тач. 1 овог члана одлучује и спроводи извршење и обезбеђење на бродовима и ваздухопловима, води ванпарничне поступке који произлазе из примене Закона о привредним друштвима.

Упоредно-правно гледано, Закон о судовима Хрватске (*Народне новине*, бр. 28/13 и 33/15) у чл. 21 дефинише појам привредног спора само на основу каузалног критеријума. Појам привредног спора дефинисан је одредбом чл. 481 Закона о пар-

поступку пред привредним судом само уколико неко процесно питање није другачије регулисано правилима посебног поступка, који се води пред привредним судом. Ово се односи и на примјену процесних начела општег парничног поступка, а у поступку поводом спорова који се воде пред привредним судовима.

Посебан парнични поступак који се води пред привредним судовима, одликује примјена начела диспозитивности, писмености, истражног и расправног начела, начела електронификације и хитности, те начела непосредности.

Иако је одредбама ЗПП Србије (2011) поступак у *привредним судовима* позициониран међу посебне парничне поступке, законодавац у поступку пред привредним судовима неправилно упућује на *сходну* примјену осталих одредаба парничног поступка. Полазећи од става да поступак у привредним споровима представља посебан парнични поступак, онда се несумњиво ради о *суисидијарној* примјени општих правила парничног поступка.⁴

Имајући у виду чињеницу да је поступак пред привредним судом поједностављен, у односу на општи парнични поступак, те да је циљ посебних правила овог поступка најхитније могуће рјешавање спорне ствари, и начела која га уобличавају, предвиђена су, уважавајући искључиво овај циљ. Наиме, постизању начела хитности у поступању пред привредним судовима, подређен је омјер примјене начела диспозитивности и официјелности, начела писмености и усмености, истражног и расправног начела, начело електронификације, те начело непосредности.

Начела су општа и основна правна правила кроз која се изражавају одређени правно-политички и правно-технички циљеви који треба да се остваре у грађанском судском поступку. Процесна начела изражавају битне карактеристике сваког грађанског судског поступка, као метода правне заштите. Међусобни однос основних процесних начела у сваком грађанском судском поступку је различит.⁵ То вриједи и за поједине посебне парничне поступке, уважавајући специфичне правне и процесне циљеве. Начела судског поступка су правила којих се морају придржа-

ничном поступку Словеније (*Урадни лист*, бр. 73/07, 45/08) методом комбинације персоналног и каузалног критеријума.

4 Тако и Ранко Кеча, Боривоје Старовић, *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 2004, стр. 494; Јозо Чизмић, „Посебности поступка у привредним споровима пред судовима Федерације Босне и Херцеговине“, *Зборник радова Правној факултету Свеучилишта у Мосћару*, бр. 14/2001, стр. 202.

5 Гордана Станковић, „Основна начела парничног, ванпарничног и извршног поступка у власничким и стамбеним предметима“, *Lexoponica*, бр. 2/2011, стр. 251 и 252.

вати сви субјекти поступка, кад год предузимају одређену процесну радњу.⁶

II Начело диспозитивности и официјелности

Начело диспозитивности у општем парничном поступку, овлашћује странке да у парници постављају своје захтјеве пред судом, а истовремено ограничава суд у одлучивању само у границама страначких захтјева.⁷ Ова законодавна одредба, односи се, како на покретање парничног поступка, тако и на његово одржавање у току, одређивање предмета парнице, располагање предметом парнице, те на прикупљање процесног материјала.⁸ Суд неће одлучивати мимо, нити преко захтјева постављеног у тужби. Уколико, ипак, дође до прекорачења захтјева странке, то ће представљати разлог за покретање жалбеног поступка. Са друге стране, и сам жалбени поступак покреће се по начелу диспозиције, јер суд о прекорачењу тужбеног или противтужбеног захтјева неће пазити по сужбеној дужности, већ искључиво на приједлог странке.

Начело диспозитивности у општем парничном поступку произлази из диспозитивности субјективних грађанских права, поводом којих се пред судом расправља међу странкама. Ово начело, истовремено, формулише карактер парничне процедуре на начин, да на странке пребацује иницијативу, како за покретање, тако и за одржавање у току и окончање парничног поступка.

Начело диспозитивности овлашћује странке да слободно располагају захтјевима које су поставиле у току поступка. Странке у поступку слободно располагају свим својим главним и споредним захтјевима. Законодавац ово страначко овлашћење конкретизује тако што прописује да се странке свог захтјева могу одрећи, да могу признати захтјев противне странке, или се са супротном странком могу поравнати.⁹ У погледу садржаја процесног овлашћења располагања својим захтјевом, странке – тужилац и тужени – потупно су изједначени.¹⁰

6 Верољуб Рајовић, „Начела парничног, ванпарничног и извршног поступка“, *Правни животи*, бр. 12/03, стр. 7.

7 Вид. ЗПП Србије (2011), чл. 3 ст. 1.

8 Вид. Гордана Станковић, Ранка Рачић, *Парнично процесно право*, Бања Лука, 2010, стр. 196.

9 ЗПП Србије (2011), чл. 3 ст. 2.

10 Из одредбе члана 3 ЗПП Србије (2011) која се односи на начело диспозитивности у општем парничном поступку, произлази то да се примјена овог начела односи само на странке у поступку – тужиоца и туженог. Остали учесници у поступку – нпр. умјешач, свједок или вјештак нису странке у поступку и они не би могли рас-

Пропуштање странке да у поступку постави правозаштитни захтјев одређене садржине, или да предузме неку другу процесну радњу, која се одражава и на постојање неког страначког захтјева који је већ постављен, наводи на питање да ли је странка диспонирала својим захтјевом у поступку и у случају пропуштања предузимања неке процесне радње, а уколико то за посљедицу има фикцију о повлачењу, или немогућност истицања неког свог захтјева у поступку. Наше позитивно право, у складу са начелом диспозитивности, странкама не намеће дужност предузимања њихових процесних овлашћења у парничном поступку. Странке процесне радње треба да предузимају, уколико желе да успију у парници.¹¹ То се односи и на случајеве када суд странци налаже да предузме неку процесну радњу. Странка се не може принудити да буде дјелатна у поступку, већ је само могу погодити правне посљедице њеног пропуштања.¹² Стога, странке немају процесну дуж-

полагати страначким захтјевима постављеним пред судом. Ситуација је другачија када се умјешач, свједок, или вјештак нађу у улози *ad hoc* странке, односно када суд одлучује о неком њиховом самосталном правозаштитном захтјеву. Умјешач се може појавити у улози *ad hoc* странке у поступку када поставља самосталан правозаштитни захтјев за накнаду парничних трошкова у случају да *његова* странка успије у парници. Свједок у парничном поступку учествује као помоћни процесни субјект. То је треће лице, које суду саопштава своја чулна опажања чињеница из прошлости битних за рјешење спора, без изношења свог личног мишљења или закључка о томе. Стога се не сматра да свједок предузима парничне радње, већ се његова улога у страначкој парници ограничава на упознавање суда са елементима, од значаја за одлучивање о ствари која је спорна међу главним странкама. Међутим, постоји ситуација када је свједок, поводом туђе парнице, на основу Закона, овлашћен поставити самосталан правозаштитни захтјев суду за одлучивање о неком његовом праву. Тако ће бити када свједок, након обављеног свједочења, постави суду захтјев за накнаду трошкова приступа суду, као и измакле зараде, насталих усљед његове дужности свједочења. Захтјев за накнаду трошкова, насталих поводом дужности свједочења, представља посебан предмет парничног поступка свједока, као странке *ad hoc* и суд о њему одлучује посебном мериторном одлуком – рјешењем. Овај захтјев, са назнаком одговарајућег износа, свједок поставља пред судом одмах по саслушању. Наш законодавац прописује да и вјештак има право на накнаду трошкова свог приступа суду, као и на награду за извршено вјештачење. Закон, такође, прописује и да ће се рочиште за главну расправу одржати и уколико је одређено извођење доказа вјештачењем, па вјештак суду достави у законском року свој налаз и мишљење, али не приступи рочишту за главну расправу. Накнада путних трошкова, трошкова исхране и преноћишта, те трошкова вјештачења, на што вјештак по Закону има право из износа средстава предујмљених код суда, по логици ствари, настају само онда када вјештак приступи рочишту.

- 11 У упоредном праву, пар. 282 њемачког Закона о парничном поступку (нем. *Zivilprozeßordnung*) изричито прописује општу дужност странака да, благовременим изношењем својих чињеничних навода и предузимањем осталих парничних радњи, допринесе убрзању поступка (нем. *Prozessförderungspflicht der Parteien*).
- 12 Гордана Станковић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2004, стр. 247.

ност предузимања процесних радњи на које су овлашћене, већ имају процесни терет њиховог предузимања.¹³ Да ли ће странка предузети процесну радњу, зависи искључиво од тога, да ли јој се предузимање те радње поклапа са интересом да успије у парници.¹⁴

Ипак, начело диспозитивности нема неограничену примјену у парничном поступку. Законодавац је располагања странака постављеним захтјевима ограничио њиховом дужношћу поштовања принудних прописа, јавног поретка, правила морала и добрих обичаја.¹⁵ Суд по службеној дужности води рачуна о томе да ли су странке, располагајући својим захтјевима, повриједиле правила принудних прописа, јавног поретка, правила морала и добрих обичаја. Контролу да ли су странке својим недопуштеним диспозицијама повриједиле наведене одредбе когентног права врши, првенствено, првостепени суд. Уколико он направи пропуст и своју одлуку заснује на недозвољеним располагањима странака, то ће представљати повреду одредаба парничног поступка битну по самом закону, и као таква представљаће разлог за покретање жалбеног поступка пред другостепеним судом.¹⁶

Мјесто гдје се окончава могућност страначког диспозитивног располагања својим захтјевима у поступку, започиње подручје судског управљања поступком, према начелу официјелности и према правном начелу. Наиме, ако посумња да странке неистинито приказују чињенице да би оствариле недозвољено располагање захтјевом, суд може наредити да се докажу чињенице које међу странкама нису спорне. Суд је, такође, овлашћен да утврди и чињенице које странке нису изнијеле и изведе доказе које странке нису предложиле ако из резултата расправљања и доказивања произлази да странке располажу захтјевима којима не могу располагати. Суд је овлашћен да одреди извођење доказа вјештачењем по службеној дужности, ако је то прописано законом.¹⁷

13 Г. Станковић, *нав. дело*, стр. 247.

14 Стога и одредбу чл. 7 ст. 1 ЗПП Србије (2011), која говори о *дужности странака* да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице, не би требало тумачити као процесну дужност странке, већ више као овлашћење које се односи на странке, а не на суд. Дакле, наведена одредба одговара на питање ко предлаже доказе у парничном поступку – суд или странке, а не на питање да ли странка има дужност да предузме ову процесну радњу, јер је јасно да је одговор негативан, полазећи од принципа диспозитије.

15 ЗПП Србије (2011), чл. 3 ст. 3.

16 ЗПП Србије (2011), чл. 374 ст. 2 тач. 5.

17 ЗПП Србије (2011), чл. 262. Детаљније вид. Гордана Станковић, „Начело диспозитије и недозвољене радње располагања у парничном поступку“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 2/06, стр. 228.

1. Начело диспозитивности и официјелности у поступку пред привредним судом

Специфичност примјене начела диспозитивности у поступку пред привредним судовима намећу специфичности овог поступка, као што су страначка, парнична и постулативна способност странака, када се, као странка пред привредним судом, појављује привредно друштво као правно лице и привредни субјект. Наиме, правно лице има страначку и парничну способност, али не и постулативну, због чега правне радње у поступку предузима заступник правног лица – тзв. *орјан засјуйник*. Могућност располагања захтјевом у поступку, коју пружа начело диспозитивности заправо се и односи на органа заступника, а не на само привредно друштво, које, као правно лице,¹⁸ физички није у стању ни изразити своју вољу, нити диспонирати својим захтјевима у поступку.

Заступање привредних друштава регулисано је одредбама ЗПД Србије.¹⁹

Појам заступника правног лица регулисан је и одредбом Закона о парничном поступку. Ради се о лицу које је уписано у одговарајући регистар, а одређено је посебним прописом, општим и појединачним актом правног лица или одлуком суда,²⁰ те које предузима парничне радње којима изражава вољу заступаног правног лица.²¹

Примјена начела диспозитивности у поступку из надлежности привредног суда, само је дјелимично изричито регулисана одред-

18 Закон о привредним друштвима Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015; у даљем тексту: ЗПД Србије), чл. 2.

19 Овлашћење за заступање привредног друштва имају лица која су за одговарајући облик тог друштва предвиђена одредбама ЗПД Србије. Сваки ортак овлашћен је да самостално заступа оргачко друштво, ако уговором о оснивању није другачије одређено (ЗПД Србије, чл. 111 ст. 1). Комплементари воде послове друштва и заступају га. Командитори не могу водити послове, нити га заступати (ЗПД Србије, чл. 131 ст. 1 и 2). Друштво са ограниченом одговорношћу према трећима заступа директор, у складу са оснивачким актом, одлукама скупштине друштва и упутствима надзорног одбора (ЗПД Србије, чл. 221 ст. 1). Извршни директори воде послове акционарског друштва, и законски су заступници друштва, осим ако је статутом одређено да само поједини извршни директори заступају друштво (ЗПД Србије, чл. 388). Одредбе овог закона предвиђају и одговорност за штету заступника друштва, пуномоћника по запослењу и прокуристе за штету коју нанесу друштву прекорачењем граница својих овлашћења (ЗПД Србије, чл. 41).

20 ЗПП Србије (2011), чл. 77. Детаљније о заступању привредних друштава вид. Душица Палачковић, „Заступање (посебно процесно) привредних друштава у праву Републике Србије“, *Зборник радова са научној скуја са међународним учешћем „Правне норме у времену и ѿростору“*, Правни факултет Приштина – Косовска Митровица, 2012, стр. 51.

21 Детаљније вид. Михајло Дика, *Грађанско ѿрнично ѿраво – сѿранке, ѿхови за сѿуйници и ѿрећи у ѿрничном ѿостуйку*, Загреб, 2008, стр. 182.

бом парничног поступка у виду ограничења могућности диспонирања постављеним захтјевом. Наведена одредба прописује да се парнична радња заступника може опозвати само ако је у питању признање или одрицање од тужбеног захтјева,²² односно само уколико се ради о диспонирању већ постављеним тужбеним захтјевом странке – правног лица којег он заступа. Из ове одредбе закључује се да остале парничне радње које предузима њен орган заступник странка не може опозвати.

Процесне радње којима диспонира захтјевом постављеним пред судом, а које заступник предузима као израз воље правног лица, односно привредног друштва, трпе посебна ограничења, у смислу постојања сагласности органа одређеног статутом привредног друштва.²³ Из формулације наведене законодавне одредбе произлази да се контрола рада заступника привредног субјекта односи искључиво на диспонирање већ постављеним захтјевом пред судом, у смислу одрицања од истог, или признања захтјева супротне странке, а којим се окончава поступак пресудом на основу одрицања, односно признања. Међутим, из законодавне одредбе не произлази да се може опозвати и одлука органа заступника да не подигне тужбу у случају постојања привредног спора. Тиме се отвара питање, да ли је опозивању подложно и пропуштање органа заступника да предузме неку процесну радњу која резултира фикцијом о повлачењу постављеног захтјева у тужби, као и да ли се опозвати може пропуштање органа заступника да уопште постави тужбени захтјев пред судом.

Када је ријеч о пропуштању предузимања неких процесних радњи које резултирају фикцијама о повлачењу захтјева, као виду *іа-сивної* диспонирања тим захтјевима на штету заступаног правног лица, ситуација у поступцима из надлежности привредних судова је специфична, у поређењу са општим парничним поступком. Наиме, у општем парничном поступку сама странка има постулатиону способност, као и слободу да располаже својим захтјевом који је поставила пред судом. Због тога и њено пропуштање, које за резултат има наступање фикције о повлачењу тужбе, или доношење пресуде због пропуштања, под условом да је од стране суда упозорена на ове посљедице, подлијеже слободи њене диспозиције.²⁴ Са друге стране, недостатак постулатионе способности правних лица, условљава и специфичност њиховог заступања. За-

22 ЗПП Србије (2011), чл. 483. Закон о парничном поступку Србије (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 125/04, 111/09; у даљем тексту: ЗПП Србије (2004)) изричито је искључивао могућност да странка мијења и опозива радњу свог статутарног заступника (чл. 83).

23 Тако и Г. Станковић, Р. Рачић, *нав. дело*, стр. 179.

24 Тако и Г. Станковић, „Начело диспозиције и недозвољене радње располагања у парничном поступку“, стр. 225.

ступник правног лица заправо не спроводи изричиту вољу заступаног, јер он није физички у могућности да је изрази, као што то може заступано физичко лице. Статутарни заступник предузима поједине процесне радње у најбољем интересу заступаног правног лица, презумирајући његову вољу у најбољем интересу тог правног лица у сваком конкретном случају. То би значило да заступник правног лица нема слободу да диспонира тиме да ли ће подићи или неће грађанскоправну тужбу уколико је повријеђено неко грађанско право заступаног. Ову обавезу заступник правног лица има првенствено према заступаном лицу, а не према држави.²⁵ Из тога произлази да пропуштање органа заступника да предузме одређену процесну радњу, које резултира фикцијом о повлачењу захтјева привредног друштва или правног лица постављеног пред судом, нема исту тежину коју има пропуштање странке као физичког лица, које самостално и потпуно слободно диспонира својим захтјевима у току поступк, чак и уколико то чини на пасиван начин – односно својим пропуштањем. Из разлога правне сигурности у поступку, пропуштања статутарног заступника да предузме неку процесну радњу на коју је овлашћено – као вид пасивног диспонирања захтјевом који припада правном лицу, гледано са аспекта осталих учесника у поступку и суда – производи „негативне“ процесне посљедице по заступано правно лице или привредно друштво. Таква пропуштања не могу се анулирати самим тим што правно лице није „криво“ због пропуштања заступника, који је дјеловао у лошој вјери или са недовољном пажњом. На основу свега наведеног, за закључити је да пропуштање предузимања неке процесне радње, као вид пасивног диспонирања заступника привредног друштва, а које производи негативне посљедице по заступано правно лице, може бити предмет одговорности заступника правног лица према самом правном лицу, односно његовим органима за савјесно и уредно заступање пред судом. Та чињеница не може погађати интересе трећих лица, уколико су она савјесно поступала у поступку.

Ограничења начела диспозитивности која вриједе у општем парничном поступку, супсидијарно се примјењују и у поступку из надлежности привредних судова. Наиме, привредни судови дужни су да по службеној дужности воде рачуна о томе да странке својим диспозитивним располагањима не вријеђају правила принудних прописа, јавног поретка, правила морала и добрих обичаја.²⁶ Ова ограничења располагања

25 Вид. Тома Живановић, *Основни проблеми кривичној и грађанској процесној права (иоспуйка)*, Београд, 1941, стр. 30.

26 „Правна лица дужна су уредно да воде своје књиговодство, а могућност другачијег уговарања начина пословања законом није предвиђена. Због тога се не може прихватити позивање туженог на неубичајени начин међусобног пословања, у којем би он и тужилац ванкњиговодствено гасили међусобне обавезе. Имајући то у

странака могу се односити на одредбе материјалног, као и на одредбе процесног права.²⁷

Када је у питању начело официјелности, у поступку из надлежности привредних судова његова примјена није законом изричито предвиђена, већ се супсидијарно примјењују одредбе општег парничног поступка. Начело официјелности у поступку из надлежности привредних судова изузетно долази до изражаја само ако се странке понашају супротно принудним прописима, када суд по сопственој иницијативи предузима парничне радње и управља поступком.²⁸ Начело официјелности овлашћује суд да утврди чињенице које странке нису изнијеле и да изведе доказе које странке нису предложиле, ако из резултата расправљања и доказивања произлази да странке располажу захтјевима којима не могу да располажу.²⁹ Са друге стране, поступак из надлежности привредних судова никада се не покреће по службеној дужности.

III Расправно и истражно начело

Однос расправног и истражног начела у парничном поступку везује се за одговор на питање коме припада иницијатива за прикупљање процесног материјала – странкама или суду. Према изричитој законодавној одредби, у општем парничном поступку, странке су дужне изнијети све чињенице на којима заснивају своје захтјеве и предложити доказе којима се утврђују те чињенице.³⁰ При томе је суд у свом одлучивању и разматрању процесног материјала ограничен само на чињенице и доказе које су странке изнијеле.³¹ Садржај расправног начела попуњава се управо дужношћу странака да пред суд изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтјеве, као и да предлажу доказе, док је само извођење предложених доказа у надлежности суда, сходно истражном начелу. Суд одлучује о томе који ће се од понуђених доказа извести,³² а који

виду, првостепени суд је правилно обавезао туженог на плаћање износа према сравњеном IOS обрасцу, који је потписан и за туженог, јер тужени у току парничног поступка није доставио доказе да је наведено дуговање измирио, а терет доказивања тих чињеница је на туженом...“; из пресуде *Привредној ајелационој суда Србије*, бр. Пж.6835/2011 од 15.3.2012. године.

27 Одговор утврђен на сједници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 5. и 25. октобра и 7. и 14. новембра 2006. године.

28 Г. Станковић, Р. Рачић, *нав. дело*, стр. 199.

29 ЗПП Србије (2011), чл. 7 ст. 3.

30 ЗПП Србије (2011), чл. 7 ст. 1.

31 ЗПП Србије (2011), чл. 7 ст. 2.

32 ЗПП Србије (2011), чл. 229 ст. 2.

не, доношењем рјешења. За закључити је да се у општем парничном поступку расправно начело примјењује на дужност странака да суду предложе чињенице и доказе који су релевантни за њихове захтјеве, док се истражно начело огледа у дужности суда да одлучује о томе који ће од понуђених доказа извести, те да на главној расправи изведе предложене доказе.³³

Суд је, такође, овлаштен да утврди чињенице које странке нису изнијеле и да изведе доказе које странке нису предложиле, ако из резултата расправљања и доказивања произлази да странке располажу захтјевима којима не могу да располажу.³⁴ Ова одредба, чију је примјену законодавац предвидио само за изузетан случај недопуштеног страначког располагања захтјевима, одступа од правила да расправно начело доминира приликом прикупљања одлучујућих чињеница. У овој ситуацији се и прикупљање чињеничног материјала повјерава суду, независно од страначких приједлога. С обзиром да законодавац предвиђа да у случају да „странке“, располажу захтјевима којима не могу располагати нејасно је да ли законодавац примјену истражног начела на прикупљање чињеничног материјала предвиђа само под условом да обје странке предузимају недопуштена располагања захтјевима, или се ова одредба може примјенити и уколико суд утврди да само једна странка располаже захтјевом којим не може располагати. Такође је нејасно из законодавне одредбе да ли је довољно да странке располажу само једним главним захтјевом, или је неопходно да дође до кумулативног недопуштеног располагања више захтјева.

Из наведеног, намеће се закључак да се истражно поступање суда у општем парничном поступку уоквирује у границе начела диспозитивности странака, а да се те границе помјерају у смислу проширења истражних овлашћења суда само уколико дође до злоупотребе процесних овлашћења од самих странака.

У поступку из надлежности привредног суда, супсидијарном примјеном општих одредаба парничног поступку, намеће се закључак да је иницијатива за утврђивање чињеница и предлагање доказа, према расправном начелу, на странкама, док је доношење одлуке о извођењу предложеног доказа, као и само извођење предложеног доказа, у складу

33 ЗПП Србије (2011), чл. 326 ст. 1.

34 ЗПП Србије (2011), чл. 7 ст. 3. Наведена одредба непрецизно је формулисана. Наиме, законодавац говори о проширењу овлашћења суда приликом утврђивања одлучујућих чињеница, уколико „...из резултата расправљања и доказивања произлази да странке *располажу* захтјевима којима не могу да располажу“. Нејасно је, из наведене формулације, да ли је суд овлашћен да прошири своја истражна овлашћења тек уколико је странка починила недопуштено располагање захтјевом, или је то могуће и превентивно, уколико из резултата расправљања и доказивања произлази то да странке *намјеравају* неовлашћено располагати захтјевом.

са истражним начелом, повјерено привредном суду. Осим тога, имајући у виду то да у поступку пред привредним судом доминирају исправе као доказно средство, суд има кључну улогу у самом поступку извођења доказа читањем исправа,³⁵ а о чему ће више ријечи бити у дијелу о начелу усмености и писмености. Суд није дужан да налаже странкама предлагање извођења неког доказа.³⁶

IV Начело усмености и писмености

У општем парничном поступку начела усмености и писмености међусобно се употпуњују. Док начело усмености доминира на припремном рочишту и на рочишту за главну расправу, начело писмености примјењује се увијек када странка неку процесну радњу предузима ван рочишта, као и приликом засвједочавања усмено предузетих процесних радњи на самом рочишту.³⁷

На припремном рочишту странке усмено саопштавају своје доказне приједлоге суду, а на рочишту за главну расправу извођење доказа саслушањем свједока и странака, као и саслушање вјештака обавља се, у правилу, по начелу усмености.³⁸ Изузетно, законодавац предвиђа и могућност да се, умјесто усменог саслушања свједока, изведе доказ читањем писане изјаве свједока, у којој се наводе сазнања о битним спорним чињеницама, одакле су му оне познате и у каквом је односу са странкама у поступку. Писана изјава свједока мора да буде овјерена у суду или од стране лица које врши јавна овлашћења.³⁹ Иако је законода-

35 Историјско-правно гледано, Законик трговачки за Књажество Србију, кнеза Милоша Обреновића, из јануара 1860. године у пар. 19 прописује да: „У свима парницама пак може суд наредити, да му се књиге покажу поради виђења предмета о коме се парница води, или да се испише извод таквог предмета“. Осим тога, пар. 21 прописује: „Ако страна неће да покаже књиге, којима противна страна изјаснила се да ће веровати, онда суд може овој заклетву досудити“.

36 „Нису основани жалбени наводи туженог да је суд био дужан да му наложи да достави доказе о својој пословној пракси, да би их потом могао ценити при доношењу побијане одлуке. Свака странка која износи одређене наводе у парничном поступку, дужна је да суду предложи или достави доказе за те своје наводе... Из тога произлази, дакле, да суд није овлашћен да налаже странкама достављање одређеног доказа, већ је то обавеза самих странака.“ Из решења *Привредној ајелационој суда Србије*, бр. Пж. 4296/2010. од 7.10.2010. године.

37 ЗПП Србије (2011), чл. 14.

38 ЗПП Србије (2011), чл. 245 ст. 1.

39 ЗПП Србије (2011), чл. 245 ст. 2. Ова одредба је у теорији изазвала бројне полемике. Иако је законодавац у Радној верзији Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку Србије од 23.11.2012. године предвидио брисање наведене одредбе (Радна верзија наведеног Закона доступна на адреси: <http://arhiva.mpravde>).

вац наведеном одредбом дао могућност проширења подручја примјене начела писмености у општем парничном поступку, не конкретизује се под којим условима и на основу чега ће суд одлучити да предност да извођењу доказа читањем писане изјаве свједока, умјесто да се свједок усмено саслуша пред судом.⁴⁰ Слична је ситуација и када је у питању извођење доказа вјештачењем. Суд може рјешењем одредити да се извођење доказа вјештачењем спроведе читањем писаног налаза и мишљења које је странка приложила, а након изјашњавања супротне странке.⁴¹ Нова законодавна рјешења представљају резултат схватања законодавца да утврђивање стварног стања ствари у спорном односу није приоритетни задатак суда у поступку, нити то представља циљ поступка, већ суд има задатак да што прије ријеши спор који је изнијет пред њега на рјешавање. Ефикасност поступка и суђење у разумном року постали су прворазредни правнополитички циљеви који имају приоритет у односу на правилност одлуке,⁴² коју гарантују управо начела усмености и непосредности.

Оваква законодавна рјешења, у правној теорији имају своје оправдање у постизању правне сигурности и концентрације парничног поступка⁴³ са једне стране, док су са друге стране критикована замјеном једног доказног средства другим, те угрожавањем начела непосредности и контрадикторности.⁴⁴ Рјешење ове дилеме свакако ће пружити пракса, кроз примјену наведене одредбе.

gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/radne-verzije-zakona/, 1.4.2015. године), она ипак није брисана одредбама Закона о измјенама и допунама Закона о парничном поступку Србије (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 55/2014).

40 Радна верзија ове законодавне одредбе предвиђала је супституцију свједочења писаном изјавом само као изузетак у ситуацији када саслушање свједока није могуће или је отежано, односно ако свједок због неотклоњивих сметњи не може лично доћи пред суд или ако би његов долазак проузроковао несразмјерне трошкове. (Радна верзија ЗПП Србије (2011) доступна је на сајту Адвокатске коморе Србије: <http://www.advokatska-komora.co.rs>, наведено према: Гордана Станковић, „Писана изјава која замењује сведочење у парничном поступку“, *Правни информатор*, бр. 3/2012, стр. 19).

41 ЗПП Србије (2011), чл. 261 ст. 3.

42 Г. Станковић, „Писана изјава која замењује сведочење у парничном поступку“, стр. 18; Гордана Станковић, „Супституисање саслушања сведока писаном изјавом, тонским или оптичким записом“, *Годишњак Правној факултету Универзитета у Бањој Луци*, бр. 34/2012, стр. 132.

43 Детаљније вид. Никола Бодирога, *Нови Закон о парничном поступку*, Београд, 2012, стр. 28.

44 Г. Станковић, „Писана изјава која замењује сведочење у парничном поступку“, стр. 19; Александар Радованов, „Критичка анализа појединих законских рјешења у новом Закону о парничном поступку“, *Правно-економски погледи*, бр. 2/2012, стр. 24.

1. Начело писмености у поступку из надлежности привредних судова

У привредним споровима, спорне чињенице се, у правилу, доказују исправама.⁴⁵ У овом поступку, као доказно средство могу се изводити приватне и јавне исправе, чију доказну снагу суд оцјењује по правилу о слободној оцјени доказа. Законодавац је наведено правило поставио ради повећања ефикасности судског поступка поводом привредних спорова, као и ради хитности у поступању, али не искључујући и могућност саслушања странака и свједока, уколико је то потребно.⁴⁶ У поступку из надлежности привредних спорова, по природи ствари, није могуће саслушање странака, већ се саслушава орган заступник правног лица.

Са друге стране, законодавац, поштујући сумарност поступка у споровима мале вриједности,⁴⁷ прописује да се у привредним споровима мале вриједности тужба не доставља туженом на (писмени) одговор.⁴⁸ Тужени своје материјалне приговоре може изнијети, у овом случају, тек на припремном рочишту, а ако суд одлучи да не закаже припремно рочиште, онда тек на рочишту за главну расправу. Законодавац је, у овом случају, начело усмености ставио у службу испуњења начела хитности у поступању и начела ефикасности судског поступка. Ово по-

45 ЗПП Србије (2011), чл. 484. Законодавац не одређује детаљније да ли се поједине врста исправа разликују у погледу доказне снаге. Историјско-правно гледано, Законик о судском поступку у грађанским парницама за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца из 1929. године; у даљем тексту: Законик о судском поступку СХС (1929), у пар. 391 прописује да: „Опште претпоставке за доказну снагу трговачких књига, као и дневника и закључница трговачких посредника процењују се по постојећим законима... Суд ће по слободном уверењу оцењивати уколико књига која се води о пословима каквог господарства, обрта или другог каквог пословног предузећа даје доказ односно своје садржине и односно послова и дела на којима се оснивају уписи.“

46 Тако и Н. Бодирога, *нав. дело*, стр. 274. Са друге стране, ЗПП Хр одредбом чл. 501 прописује да странке у поступку пред привредним судовима не могу изван рочишта давати изјаве усмено на записник код суда. Одредба чл. 14 ЗПП Хр која прописује да ако за поједине радње није законом одређен облик у којем се могу предузети, странке предузимају парничне радње у писаном облику изван рочишта или усмено на рочишту. *Ratio* одредбе чл. 501 ЗПП Хр треба тражити у чињеници да је циљ давања усмене изјаве пред судом ван рочишта, заправо, пружање правне помоћи странкама, које немају довољно знања да саме направе поднесак, нити средстава да ангажују стручњака. Давање изјаве на записник код суда ван рочишта је, између осталог, искључено, јер привредне субјекте, у правилу, заступају квалификовани заступници, те зато што је могућа комуникација путем писаних поднесака. Тако и Ј. Чизмић, „Посебности поступка у привредним споровима пред судовима Федерације Босне и Херцеговине“, стр. 218.

47 Јозо Чизмић, „Пресуда због оглухе – нова пресуда у хрватском парничном поступку“, *Хрватска правна ревија*, бр. 9/2003, стр. 88.

48 ЗПП Србије (2011), чл. 487 ст. 4.

себно, имајући у виду правило о обавезном личном достављању тужбе, као и временско трајање ове процесне радње суда.

V Начело електронификације и хитности

Законодавац се определијелио за увођење начела електронификације у општу парничну процедуру.⁴⁹ Наиме, суд на приједлог странке или по службеној дужности може одредити да се свједок или странка саслуша путем видео конференцијске везе коришћењем уређаја за тонско или оптичко снимање.⁵⁰ Законодавац ни овдје не прописује детаљније када ће се суд определијелити за саслушање свједока путем видео конференцијске везе, нити када странка и под којим условима може предложити суду извођење доказа саслушање свједока на овај начин. Осим тога, закон прописује да странке у парничном поступку суду могу достављати поднеске електронском поштом,⁵¹ да суд може странкама и другим учесницима у поступку упућивати позив за рочиште или обавјештење о отказивању рочишта путем електронске поште, телеграмом, или другим електронским преносиоцем порука, под условом да је таквим начином позивања могуће да суд прими повратни податак да је лице позив, односно обавјештење примило,⁵² те да се достављање може вршити и електронским путем, у складу са посебним прописима и под условом да је таквим начином достављања могуће да се обезбиједи повратни податак да је лице примило писмено.⁵³

49 Историјско-правно гледано, трагови начела електронификације као вида вијерног забиљежавања предузимања појединих процесних радњи, налазе се и у одредбама Законика о судском поступку СХС (1929) пар. 376 прописује да: „Парнични суд може по предлогу које странке дозволити да извођење доказа бележи један или више стенографа. Стенограф, који није за ту службу стално заклет, заклеће се да ће оно, што буде усмено изнесено, верно забележити, а забелешке верно пренети на обично писмено...“ Иако је стенограф жив човјек а не електронски уређај, већ тада је препозната потреба да се обезбиједи постизање дословног забиљежавања поступка извођења неког доказа, а што данас могу обавити електронски уређаји.

50 ЗПП Србије (2011), чл. 245 ст. 3 и чл. 277 ст. 2. У њемачкој правној теорији, али и пракси, постоји став да судски поступак није ништа друго, већ посебна форма комуникације између учесника. Полазећи од тог става, намјера је њемачког законодавца да до 2022. године учини обавезним употребу електронских средстава комуникације између учесника у поступку међусобно, са једне стране и суда, са друге стране. Детаљније о овоме вид. Hanns Prütting, „Auf dem Weg von der mündlichen Verhandlung zur Videokonferenz – ein kleiner Schritt auf dem Weg zum elektronischen Gerichtsverfahren“, *Anwaltsblatt*, бр. 5/2013, стр. 330; Hanns Prütting, „Die elektronische Justiz“, *Civil Procedure Review*, бр. 3/2010, стр. 35.

51 ЗПП Србије (2011), чл. 104.

52 ЗПП Србије (2011), чл. 106.

53 ЗПП Србије (2011), чл. 129.

Начело електронификације у поступку пред привредним судовима има значај, утолико што доприноси остварењу начела хитности. Како у ЗПП Србије (2011) не постоје одредбе које изричито регулишу начело електронификације у поступку из надлежности привредних судова, то се одредбе које се односе на ово начело супсидијарно примјењују и у овом посебном парничном поступку, а у циљу постизања ефикасности и хитности у поступању.⁵⁴ Одредба опште парничне процедуре о томе да се странка или свједок могу саслушати и путем видео конференцијске везе кориштењем уређаја за тонско или оптичко снимање има ограничен домаћај у поступку поводом привредних спорова. Ово из разлога што у поступку пред привредним судовима доминира начело писмености и извођење доказа читањем исправа. Али, имајући у виду и то да могућност саслушања странака, односно органа заступника законом није потпуно искључено, овај сегмент начела електронификације парничне процедуре може утицати и на убрзање поступка пред привредним судом.

Начело хитности посебно је изражено у поступку из надлежности привредних судова. Скоро сва процесна правила поступка пред привредним судовима, а која одступају од правила општег парничног поступка, и јесу прописана управо у циљу реализације начела хитности овог посебног парничног поступка. Оно је, првенствено, видљиво кроз краће рокове за предузимање појединих страначких процесних радњи, кроз одступање од начела усмености и непосредности, кроз непостојање дужности суда да тужбу достави туженом на одговор уколико се ради о спору мале вриједности, те кроз строжији услов за подизање ревизије, а који се тиче вриједности предмета спора.⁵⁵

Законодавац изричито, као изузетак, предвиђа рок од тридесет дана за подизање приједлога за враћање у пређашње стање у поступ-

54 Новела Закона о парничном поступку Хрватске (*Народне новине*, бр. 25/13) даје посебан значај начелу електронификације у поступку пред привредним судовима. Наиме, чл. 492б изричито прописује могућност електронске доставе писмена странкама у поступку пред привредним судом, путем јединственог информационог система, а у чл. 492а регулисано је електронско подношење писмена привредном суду.

55 У циљу постизања хитности у поступку пред привредним судовима, ЗПП Хр у одредби чл. 495 регулише могућност да се, у хитним случајевима, рочиште може заказати телефоном, телеграмом, електронским путем, или на други одговарајући начин. Осим тога, одредба чл. 499 ст. 1 ЗПП Хр прописује да привредни суд може странкама наложити да једна другој директно упућују писмена електронским путем, препоручено поштом са повратницом или на други начин који омогућава несумњив доказ о обављеној предаји. Законодавац такво упућивање поднеска по учинцима изједначује са судском доставом писмена. Законодавац, ипак, није прецизирао под којим условима привредни суд може странкама наложити директно електронско упућивање писмена.

ку поводом привредних спорова,⁵⁶ који је краћи од рока од шездесет дана за враћање у пређашње стање у општем парничном поступку.⁵⁷ У циљу постизања хитности поступка, предвиђен је и рок од осам дана за добровољно извршење чинидбе, уз могућност да суд одреди и дужи рок за чинидбе које се не састоје у новчаном давању.⁵⁸

Одступање од начела усмености и непосредности, манифестовано је кроз одредбу која прописује да се у привредним споровима спорне чињенице доказују у правилу исправама.⁵⁹ Ова одредба не прецизира то какве морају бити исправе које се презентују пред судом, јавне или приватне, као ни то да ли оне морају бити овјерене и на који начин. Имајући у виду то да извођење доказа саслушањем странака или свједока захтијева више времена него што је то случај са извођењем доказа читањем исправа, јасно је да је наведена одредба постављена са циљем повећања ефикасности поступка у привредним споровима и хитности у поступању суда и странака. Са друге стране, суд не би смио, примјењујући начело хитности у поступању и ефикасности, угрожавати расправно начело, у смислу да уопште не изведе предложени доказ.⁶⁰

56 ЗПП Србије (2011), чл. 486 ст. 2 тач. 1.

57 ЗПП Србије (2011), чл. 110 ст. 3.

58 ЗПП Србије (2011), чл. 486 ст. 2 тач. 2. Рок за добровољно испуњење чинидбе у општем парничном поступку је петнаест дана (ЗПП Србије (2011), чл. 345 ст. 2. Са друге стране, ЗПП Хр одредбом чл. 500 ст. 1 тач. 2 прописује још и рок од осам дана за жалбу против пресуде односно рјешења, који је краћи од општег рока за жалбу који износи петнаест дана, те рок од три дана за подношење одговора на жалбу, који је у привредним споровима прописан као краћи, у односу на рок од осам дана за подношење одговора на жалбу у општем парничном поступку.

59 ЗПП Србије (2011), чл. 484.

60 „...Жалбени наводи да је првостепени суд постао супротно чл. 10 Закона о парничном поступку (право странке да суд о њеним захтевима и предлозима одлучи у разумном року) тако што је усвојио предлог за вештачење преко вештака графолошке струке ради утврђивања веродостојности потписа са спорним уговорима, 'иако је знао да ће тужбени захтев из других разлога одбити', неосновани су и без утицаја... Када би било који суд одмах по пријему тужбе имао коначан став о основаности, односно о неоснованости тужбеног захтева (на основу доказа који су уз тужбу или уз одговор на тужбу приложени, а могу бити приложени само писани докази), онда би то значило да се главна расправа ни не мора заказивати. То би представљало повреду расправног начела и прејудуцирање одлуке о тужбеном захтеву... Овакво поступање суда се зато не може третирати као повреда начела ефикасности, јер ефикасност не сме угрозити поступак утврђивања чињеничног стања и правилне примене материјалног права, те доношење законите и правилне одлуке, нити право странака на закониту заштиту... Начела из чл. 2 и 4 Закона о парничном поступку морају имати примат у односу на начело ефикасности, а обавеза суда да поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова се не сме тумачити нити применити на штету начела из чл. 4, 7 и 8 истог Закона. Из пресуде Привредног апелационог суда Србије, бр. Пж. 14301/10 од 23.12.2010. године.

У поступку о привредним споровима мале вриједности, према изричитој законодавној одредби суд неће достављати тужбу туженом на одговор.⁶¹ Одредба није инструктивног карактера за суд, већ уопште не оставља могућност да суд процјењује да ли ће у конкретном случају, или неће, доставити тужбу туженом на одговор. У овој ситуацији, законодавац је процијенио да у сврху остварења начела хитности у рјешавању привредног спора мале вриједности више доприноси начело усмености, него начело писмености, имајући у виду правила о личном достављању тужбе на одговор.⁶² Иако овакво законодавно рјешење доприноси хитности у поступању и ефикасности поступка, нејасно је у којем моменту започиње парница. Такође, упитно је до којег момента тужени може изјавити материјалноправне приговоре које би иначе изјавио у одговору на тужбу. За претпоставити је да ће тужени своје материјалноправне приговоре моћи изјавити усмено тек на припремном рочишту, односно на рочишту за главну расправу, ако суд не закаже припремно рочиште, под условом да тужени рочишту приступи. Све речено вриједи само уколико се ради о поступку о привредним споровима мале вриједности.

Ревизија у привредним споровима није дозвољена ако вриједност предмета спора побијаног дијела правноснажне пресуде не прелази динарску противвриједност од 100.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије, на дан подношења тужбе.⁶³ Ова одредба одступа од одредбе општег парничног поступка, према којој ревизија није допуштена у имовинскоправним споровима ако вриједност предмета спора побијаног дијела не прелази динарску противвриједност од 40.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе.⁶⁴ Иако је висина наведеног износа имовинског цензуса за изјављивање ревизије у привредним споровима снижена, у односу на његову висину према одредбама ЗПП Србије (2004), вриједност предмета спора, која је, као услов за изјављивање ревизије постављена на виши износ у привредним споровима, има за циљ постизање ефикасности поступка пружања судске заштите поводом привредних спорова.

61 ЗПП Србије (2011), чл. 487 ст. 4.

62 ЗПП Србије (2011), чл. 141.

63 ЗПП Србије (2011), чл. 485 ЗПП Србије (2004) прописивао је износ од 300.000 евра као вриједност предмета спора од које зависи допуштеност ревизије, али је овај износ снижен наведеном одредбом ЗПП Србије (2011) због веће ефикасности и реализације права на приступ суду и малим привредним дрштвима, а у складу са препорукама Савјета Европе.

64 ЗПП Србије (2011), чл. 403 ст. 3.

VI Начело непосредности

Начело непосредности у општем парничном поступку представља методско начело, које се односи на начин прикупљања процесне грађе и извођења доказа.⁶⁵ Ово начело повезује се са дужношћу суда да непосредно долази до сазнања о спорним чињеницама, извођењем доказа на главној расправи и непосредним контактом са странкама и осталим учесницима у поступку. Непосредно извођење доказа омогућује судији да стекне личне утиске о предмету доказивања, што је од посебног значаја за формирање судијског увјерења.⁶⁶ У прилог остварењу начела непосредности иде првенствено начело усмености. Суд је, у општем парничном поступку дужан све релевантне чињенице утврдити доказима на главној расправи.⁶⁷ У правилу су усменост и непосредност уско повезани. Разлика је у томе што је тежиште начела усмености у контакту између странака и суда, док је тежиште начела непосредности на самом поступку непосредног извођења доказа.⁶⁸

Са друге стране и поједина доказна средства омогућују поступајућем судији да непосредно дође до сазнања о спорним чињеницама више него остала. Тако је доказно средство саслушање странака, свједока и вјештака непосредније у поређењу са доказним средством исправе.⁶⁹

Маргинализовању начела непосредности доказних средстава у општој парничној процедури доприноси и одредба која прописује

65 Детаљније вид. Г. Станковић, Р. Рачић, *нав. дело*, стр. 217.

66 Г. Станковић, „Писана изјава која замењује сведочење у парничном поступку“, стр. 19.

67 „...Предметне чињенице првостепени суд утврђује увидом у спис Окружног суда у Задру. Међутим, оваквим својим утврђењем првостепени суд повредио је начело непосредности парничног поступка, јер није путем стручног лица – вештака саобраћајне струке у току поступка утврдио на који је начин до саобраћајне незгоде дошло налагањем вештачења... Докази на ове околности морали су бити изведени на главној расправи...“ Решење Окружног суда у Новом Саду, Гж. 1093/05 од 1.6.2006. године, *Билтен Окружної суда у Новом Саду*, бр. 9/2006.

„...Читањем изјава које су сведоци дали у другом парничном поступку и пропуштање суда да непосредно саслуша те предложене сведоке, повређено је једно од основних начела парничног поступка – начело непосредности, а странкама није дата могућност да расправљају пред судом...“ Решење Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 2157/10 од 24.5.2011. године.

68 Hans W. Fasching, *Lehrnbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien, 1990, стр. 354.

69 Вид. Михајло Дика, „О начелу непосредности у парничном поступку *de lege lata* уз неке пројекције *de lege ferenda*“, *Зборник Правној факултету у Загребу*, бр. 4/2008, стр. 899–921. Професор Дика разликује неколико сегмената начела непосредности, као на пример непосредност у расправљању, у извођењу доказивања, непосредност доказних средстава, временску непосредност итд.

могућност коришћења писане изјаве странке или свједока, односно тонског или оптичког записа, умјесто саслушања странака или свједока. Тиме се нарушава суштина начела непосредности у извођењу доказа – обезбиједити непосредан контакт између судије који ће донијети одлуку и самог свједока ради што правилније оцјене његовог исказа.⁷⁰ У овом случају, нејасно је на који ће начин суд доћи до појашњења о појединим детаљима из писане изјаве странке или свједока, као и то на који ће начин судија, односно странке у поступку поставити свједоку додатна питања у вези са догађајем о којем свједочи.

У парничном поступку из надлежности привредног суда, начело непосредности има своју примјену само са аспекта непосредности извођењу доказивања, али је скоро потпуно маргинализовано са аспекта непосредности доказних средстава, као и са аспекта непосредности у расправљању. У поступку пред привредним судом доминира правило да оцјену доказа врши и одлуку доноси онај привредни суд пред којим је спроведено расправљање о спорним чињеницама. Са аспекта функционалне надлежности суда гледано, то је, у првом степену увијек судија појединац.⁷¹ Овакво законодавно рјешење потпуно афирмише начело непосредности са персоналног аспекта, имајући у виду то да се њиме ојачава улога судије појединца у првостепеном поступку, а тиме и спречавају честе промјене састава судског вијећа, због којих расправа мора да почне изнова.⁷²

Када је у питању непосредност у расправљању пред привредним судом, примјена овог начела врло је ограничена. То произлази из изричите законодавне одредбе која прописује да се у привредним споровима спорне чињенице по правилу доказују исправама.⁷³ Имајући у виду то да извођење доказа читањем, од стране странака, предложених исправа, спада у домен истражног начела, те да су исправе саме по себи посредно доказно средство,⁷⁴ јасно је да, иако могућност органа заступника странке да пред привредним судом расправља о битним елементима спора, није потпуно искључена, она је итекако сведена на минимум.

70 Михајло Дика, „Доказивање саслушањем свједока у хрватском парничном поступку“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 2–3/2006, стр. 534.

71 ЗПП Србије (2011), чл. 482 ст. 1.

72 Гордана Станковић, „Начело непосредности – конкретизација начела у Закону о изменама и допунама Закона о парничном поступку (2009)“, *Правни информатор*, бр. 3/2010, стр. 4.

73 ЗПП Србије (2011), чл. 484. У теорији се наглашава да и писмени поступак може бити непосредан, као што је поступак дозволе уписа у земљишну књигу на основу увида у исту. Н. W. Fasching, *нав. дело*, стр. 354.

74 М. Дика, „О начелу непосредности у парничном поступку *de lege lata* уз неке пројекције *de lege ferenda*“, стр. 909.

Ratio ограничене примјене начела непосредности у овом посебном парничном поступку лежи искључиво у намјери законодавца да ово начело стави у службу начела хитности у поступању и ефикасности судског поступка.

VII Закључна разматрања

Парнични поступак који се, пред привредним судом води поводом привредног спора, одликује читав низ специфичности, у односу на правила опште парничне процедуре. То произлази из специфичности предмета поступка, самих учесника и на крају од правно-политичких циљева који су законодавцу били у виду, прописивањем посебних правила процедуре пред привредним судовима. У овом раду направљена је кратка анализа сваког појединог начела који одликује поступак из надлежности привредних судова.

Полазећи од општег значаја начела, као својеврсног модификатора судског поступка, даје се закључити да сва начела опште парничне процедуре, немају једнак значај за поступак који се пред судовима води поводом привредног спора.

Којем ће начелу дати већи значај, а којем мањи, законодавац се руководи првенствено правно-политичким циљем који жели постићи. Конкретно, у поступку у привредним споровима, даје се закључити да су сва остала процесна начела која су била предмет анализе у овом раду, у мањој или већој мјери, подређена једном начелу – начелу хитности. Законодавац је у овом поступку препознао значај брзог и ефикасног рјешавања спорова пред судовима, те је овај циљ, афирмацијом начела хитности, постигао потпуним подређивањем овом начелу свих осталих процесних начела. У том смислу, направљен је специфичан баланс између расправног и истражног начела, између начела усмености и писмености, те начела посредности и непосредности. Упоредно-правна анализа показала је да у парничној процедури Србије није изричито посебно афирмисано начело електронификације поступка пред привредним судовима, у односу на примјену овог начела у општој парничној процедури, као што је то учинио законодавац у неким сусједним државама.

Stojana PETROVIĆ, Mag. iur.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Banja Luka

THE PRINCIPLES OF CIVIL PROCEEDINGS BEFORE THE COURT IN COMMERCIAL DISPUTES

Summary

The Law on Civil Procedure of Serbia (2011) promoted the general principles of individual litigation procedure in the process, which before the court of commerce is leaded regarding commercial disputes. The paper is a comparative, historical-legal and normative analyzes of certain legislative provisions of the special court proceedings, form the aspect of the significance of each of the principle that shapes its form. In addition, the paper is a systematic way of an attempt to obtain a character and the relationship between some procedural principles of general civil procedure, which determine the characteristics of the proceedings before the commercial courts. Here are analyzed some specific decisions from judicial practice, as an indicator of judicial conduction of and ways of interpretation of certain legislative provisions in the commercial court's practice.

Key words: *commercial dispute, principles of the proceedings before the commercial court.*

Кристина АНЂЕЛИЋ
Универзитет у Нишу

САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У САГЛЕДАВАЊУ УЛОГЕ АРБИТАРА У РЕШАВАЊУ МЕЂУНАРОДНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА

Резиме

Решавање спорова путем арбитража се показало као начин који постоје динамички привредној животној међународне заједнице. Паралелно са развојем међународних економских односа, текао је и процес усавршавања овог начина решавања спорова и диференцијације међу арбитражама. Кроз сазревање разлика између европских и инвестиционих арбитража, створио се став да међународне инвестиционе арбитраже спадају у домен јавног права. Оваква класификација инвестиционих арбитража је од значаја за легитимизацију предмета инвестиционих спорова, као и измењену садржину овлашћења арбитра, постојећу у односу на суверена права држава. Пред међународну економску заједницу се у таквим условима поставља задатак очувања ауторитета арбитражних одлука и система решавања инвестиционих спорова. Један од начина решавања овог задатка је разумевање измењене улоге арбитра и њено адекватно инкорпорисање у традиционална схватања арбитражног начина решавања спорова.

Кључне речи: *арбитраже, инвестициони спорови, арбитражи, јавно право.*

I Увод у основне карактеристике арбитража

Трговинске арбитраже као начин решавања спорова између учесника на међународном тржишту су креиране тако да одговарају њиховом основном интересу – стварању профита. Ефикасност у решавању спорова, флексибилност и мањи трошкови од процеса који се воде пред локалним судовима, су основне карактеристике којима се овај начин решавања спорова прилагодио захтевима пословног света. За пословне субјекте на међународној сцени, арбитраже су посебно погодне јер им омогућавају да заобиђу домаће судове који, поред тога што могу да буду оптерећени често дугим и исцрпљујућим процедурама, могу да буду пристрасни и фаворизују домаћег учесника у спору. Арбитраже омогућавају преношење решавања спора на неутралан терен.

Начело на коме почива формирање арбитраже: аутономија воље, омогућава странама у спору својеврсни вид контроле над процесом решавања спора: дозвољен је избор арбитра, као и меродавног права. Овако конципиране арбитраже се могу схватити као део приватно-правног поретка са елементима уговора о налогу, тако да су стране у спору налогодавци, а арбитражи налогопримци, којима је у конкретном случају поверено обављање одређеног задатка – задатка да реши спор између налогодавца. Са аспекта права, као основне карактеристике трговинских арбитража могу се узети следеће: *inter partes* природа односа из кога спор проистиче и *inter partes* природа односа који су везани за процес решавања спора, *ad hoc* обим јурисдикције трибунала и *ad hoc* састав трибунала, као и коначност донетих арбитражних одлука.¹ Странама у спору је кроз трговинске арбитраже омогућена приватност у међусобним односима.

Међутим, развој међународних арбитража као форума за решавање инвестиционих спорова, као и њихова институционализација кроз међународне организације, тестира традиционално схватање правне природе овог правног института у целини, домета и значаја арбитражних одлука, као и улоге арбитра.

Промењена улога арбитра је продукт развоја међународних инвестиционих арбитража и промењене природе инвестиционих спорова, а огледа се, пре свега, у изменама у њиховим овлашћењима, односно у измењеном обиму аутономије и садржини њиховог ауторитета који имају у односу на суверена права држава. Овако схваћена улога арбитра се значајно удаљава од класичне која се развијала кроз рад међународних трговинских арбитража. Измене у њиховој улози се

1 Alec Stone Sweet, „Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier“, *Law & Ethics of Human Rights*, бр. 4.1/2010, стр. 22.

могу одредити као суштинске, а не само као резултат једноставног и стихијског прилагођавања на промене у међународном окружењу.

Концепт у коме се међународне инвестиционе арбитраже померају у домен јавног права, захтева да се сагледа улога арбитра у решавању инвестиционих спорова у контексту могућности њиховог утицаја на даљи развој међународног инвестиционог права, као и у контексту евентуалног уплива у управљање међународним економским односима.

II Међународне трговинске арбитраже

Развој међународних инвестиционих арбитража, а поготову њихова институционализација кроз Центар за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: *ICSID* центар) значио је квалитативни напредак у заштити права инвеститора. Уговарање стандарда третмана за стране инвеститоре кроз велики број инвестиционих споразума, нема суштински значај за инвеститоре уколико им није остављена могућност ефективне заштите уговорених права. Према броју ратификација Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: *ICSID* конвенција), којом је основан Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (у даљем тексту: *ICSID* центар), даље, према броју покренутих и решених спорова пред *ICSID* центром, затим, према одјеку које су арбитражне одлуке *ICSID* трибунала имале у професионалној, као и у академској јавности, *ICSID* центар је стекао ауторитет на међународној сцени у области решавања инвестиционих спорова. *ICSID* центар, његова организација и начин на који уређује решавање инвестиционих спорова, јасно илуструје разлике између трговинских и инвестиционих арбитража. Иако се оне баве решавањем спорова који у основи настају поводом сродних односа – поводом повреде права у обављању пословних операција на међународном тржишту, између њих постоје битне разлике.

Међународне инвестиционе арбитраже су карактеристичне, јер ниједан други међународно-правни институт не пружа могућност да:

- појединац истакне захтев за заштиту свог права пред међународним форумом без обавезе претходног исцрпљивања домаћих правних путева;
- који је везан за спор настао на основу сувереног акта државе;
- као исход тог спора добије прецизно одређен правни лек (у овом случају право на компензацију);

– који је међународно признат и може се извршити на имовини државе чијим актом су повређена права инвеститора.²

Од великог значаја за остваривање права инвеститора је могућност да појединац, пословни субјект, истакне захтев за заштиту својих права директно против државе, као носиоца суверене власти. У том смислу, међународне инвестиционе арбитраже служе да балансирају асиметичан однос учесника у инвестиционом подухвату, и омогућавају реализацију пословних активности на бази партнерских односа и фер третмана.

Сагледавање разлика између трговинских и инвестиционих арбитража има много већи значај од чисто теоријских класификација. Управо ове разлике су основа за аргумент да инвестиционе арбитраже спадају у домен јавног права. Полазећи од класичног схватања арбитража као приватно-правне творевине, оваква класификација приближава инвестиционе арбитраже судским органима, или, према мишљењима у литератури, органима управне власти, које могу да врше надзор над сувереним актима државе.³

Овакво схватање инвестиционих арбитража има и практични аспект који се огледа у давању легитимитета предмету инвестиционих спорова и овлашћењима арбитра, као и увођењу нових стандарда за утврђивање одговорности за повреду права инвеститора, који у решавање спора уводе и елементе који немају стриктно инвестициони карактер, већ социјалну димензију. Решавање инвестиционих спорова постаје осетљивије на шири друштвено-економско-политички контекст у коме се инвестиција реализовала и на који ће решење спора имати утицај.

Са друге стране, овакво схватање инвестиционих арбитража оставља простор за дебату о томе где су границе деловања арбитра и на који начин их је могуће успоставити. Управо због ове дилеме је потребно сагледати њихову измењену улогу, која се формирала и сазрела кроз развој схватања да инвестиционе арбитраже спадају у домен јавног права. Тек са схватањем њихове моћи и ауторитета који имају у уређивању међусобних односа учесника у међународним инвестиционим односима, може се арбитражни начин решавања инвестиционих спорова на адекватан начин поставити у оквиру онога што је у основи сваког инвестиционог односа: одржавање баланса интереса инвеститора и суверених држава.

Измењена улога, односно овлашћења, обим, домет и делокруг рада арбитра, који се у континуитету демонстрира кроз схватање ин-

2 Gus Van Harten, Martin Loughlin, „Investment treaty arbitration as a species of global administrative law“, *European Journal of International Law*, бр. 17.1, 2006, стр. 149.

3 G. Van Harten, M. Loughlin, *нав. чланак*, стр. 124.

вестиционих арбитража као тековине јавног права, може се посматрати кроз два посебна елемента:

- начин заснивања арбитража и
- промењен предмет инвестиционих спорова.

1. Начин заснивања арбитража

Арбитражни начин решавања спорова почива на аутономији воље страна. То значи да стране слободно уређују начин на који ће спор решити, ко ће решавати спор, и које ће се право примењивати приликом решавања спора, како материјално, тако и правила процедуре. Међутим, природа инвестиционог односа диктира разлику између начина заснивања трговинских и инвестиционих арбитража: то је дуготрајан пословни однос, по природи асиметричан, јер у њему са једне стране учествује инвеститор као привредни субјект, а са друге стране држава домаћин, са сувереним овлашћењима. Ова обележја инвестиционог односа диктирају специфичности заснивања инвестиционих арбитража, које се огледају у правној природи акта којим се даје сагласност за арбитражу, као и у обиму дате сагласности.

Да би се засновала надлежност *ICSID* центра потребно је да постоји сагласност страна у спору – државе и инвеститора. Сагласност државе мора бити дата у писаној форми.⁴ У литератури се наводи да постоје три основе форме ове сагласности:

- сагласност садржана у клаузули уговора државе и инвеститора или компромису закљученом након настанка спора;
- сагласност државе инкорпорирана у њено инвестиционо законодавство;
- сагласност државе садржана у билатералним и мултилатералним споразумима о заштити и третману страних инвестиција.⁵

Начин на који је дата сагласност за арбитражу није само од значаја као елемент за успостављање надлежности *ICSID* центра. Правна природа акта којим је сагласност државе дата одређује област права у чији домен арбитража спада, што консеквентно утиче на стандарде који се примењују током решавања спора, као и на значај и домет арбитражне одлуке.

4 Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. године (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*; даље у фуснотама *ICSID* конвенција), тач. 10 Преамбуле и чл. 25.

5 Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Београд, 2007, стр. 68.

Када заснивање арбитраже проистиче из уговора између државе и инвеститора, који садржи арбитражну клаузулу, тада се арбитраже заснивају на акту државе *de jure gestionis*, када она делује као било који други учесник на тржишту. Сагласност на арбитражу се односи на конкретан спор између државе и тог инвеститора, који је настао поводом уговора у коме су држава и инвеститор уговорне стране.⁶ У овом случају, спор је у приватној сфери, иако укључује државу. Овакав однос подсећа на класичан пословни однос, па је и приметна сличност са трговинским арбитражама јер оне почивају на споразуму између приватних лица да се спор између њих реши на одређени начин. Ауторитет арбитража произлази из аутономије воље појединаца да уређују међусобна права и обавезе на начин који њима одговара.⁷

Уколико се надлежност *ICSID* центра заснива на основу међународног мултилатералног или билатералног споразума, по својој суштини, ови споразуми, као јавни акти, искључују приватност као иманентно обележје трговинских арбитража. Поред тога, закључивање међународних споразума је акт вршења суверених овлашћења државе. Уколико је садржина тог споразума усмерена на креирање надлежности инвестиционе арбитраже, онда се и пристанак на ту арбитражу, која је дата у облику међународног споразума, мора сматрати сувереним актом државе.⁸

Сагласност државе на арбитражу која је инкорпорирана у њено инвестиционо законодавство се такође може посматрати као акт државе који произлази из њених суверених овлашћења, јер законодавну моћ у држави имају само највиши органи власти.

Када је арбитража заснована на међународном споразуму, или се сагласност исказује кроз национално законодавство – ради се о генералном пристанку државе да неодређени број будућих спорова повери на решавање арбитражи. Овај пристанак се заснива на акту државе који је дат на основу суверених овлашћења да регулаторне активности подвргне преиспитивању од стране арбитраже. Када држава наступа у сувереном капацитету, капацитет арбитраже да реши инвестициони спор проистиче директно из употребе јавних овлашћења.⁹

У литератури се наводи да се све више заснивање надлежности *ICSID* центра за решавање инвестиционих спорова предвиђа међународним билатералним и мултилатералним инвестиционим спо-

6 G. Van Harten, M. Loughlin, *нав. чланак*, стр. 142.

7 G. Van Harten, M. Loughlin, *нав. чланак*, стр. 140.

8 Charles N. Brower, Stephen W. Schill, „Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law“, *Chi. J. Int'l L.*, бр. 9, 2008, стр. 472.

9 G. Van Harten, M. Loughlin, *нав. чланак*, стр. 142.

ровима, или се предвиђа законодавством државе домаћина. У том смислу, може се сматрати да пракса држава показује прећутну сагласност да инвестиционе арбитраже имају другачији „третман“ у односу на трговинске арбитраже и креира пут за истицање аргумената да инвестиционе арбитраже, на основу начина занимања надлежности ICSID центра, излазе из приватне сфере и улазе у сферу јавног права.¹⁰

2. Предмет инвестиционих спорова

Пракса арбитража и одлуке који су доносили трибунали који се баве решавањем инвестиционих спорова су већ показали да се променила њихова садржина, односно предмет спора. У прошлости су се трибунали бавили питањима експропријације, а исход спорова и арбитражне одлуке су се тичале компензација. Сада инвестициони спорови укључују разматрање регулаторне активности држава, које су директни израз суверених овлашћења те државе.¹¹ Иако се спорови тичу инвестиције, неретко они укључују „неинвестициона“ питања и залазе у социјалну сферу јавног живота државе домаћина, која превазилази чисто економске аспекте инвестиције. Питања која се тичу реализације јавне политике државе, укључујући и питања од јавног интереса, постају средиште интересовања арбитра, који у основи, треба да реше сукоб интереса у трци за стицањем профита. Решавање инвестиционих спорова у којима се разматра регулаторна активност државе, се може сматрати процесом у коме се одређује легалност јавне власти државе у конкретном случају. Без обзира што се арбитражна одлука односи на решавање једног, одређеног спора, одлуке које се доносе, често имплицирају државно деловање уопште. Односи којима се арбитраже баве, као и утицај који арбитражне одлуке могу имати на друштвено-економско-политички живот државе домаћина, сврставају ове спорове у домен јавног права.

У литератури се наводи да су арбитраже које могу да се класификују као оне које спадају у домен јавног права оне у којима се као исход процеса решавања инвестиционог спора одређује власт, ауторитет и обим суверених овлашћења, као и правна заснованост и легалност регулаторне активности које је држава преузела у јавном интересу.¹²

У степену у ком се арбитраже баве основним вредностима и питањима идентитета државе и фундаменталних права, а не само чи-

10 G. Van Harten, M. Loughlin, *нав. чланак*, стр. 127.

11 William W. Burke-White, Andreas Von Staden, „Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations“, *Yale Journal of International Law*, бр. 35, 2010, стр. 284.

12 W. W. Burke-White, A. Von Staden, *нав. чланак*, стр. 288.

њеницама и једноставним питањима одговорности за штету, ови спорови су спорови јавног права.¹³

Надлежност трговинских арбитража није укључивала регулаторне активности државе које произлазе из вршења јавне власти државе. Кључно обележје инвестиционих арбитража је да оне премештају овај приватно-правни модел решавања спорова из комерцијалне сфере у област државне власти, дајући тиме приватно уговореним арбитрама ауторитет да доносе одлуке, које по својој суштини, имају одлике аката органа државних власти.¹⁴

Промењена садржина инвестиционих спорова је добила легитимитет у оквиру *ICSID* центра. *ICSID* конвенција подразумева да се у оквиру овог центра решавају спорови који настају непосредно из инвестиција.¹⁵ Међутим, у тексту *ICSID* Конвенције се не дефинише појам „инвестиција“. Као резултат, делокруг рада *ICSID* трибунала је препуштен уговору, законодавном акту, односно међународном споразуму који овлашћује *ICSID* центар да реши спор, и у већини инвестиционих споразума, уколико уопште садржи дефиницију појма „инвестиција“, она је постављена широко. Имајући у виду да не постоји одређење шта је инвестиција, или је одређивање овог појма непрецизно, оставља се арбитрама који решавају конкретни спор да самостално одреде да ли је спор који је пред њих изнет на решавање настао непосредно из инвестиције. Овлашћење за интерпретативну улогу арбитра налази свој основ у *ICSID* конвенцији¹⁶ којом је прописано да суд сам решава о својој надлежности. Имајући у виду да је услов да је спор настао непосредно из инвестиције конститутивни елемент за заснивање надлежности суда у оквиру *ICSID* центра, суд се мора бавити питањем одређивање садржине појма „инвестиција“ у конкретном случају. Ово оставља могућност за проширивање надлежности арбитра у оквиру *ICSID* центра ван комерцијалних односа, на спорове који су у сфери јавних односа, укључујући регулаторне спорове између држава и инвеститора.

III Овлашћења арбитра

Опредељење да инвестиционе арбитраже спадају у домен јавног права је дато на основу сагледавања два елемента:

13 W. W. Burke-White, A. Von Staden, *нав. чланак*, стр. 291.

14 G. Van Harten, M. Loughlin, *нав. чланак*, стр. 126.

15 *ICSID* конвенција, чл. 25.

16 *ICSID* конвенција, чл. 41.

- начина заснивања арбитража који подразумева вршење суверених овлашћења државе и
- садржине инвестиционих спорова који подразумевају да арбитражи разматрају регулаторне активности држава.

У литератури је квалификовање инвестиционих арбитража у домену јавног права описано као процес у коме арбитражни начин решавања инвестиционих спорова „калеми“ приватне међународне механизме за решавање спорова на међународне споразуме из домена јавног права.¹⁷

Класификација инвестиционих арбитража међу правне институте јавног права захтева усвајање другачијег концепта овлашћења арбитра. Аутономија воље страна у спору није више једини елемент који се треба узети у обзир, већ се оправдано може поставити питање – у којој мери су арбитражи налогопримци страна у спору а у којој мери они, заправо, заступају интересе и права шире међународне заједнице?¹⁸

С обзиром на то да се пристанак на арбитражу сматра сувереним актом државе, консеквентно, основа за ауторитет арбитража је базирана на јавном мандату који им је поверен међународним уговором.¹⁹

Арбитражи имају много више слободе и независности у спровођењу својих овлашћења, јер је њихов задатак да неристрасно реше спор између државе и инвеститора, али и да допринесу кредибилитету обавеза између страна утврђених међународним инвестиционим споразумом.²⁰

Међународне инвестиционе арбитраже нису класичне арбитраже у којима стране у спору имају пуну слободу да поставе стандарде за процес доношења одлука и могу да контролишу начин на који се спор решава.²¹

Арбитражи у инвестиционим арбитражама имају шира овлашћења од оних у трговинским арбитражама, пре свега, због саме природе међународног инвестиционог права које је садржано у великом броју инвестиционих споразума, са одредбама које су често неодређене и недовољно прецизне. Да би арбитражи утврдили да ли у конкретном спору који решавају има повреде права, као и да ли постоји одговорност за ту повреду, морају да тумаче ове споразуме и испуњавају их садржајем. На овај начин се прећутно омогућава екстензивно тумачење овлашћења арбитража које се огледа у могућностима интерпретације ко може да буде

17 Anthea Roberts, „Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System“, *American Journal of International Law*, бр. 107.1, 2013, стр. 46.

18 A. Stone Sweet, *нав. чланак*, стр. 54.

19 C. N. Brower, S. W. Schill, *нав. чланак*, стр. 490.

20 A. Roberts, *нав. чланак*, стр. 63.

21 C. N. Brower, S. W. Schill, *нав. чланак*, стр. 492.

заштићен према одредбама инвестиционих споразума, као и шта све чини повреду права. То омогућава арбитрима да проширују простор деловања који је за њих креиран од стране држава.²² Оваква могућност неће бити од значаја само у једном случају, већ такав обим овлашћења и интерпретативне моћи претендује да важи и за све будуће случајеве. Јер, иако прецедентно право није извор права у овој области, ипак, одлуке арбитра свакако јесу предмет разматрања у будућим случајевима, јер стоје као доказ садржине међународног права.²³ Ово се у литератури назива доктрина *de facto* прецедената.²⁴

Превођење инвестиционих арбитража на терен јавног права даје легитимитет овлашћењима арбитра и омогућава им да успоставе такав ауторитет да приликом решавања инвестиционих спорова могу да оцењују државне акте донете у капацитету суверена. У литератури има мишљења да се обавезивањем државе да инвестиционе спорове решава путем арбитража, инвестициони спорови успостављају као механизам за контролу употребе јавне власти.²⁵

Критичари читавог система за решавање инвестиционих спорова наводе да је он базиран на идеји која у старту показује пристрасност према инвеститорима.²⁶ Пре свега, према правилима *ICSID* конвенције, захтев за заштиту права може истаћи само инвеститор, док је држава увек у улози стране против кој се води спор. У основи овог система је настојање да се омогући ефикасна заштита права инвеститора. Свакако, и ово мишљење се може окарактерисати као једнострано, али ипак, даје добру подлогу за дискусију о томе колику заштиту инвестиционе арбитраже пружају инвеститорима, и колико проширена овлашћења арбитра заиста одржавају основни концепт у односима између државе домаћина и инвеститора – баланс у интересима?

Приликом промовисања потребе да се заштите права инвеститора, не треба изгубити из вида да државе не могу бити ограничене у свом деловању на такав начин да своје активности подређују интересима инвеститора. Обавеза да поштују закључене међународне споразуме, као и да одржавају стабилне правно-економске услове за обављање делатности привредних субјеката на њеној територији, само је један од аспеката кроз који се испољавају прерогативи државе. Она није само пословни чинилац, већ има одговорност према становништву на

22 Kyla Tienhaara, „Once BITten, twice shy?: The uncertain future of ‘shared sovereignty’ in investment treaty arbitration“, *Policy and Society*, бр. 30.3, 2011, стр. 189.

23 A. Roberts, *нав. чланак*, стр. 64.

24 A. Stone Sweet, *нав. чланак*, стр. 67.

25 G. Van Harten, M. Loughlin, *нав. чланак*, стр. 127.

26 G. Van Harten, M. Loughlin, *нав. чланак*, стр. 143.

својој територији и у другим областима. Држава мора да води рачуна о очувању социјалног мира, људским правима на својој територији, као и бројним другим питањима која по својој природи нису инвестиционог карактера, али могу утицати на инвестиције (питања која се тичу заштите животне средине, радних односа, административних процедура, монетарних токова, фискалне политике, питања стицања својине...). Држави се не може ускратити право да све ове односе слободно уређује на сопственој територији. Одлучивање о регулаторним активностима државе приликом решавања инвестиционих спорова се свакако не може сагледавати само у контексту права одређеног инвеститора, јер ове активности државе не постоје изоловано и не испољавају се искључиво на релацији држава-инвеститор.

Посебно питање које отвара измењена садржина предмета инвестиционих спорова јесте и легалност пристанка на арбитражу. Многе државе нису могле да предвиде, а самим тим нису ни пристале на такав степен и обим овлашћења арбитрара приликом давања сагласности на арбитражу.²⁷ Да ли би то онда значило да приликом решавања о својој надлежности арбитраи морају да узму у обзир одредбе Бечке конвенције о утврђивању намере страна?²⁸ Свакако да би ово значило удаљавање од предмета спора и усложњавање процедуре. Гломазност поступка је управо супротна потреби да решавање спора буде што ефикасније и да буде оптерећено мањим трошковима.

IV Закључак

Арбитраи који решавају инвестиционе спорове, треба да разумеју њихову промењену улогу као актера јавног права, и препознају да одлуке које доносе имају утицаја на много шире односе а не само на оне који се директно уређују конкретном одлуком која се доноси за тај случај.²⁹ То је сагласно и мишљењу да су они агенти шире међународне заједнице а не само страна у спору. Одјек одлука које доносе се може посматрати и као постављање стубова за усмеравање даљих токова међународног инвестиционог права и међународних економских односа уопште. Арбитражне одлуке донете на основу делегиране моћи од стране носиоца суверене власти, стоје као показатељи шта се сматра дозвољеним понашањем у међународним пословним односима и која је стварна садржина стандарда третмана страних инвеститора.

27 К. Tienhaara, *нав. чланак*, стр. 186.

28 Бечка конвенција о уговорном праву из 1969. године (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), чл. 31.

29 W. W. Burke-White, A. Von Staden, *нав. чланак*, стр. 346.

Са друге стране, њихово деловање није неограничено, нити се њихова моћ може идеализовати. Арбитри нису носиоци јавних овлашћења и решавање спорова је за њих посао за који су плаћени, што изазива критику да су и они само део опште трке за стицањем профита,³⁰ што значи да се и даље мора водити рачуна о њиховој непристрасности. Иако арбитри могу да разматрају регулаторне активности држава, не може се сматрати да мишљење арбитра и њихове одлуке могу да на било који начин мењају суверене акте државе.³¹ Овај концепт је решен тако што се, уколико се утврди одговорност за повреду права инвеститора, додељује компензација, али ипак, остаје питање утицаја арбитражне одлуке на будуће активности државе и њено виђење могућности слободног деловања у сувереном уређивању односа на својој територији. Треба узети у обзир да проширивање овлашћења арбитра није остало без реакције јавности које се огледа кроз различите облике критике, отпора или мера предострожности: постоји јака кампања за повећањем транспарентности у решавању инвестиционих спорова, воде се дебате у професионалним и академским круговима о увођењу апелационог поступка у оквиру *ICSID* процедуре, а одређен број држава чланица је повукло своје чланство из *ICSID* центра.

Арбитри у свом раду морају да воде рачуна и да не прекораче овлашћења, што је основ за поништење арбитражне одлуке,³² а при том морају да споје задатке наметнуте кроз нова схватања о природи инвестиционих спорова и инвестиционих арбитража уопште. Арбитри имају јако комплексну улогу очувања ауторитета установе и читавог система за решавање инвестиционих спорова. Одлуке које доносе треба да говоре јаче од свих критика упућених овом систему и да на тај начин очувају његов легитимитет, заснован на добровољном подвргавању суверених држава његовој надлежности. У супротном, ако је легитимитет нарушен и државе више немају интерес нити поверење да се одричу дела своје суверене власти да би дерогирале арбитрама моћ да решавају спорове, даљи опстанак овог система, односно поштовање одлука које се у оквиру њега доносе је под знаком питања.

30 K. Tienhaara, *нав. чланак*, стр. 190.

31 W. W. Burke-White, A. Von Staden, *нав. чланак*, стр. 333.

32 *ICSID* конвенција, чл. 52.

Kristina ANĐELIĆ
University in Niš

MODERN TENDENCIES ABOUT THE ROLE OF ARBITRATORS IN RESOLVING INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES

Summary

Dispute resolution through arbitration is in line with the dynamics of the economic life of the international community. Simultaneously with the development of international economic relations, proceeded the process of dispute resolution improvement and differentiation among arbitrations. Clarification of differences between commercial and investment arbitration has created the opinion that international investment arbitration is a part of public law. Such classification of investment arbitration is important for purposes of legitimizing the subject matter in investment disputes, as well as the changed contents of the arbitrators' authority, especially in relation to the sovereign rights of states. In such circumstances, international economic community is faced with the task of preserving the authority of arbitration decisions and awards and also the investor-state dispute settlement system. In order to fulfill this task, the changed role of arbitrators must be understood, and it must be adequately incorporated in the traditional understanding of the arbitrations.

Key words: arbitration, investment disputes, arbitrators, Public Law.

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

Др Соња БУНЧИЋ
редовни професор Факултета техничких наука Универзитета
у Новом Саду

Милена ГАЛЕТИН
студент докторских студија на Правном факултету Универзитета
у Новом Саду

МЕЂУНАРОДНО ПРАВО КАО МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА РЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА У КЛАУЗУЛИ БИЛАТЕРАЛНИХ СПОРАЗУМА О ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Резиме

Становишиће да већина билатералних споразума о подстицању и заштити улагања (БИТ) не садржи клаузулу о одређивању меродав-
ној права за суштинину спора између државе уговорнице и улагача који
је држављанин друге државе уговорнице, је оштрије прихваћено. Када
је она предвиђена БИТ-ом, обично се налази у делу који се односи на
решавање спорова и тада се углавном наводи да ће арбитражни суд
решавати спор у складу са одредбама самог БИТ-а, на основу нацио-
налних закона и прописа стране уговорнице која је страна у спору, на
чијој територији је извршено улагање, укључујући и одредбе о суко-
бу закона, као и оштрије прихваћених правила и принципа међународног
права. Последње наведено представља предмет овог истраживања. Ау-
тори у раду анализирају релевантне одредбе БИТ-ова које је Република
Србија закључила са другим државама и врше компарацију са одред-
бама БИТ-ова закључених између других држава. Осим тога, анализи-

рани су њоједини случајеви из праксе арбитражних судова у којима је међународно право одређено као меродавно право, ие је посебно указано на значај међусобној односа и утицаја међународној и националној права у вези са овим питањем.¹

Кључне речи: инвестициони спорови, клаузула о одређивању меродавној права, међународна арбитража, билатерални споразум о подстицању и заштити улагања.

I Увод

Билатерални инвестициони споразуми (у даљем тексту: БИТ), установљени, пре свега, ради подстицања улагања, пружају правну заштиту физичким лицима и привредним друштвима који имају држављанство, односно правну припадност једне државе уговорнице (у даљем тексту: држава порекла) када врше инвестирање у другој држави уговорници (у даљем тексту: држава пријема). Са развојем међународне трговине и прекограничног кретања капитала, неминовно је дошло и до повећања броја судских и арбитражних спорова² између ових субјеката, а као једно од првих питања које се поставља приликом њиховог решавања јесте које право је меродавно за предмет, односно суштину спора. Како су везани БИТ-овима, најпре ће се у њима тражити одговор на ово питање. Међутим, већина БИТ-ова не садржи уопште клаузулу о одређивању меродавног материјалног права за решавање ових спорова, док неки од њих садрже такве клаузуле, и тада је предвиђена једна и/или више од следећих могућности: да ће арбитражни суд решавати спор у складу са одредбама самог БИТ-а, на основу националних закона и прописа стране уговорнице која је страна у спору, на чијој територији је извршено улагање, укључујући и одредбе о сукобу закона, као и општеприхваћених правила и принципа међународног права.

Полазећи од аутономије воље, као једног од основних принципа на којима почива међународна арбитража,³ арбитражи су дужни да утврде да ли међу странама постоји споразум око тога које ће право

1 Рад је сачињен као део пројекта Унапређење конкурентности Србије у процесу придруживања Европској унији број 47028, финансиран од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

2 Аутори се у раду баве само праксом арбитражних судова.

3 Одређивање меродавно материјалног права је релевантно само када је у питању међународна арбитража. Такво питање се не поставља када је у питању унутрашња арбитража – тада арбитражи суде на основу домаћег супстанцијалног права. Вид. Маја Станивукковић, *Међународна арбитража са одабраним примерима*, Нови Сад, 2013, стр. 24.

(или правна правила) бити меродавно у случају настанка спора, а сама клаузула у БИТ-овима о избору меродавног права је посебна врста таквог споразума, односно представља реализацију аутономије воље. Овде долази до изражаја супротност интереса поменуте две стране јер ће држава пријема готово увек настојати да као меродавно право буде предвиђено њено национално право, док инвеститор настоји да заштити своје интересе бирајући пре свега, међународно право као меродавно. Осим тога, како су у питању спорови у којима не може постојати потпуна равноправност странака правна заштита инвеститора се, између осталог, остварује управо путем одговарајуће примене и тумачења правила о одређивању меродавног права. Битно је још напоменути и то да у случају да стране нису одредиле право које ће се применити на суштину спора, то ће учинити арбитраи што им даје релативно широка дискрециона овлашћења приликом одлучивања о овом питању,⁴ а то, свакако, може значајно да утиче и на сам исход арбитражног поступка.

II Међународно право као меродавно право предвиђено клаузулом билатералних инвестиционих спорова

1. Међународно право као меродавно право у билатералним инвестиционим споразумима Републике Србије

Република Србија је закључила 52 Споразума о подстицању и заштити улагања, од чега су 42 на снази. Неки од њих су закључени још за време постојања Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, Савезне Републике Југославије, односно Државне заједнице Србије и Црне Горе, а који у Републици Србији, као сукцесору, и даље важе. Последњи овакви споразуми су закључени са Уједињеним Арапским Емиратима⁵ и Краљевином Мароко,⁶ 2013. године.

4 Yas Banifatemi, „The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration“, у: Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford, 2010, стр. 192. Такође, Antonio Parra је у свом излагању на Другој годишњој конференцији о међународној арбитражи и медијацији, 2007. године, истакао да, приликом одређивања меродавног права за предмет спора, не би требало превише пажње посвећивати питању да ли арбитраи имају сувише широка дискрециона овлашћења приликом избора између примене домаћег или међународног права.

5 Закон о потврђивању Споразума између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања (*Сл. гласник РС – Међународни ујевори*, бр 3/2013).

6 Закон о потврђивању Споразума између Републике Србије и Краљевине Мароко о узајамном подстицању и заштити улагања (*Сл. гласник РС – Међународни ујевори*, бр. 12/2013).

Анализом одредаба билатералних споразума о подстицању и заштити улагања који се тичу спорова између стране уговорнице и улагача који је држављанин друге стране уговорнице утврђено је да се у њима обично не налази клаузула о меродавном праву. Прецизније, ову клаузулу садржи свега неколико БИТ-ова Републике Србије, а близу 85% је не садржи. Оно што је битно за предмет овог истраживања је чињеница да сви БИТ-ови који садрже ову клаузулу предвиђају међународно право као меродавно право, осим у случају Споразума Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Индије о узајамном подстицању и заштити улагања, из 2003. године, који предвиђа само да ће арбитражна пресуда бити донета у складу са одредбама БИТ-а. У осталим БИТ-овима који садрже ову клаузулу нема битнијих одступања. Тако је у Споразуму између Владе Републике Србије и Владе Народне Демократске Републике Алжир о узајамном подстицању и заштити (члан 9 тачка 7) предвиђено да ће *арбитражни суд донети одлуку у складу... са важећим принципима међународног права*, у Споразуму између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Грчке о узајамном подстицању и заштити улагања из 1997. године – *арбитражни суд ће решавати спор у складу са... примењивим правилима и принципима међународног права*, у Споразуму између Републике Србије и Краљевине Мароко о узајамном подстицању и заштити улагања из 2013. године – *арбитражни суд суди на основу... одређених правила и принципа међународног права*. Може се рећи да једино Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о подстицању и узајамној заштити улагања (члан 11 тачка 5) донекле одступа од наведених одредаба, јер предвиђа да ће спор бити решен у складу са принципима међународног *јавног* права.⁷

2. Међународно право као меродавно право предвиђено клаузулом БИТ-а о решавању инвестиционих спорова – упоредни приказ

Аутори ће најпре дати приказ анализираних билатералних инвестиционих споразума држава⁸ из региона. Република Хрватска је

7 Осим наведених, клаузулу о одређивању меродавног права садржи Споразум између Србије и Црне Горе и државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања, Споразум Савезне Републике Југославије и Владе Народне Републике Кине о узајамном подстицању и заштити улагања, Споразум између Савезне Републике Југославије и Краљевине Шпаније о подстицању и узајамној заштити улагања. Иначе, сви анализирани споразуми предвиђају да ће арбитражни суд решавати спор у складу са одредбама самог БИТ-а, док је национално право предвиђено у шест случајева.

8 Аутори су у раду користили билатералне инвестиционе споразуме из UNCTAD-ове базе података, доступно на адреси: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu>.

закључила 58 БИТ-ова, од чега су 48 на снази. Клаузулу о одређивању меродавног права садржи њих 19, што је знатно више него у случају БИТ-ова Републике Србије. Међународно право није предвиђено као меродавно једино у Споразуму о узајамном подстицању и заштити улагања између Републике Хрватске и Исламске Републике Иран, из 2000. године, док у свим осталим јесте.⁹

Слична ситуација као код нас је у Словенији и Црној Гори, док се одредбе БИТ-ова које је закључила Босна и Херцеговина у великој мери разликују од свих наведених. Наиме, што се тиче Словеније, подаци до којих су аутори успели да дођу (анализирана су 23 БИТ-а, од укупно 34 који су на снази) показују да клаузулу о избору меродавног права садржи свега неколико инвестиционих споразума, а у свима њима је предвиђена могућност да међународно право буде одређено као меродавно.¹⁰ Црна

9 Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Argentine Republic on the promotion and reciprocal protection of investments, 1994, чл. 9; Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the promotion and protection of investments, 1997, чл. 10 ст. 6; Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Azerbaijan on the promotion and reciprocal protection of investments, 2007, чл. 13 тач. 5; Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of Canada for the promotion and protection of investments, 1997, чл. 12 тач. 7; Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Croatia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 1993, чл. 8 тач. 7; Agreement between the Republic of Croatia and the Czech Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 1996, чл. 8 тач. 3; Agreement between the Republic of Croatia and the Arab Republic of Egypt concerning the promotion and reciprocal protection of investments, 1997, чл. 7 тач. 3; Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Hellenic Republic on the promotion and reciprocal protection of investments, 1996, чл. 9 тач. 4; Agreement between the Republic of Croatia and the Republic of Hungary for the promotion and reciprocal protection of investments, 1996, чл. 8 тач. 3; Tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Croazia sulla promozione e protezione degli investimenti, 1996, чл. 9 тач. 4; Agreement between the Republic of Croatia and the State of Kuwait for the promotion and reciprocal protection of investments 1997, чл. 9, тач. 7; Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Macedonia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 1996, чл. 7 тач. 4; Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Republic of Croatia on the reciprocal promotion and protection of investments, 2004, чл. 11 тач. 3; Agreement between the Republic of Croatia and the Republic of Poland on the reciprocal promotion and protection of investments, 1995, чл. 7 тач. 3; Agreement between the Republic of Croatia and the Kingdom of Spain on the promotion and reciprocal protection of investments, 1997, чл. 11 тач. 3; Agreement between the Republic of Croatia and the Republic of Turkey concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 1996, чл. 7 тач. 3.

10 Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Slovenia on the Mutual Promotion and Protection of Investments, 2001, чл. 11 тач. 6; Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Slovenia for the Reciprocal Promotion

Гора је закључила 19 билатералних споразума о подстицању и заштити улагања, али је свега 9 на снази (6 анализирано). Од свих анализираних једини споразум који садржи клаузулу о одређивању меродавног права (која, између осталог, прописује међународно право као меродавно) је споразум који је закључила са Републиком Македонијом.¹¹

Као што је већ истакнуто, БИТ-ови које је Босна и Херцеговина (БИХ) закључила пружају једну другачију слику када је ова проблематика у питању. Наиме, од 38 БИТ-ова који су на снази у БИХ, чак 20 садржи клаузулу о одређивању меродавног права,¹² а у 19 од њих је предвиђено међународно право као меродавно.¹³ Једино у БИТ-у који је

and Protection of Investments, 2001, чл. 8 тач. 6; Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Slovenia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 1993, чл. 8 тач. 7; Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Slovenia on the reciprocal promotion and protection of investments, 1997, чл. 9 тач. 4; Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Eslovenia, 1998, чл. 11 тач. 3; Спогодба међу Република Македонија и Република Словенија за заедна заштита и поттикнување на инвестициите, 1996, чл. 7.

- 11 Договорот међу Владата на Република Македонија и Владата на Црна Гора за заедно поттикнување и заштита на инвестициите, 2011, чл. 7 тач. 4.
- 12 Као и у случају билатералних споразума Босне и Херцеговине, од 35 БИТ-ова који су на снази у Македонији, у 21-ом се налази клаузула о избору меродавног права.
- 13 Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Council of ministers of the Republic of Albania on the reciprocal promotion and protection of investments, 2008, чл. 8 тач. 3; Agreement between the Republic of Austria and Bosnia and Herzegovina for the Promotion and Protection of Investments, 2000, чл. 16.; Соглашение между Республикой Беларусь и Боснией и Герцеговиной о содействии осуществлению и защите инвестиций, чл. 8 тач. 4; Agreement between the Belgo-luxembourg economic union, on the one hand, and Bosnia and Herzegovina, on the other hand, on the reciprocal promotion and protection of investments, 2004, чл. 9 тач. 5; Agreement between the People's Republic of China and Bosnia and Herzegovina on the promotion and protection of investments, 2002, чл. 8 тач. 3; Agreement on the promotion and protection of investments between the Czech Republic and Bosnia and Herzegovina, 2002, чл. 8 тач. 4; Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Arab Republic of Egypt concerning the promotion and reciprocal protection of investments, 1998, чл. 7 тач. 3; Agreement on the promotion and protection of investments between the Government of the Republic of Finland and Bosnia and Herzegovina, 2000, чл. 9 тач. 5; Agreement on the promotion and protection of investments between the Hellenic republic and Bosnia and Herzegovina, 2000, чл. 9; Agreement between Bosnia and Herzegovina and the State of Kuwait for the encouragement and reciprocal protection of investments, 2001, чл. 9 тач. 7; Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Lithuania on the promotion and protection of investments, 2007, чл. 8 тач. 3; Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Moldova on the promotion and reciprocal protection of investments, 2003, чл. 8 тач. 5; Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Portuguese Republic on the mutual promotion and protection of investments, 2002, чл. 8

Босна и Херцеговина закључила са Турском није предвиђено да ће спор бити решен у складу са правилима и принципима међународног права, већ само да ће се решавати у складу са одредбама самог БИТ-а и правом и правним правилима државе на чијој територији је извршено улагање, укључујући и њене колизионе норме.¹⁴

Уколико посматрамо билатералне инвестиционе споразуме које су закључиле државе ван региона, ситуација је слична горе описаној. Наиме, неки БИТ-ови садрже клаузулу о одређивању меродавног права за суштину спора и у оквиру ње предвиђено међународно право као меродавно, неки је садрже, али није међународно право као меродавно, док трећу групу чине они који је уопште не садрже. Тако је, на пример, међународно право предвиђено у БИТ-у између Аргентине и Кореје,¹⁵ Тајланда и Аргентине,¹⁶ Француске и Доминиканске Републике.¹⁷ Са друге стране, оваква одредба не постоји у БИТ-овима Немачке и Нигерије,¹⁸ Француске и Ирана,¹⁹ Јапана и Ирака,²⁰ Уједињених Арапских Емирата и

тач. 7; Agreement between Bosnia and Herzegovina and Romania on the promotion and reciprocal protection of investments, 2010, чл. 8 тач. 5; Agreement between the Republic of San Marino and Bosnia and Herzegovina on the promotion and reciprocal protection of investments, 2011, чл. 10 тач. 5; Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Slovak Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 2008, чл. 8 тач. 5; Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Slovenia for the reciprocal promotion and protection of investments, 2001, чл. 8 тач. 6; Agreement on the promotion and the reciprocal protection of investments between Bosnia and Herzegovina and Spain, 2002, чл. 11 тач. 4; Договорот на поттикнување и заштита на инвестиции меѓу Република Македонија и Босна и Херцеговина, 2001, чл. 8.

14 Agreement Between the Republic of Turkey and the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1998, чл. 8 тач. 3.

15 Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Argentina on the promotion and protection of investments, 1994, чл. 8 тач. 5.

16 Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Argentine Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 2000, чл. 9 тач. 7.

17 L'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République dominicaine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, чл. 7.

18 Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik der Philippinen über die Forderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, 1998.

19 L'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République islamique d'Iran sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements.

20 Agreement between Japan and the Republic of Iraq for the promotion and protection of investment, 2012.

Русије,²¹ Уједињеног Краљевства и Камеруна,²² Шри Ланке и Немачке,²³ Сједињених Америчких Држава и Еквадора,²⁴ Индије и Бангладеша.²⁵

III Међународно право као меродавно право у пракси арбитражних судова

Анализирајући одлуке арбитражних судова које су донете на основу билатералних инвестиционих споразума, уочава се да је као меродавно материјално право примењено национално или међународно право, истовремено национално и међународно – сукцесивно или конкурентно, затим национално право као примарно, уз истовремену примену међународног права и, коначно примарно – међународно право, уз примену националног права. Ово отвара бар два битна питања: прво, приликом примене правила и принципа међународног права поставља се питање која су то правила, које међународне конвенције и споразуме сматрати релевантним, а како се арбитри често у својим одлукама позивају и на обичајно међународно право, као и на општа правна начела,²⁶ неопходно је разумети и њихову улогу у овом процесу; друго, истовремена примена националног и међународног права представља једно од кључних питања које се поставља, како у академским круговима, тако и у пракси арбитражних судова, те је пажњу потребно усмерити на утврђивање међусобног односа и утицаја међународног и националног права кад се једно и/или друго одреди као меродавно. Следи кратки приказ случајева из праксе арбитражних судова у вези са неким од ових питања.

У случају *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic* постојала је одредба о меродавном праву у БИТ-у између

-
- 21 Agreement between the government of the United Arab Emirates and the Government of the Russian federation on the promotion and reciprocal protection of investments, 2010.
- 22 Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Republic of Cameroon for the promotion and protection of investments, 1982.
- 23 Treaty between the Federal Republic of Germany and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka concerning the promotion and reciprocal protection of investments.
- 24 Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, 1993.
- 25 Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the People's Republic of Bangladesh for the promotion and protection of investments, 2009.
- 26 Вид. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2009, стр. 604 и даље.

Холандије и Чешке²⁷ која предвиђа да арбитражни суд одлучује на основу закона, узимајући у обзир нарочито, мада не искључиво: право државе пријема, одредбе БИТ-а, као и друге релевантне споразуме између страна уговорница и општеприхваћене принципе међународног права.²⁸ Спор²⁹ је, на основу БИТ-а, поднет на решавање УНЦИТРАЛУ.³⁰ Наиме, тужилац у овом случају је *CME Czech Republic B.V. (CME)* је холандска компанија са уделом од 99% у чешкој телевизијској компанији (*CNTS*). *CNTS* и *CET 21*, чешка компанија без страног капитала, су основале прву већу приватну ТВ станицу (*TV NOVA*) у Чешкој, а све након одобрења националног Савета за медије. Наиме, Савет је 1993. године дао лиценцу *CET-у 21* да емитује телевизијски програм, а уговором о лиценци је предвиђено да је *CET 21* носилац лиценце, док је *CNTS* оператер (ексклузивни провајдер). Осим тога, према одредбама уговора, *CNTS* има искључиву контролу над комерцијалним, техничким, управљачким и другим активностима и стара се о неометаном емитовању програма и уређивачкој независности. Све ово је било уговорено баш на овај начин јер се сматрало да је најприхватљивије решење обзиром да се јавно мњење углавном противило пуној страни контроли. Убрзо је *TV NOVA* постала веома успешна, остварујући позамашне приходе. 1996. године је национални Савет за медије Чешке је захтевао да се изврши редефинисање односа између *CNTS* и *CET 21*, те је између њих закључен нови уговор о пружању услуга. Међутим, 1999. године, након преговора са Саветом за медије, први човек ових компанија је одлучио да *CNTS* не буде више ексклузивни провајдер, да би након тога *CET 21* раскинуо уговор са њим, под чудним околностима. Због изне-

27 Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, 1991, чл. 8 ст. 6.

28 Осим тога, примењен је и чл. 3, ст. 5 БИТ-а: *If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.*

29 *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic*, доступно на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>.

30 У Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а, у члану 35. стоји следеће: 1. Арбитражни суд ће примењивати правна правила која су странке одредиле као меродавна за суштину спора. Уколико странке не одреде таква правила, арбитражни суд примењује правна правила која сматра одговарајућим. 2. Арбитражни суд ће одлучити као *amiable compositeur* (посредник) или *ex aequo et bono* (по правичности) само уколико су га странке на то изричито овластиле. 3. У сваком случају, арбитражни суд ће одлучити у складу са одредбама уговора, уколико постоје, и узеће у обзир све трговачке обичаје меродавне за правни посао у питању. Вид. UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), 2011, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

тог, СМЕ је покренула спор против Чешке на основу БИТ-а закљученог између Холандије и Чешке, наводећи неколико битних повреда БИТ-а (укључујући експропријацију, правичан и поштен стандард третмана инвестиције) од стране Савета за медије и потраживала је накнаду штете. Чешка је негирала ове тврдње, а арбитражни суд је нашао да су радње, односно пропусти чешког Савета за медије довели до кршења забране експропријације инвестиције и појединих одредаба БИТ-а.³¹ Арбитражни суд се најпре у својим одлукама ослањао само на међународно право, да би у коначној одлуци дошао до закључка да је за поједина питања меродавно и право државе пријема.

Дакле, што се одређивања меродавног права тиче, тужени је сматрао да би на суштину спора требало применити право Чешке, а међународно би требало да буде примењиво једино у случају да постоји правна празнина у чешком праву или уколико чешко право није у сагласности са међународним правом.³² Према мишљењу арбитражног суда, на основу чл. 8 ст. 6 БИТ-а, ни једном од наведених извора није дата предност у примени, у односу на остале (праву државе пријема, одредбама БИТ-а, као ни међународном праву).³³ Осим тога, у коначној одлуци³⁴ стоји да се у случају сукоба националног и међународног права, примењује међународно право. Такође, примениће се оно право које је најповољније за страног улагача, на основу чл. 3 ст. 5 БИТ-а, те арбитражни суд због тога није прихватио тврдњу туженог да на питање накнаде штете примени право Чешке.³⁵ За питање камате, арбитражни суд је узео у обзир одредбе чешког грађанског законика.³⁶

Још један случај, често помињан, у којем је постојао сукоб националног и међународног права, је случај *Wena Hotels v Egypt*.³⁷ Случај је ре-

31 Више података доступно на адреси: http://www.biicl.org/files/3919_2003_cme_v_czech_republic.pdf.

32 СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic, Final Award, пар. 398 и 399.

33 СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic, Final Award, пар. 402.

34 СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic, Final Award, пар. 91.

35 СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic, Final Award, пар. 504. Као што се види, није једноставно утврдити на које питање ће се применити које право, те је најбоље то посебно одредити за сваки појединачни случај. Види: Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration, The Interplay Between National and International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, 2013, стр. 208.

36 СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic, Final Award, пар. 631.

37 *Wena v Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000; Decision on Annulment, 5 February 2002.

шаван пред Међународним центром за решавање инвестиционих спорова (ИКСИД), на основу БИТ-а између Египта и Уједињеног Краљевства. У самом БИТ-у не постоји клаузула о одређивању меродавног права за суштину спора, те су арбитрари били дужни да га утврде. Дакле, како није постојао споразум странака о меродавном праву, то је упутило арбитра на примену друге реченице става 1 члана 42 Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава,³⁸ која гласи да уколико се странке не сагласе о томе према којим правним правилима ће арбитражни суд решити спор, он ће применити право државе која је странка у спору (као и њене прописе о сукобу закона) и одговарајуће прописе међународног права.

Случај се односио на спор између *Wena Hotels Ltd*, британске компаније, основане 1982. године по праву Енглеске и Велса и *Egyptian Hotel Company (ECH)* – египатске компаније у државном власништву. Ове компаније су закључиле уговор о лизингу два хотела, у Каиру и Луксору, а неспоразуми у вези уговора су кулминирали када је *ECH* донела одлуку да исели тужиоца из једног хотела, док је у другом донета одлука о принудном управљању.

Укратко, инвеститор, *Wena Hotels Ltd*, је поднео захтев ИКСИД арбитражном суду тврдећи да је Египат извршио незакониту експропријацију инвестиције и на тај начин повредио одредбе БИТ-а између Уједињеног Краљевства и Египта, правила међународног права, као и права Египта. Осим тога, БИТ и правила међународног права су прекршена, јер је дошло до повреде правичног и поштеног стандарда третмана инвестиције, као и стандарда потпуне заштите и безбедности. Арбитражни суд је најпре сматрао да су за суштину спора меродавне одредбе БИТ-а, да би закључио да се меродавно право утврђује на основу члана 42 Конвенције. Египат је настојао да поништи ову одлуку истичући да би право државе домаћина требало да буде примарни правни извор у овом случају. *Ad hoc* комитет је потом изнео да је легитимно право државе која привлачи стране инвестиције да захтева од страног улагача да спроводи и поштује њене законе. Међутим, он је истакао да се не расправља о уговорним обавезама (тада би било меродавно право државе пријема), већ о повредама одредаба билатералног споразума Уједињеног Краљевства и Египта. *Ad hoc* комитет је више обраћао пажњу на то да ли би одређивање међународног права као меродавног на било који начин било супротно са разматраним принципом.³⁹ Осим тога, битно је истаћи и да је *ad hoc* комитет утврдио да је и само право

38 Закон о ратификацији Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (*Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2006).

39 Вид. Н. Е. Кјос, *нав. дело*, стр. 227–228.

Египта потврђује супериорност међународног права у односу на национално.

Све ово показује да не постоји оштра граница у погледу примене националног и међународног права, већ да арбитражни суд ужива извесну слободу у њеном тумачењу. То значи да право државе домаћина може бити примењено у комбинацији са међународним правом, ако је то оправдано, али исто тако да међународно право може бити примењено и самостално, ако се одговарајуће правило може пронаћи у овој врсти извора, односно да је на арбитражном суду да самостално одлучи на које питање ће применити који извор.⁴⁰

IV Закључак

На основу анализе билатералних инвестиционих споразума можемо закључити да већина не садржи клаузулу о одређивању меродавног материјалног права, а сви они БИТ-ови који је садрже углавном предвиђају међународно право као меродавно. Ово важи и за БИТ-ове које је закључила Република Србија са другим државама.

Одређивање меродавног права се додатно компликује уколико између странака не постоји споразум о овом питању, те су арбитражи дужни да га утврде. Приметно је да још увек не постоји сагласност око тога на који начин у конкретном случају одредити право које ће се применити на меритум спора. При томе, иако арбитражи у својим одлукама узимају у обзир раније донете, није установљен систем прецедената, што указује да они имају поприлично широка дискрециона овлашћења. У том поступку од изузетног значаја је корективна улога Бечке конвенције о уговорном праву⁴¹ приликом тумачења одредаба БИТ-ова, а посматрајући њене одредбе може се рећи да без обзира да ли БИТ предвиђа примену међународног права као меродавног, оно ће увек имати битну улогу приликом тог одређења.⁴²

40 Петар Бундић, *Експропријација у међународном приватном праву инвестиција*, докторска дисертација, Нови Сад, 2010, стр. 263–264; Gaillard Emmanuel, Banifatemi Yas, „The Meaning of ‘and’ in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process“, *18 ICSID Review* 375, 2003.

41 Бечка конвенција о уговорном праву (енгл. *Vienna Convention on the Law of Treaties*), ратификована и објављена у: *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 30/72.

42 БИТ-ови свакако попадају под чл. 2 ст. 1 (а) који прописује да је међународни уговор међународни споразум закључен писмено између држава, регулисан међународним правом, било да је садржан у једном инструменту или у два или више инструмената међусобно повезаних, без обзира на његов посебан назив. При-

Поједини аутори сматрају да би приликом одређивања меродавног материјалног права већи значај требало дати праву државе пријема, а други аутори – међународном праву. Већина, пак, заступа становиште да је међународно право најбоље користити како би се попуниле празнине у националном праву и спречиле повреде међународног права које би могле да настану у случају да се само примењује национално право.⁴³ Такође, општеприхваћено је да стране не могу одредити као меродавно право оно право чија би примена довела до повреде основних принципа међународног права – до повреде јавног поретка међународне заједнице, укључујући и забрану ропства, геноцида, заштиту основних људских права.⁴⁴ Са друге стране, и право државе пријема је веома битно, а посебно због тога што међународно право није комплетан правни систем и не покрива све области.⁴⁵

Показало се да је у пракси најбитније наћи одговор на питање на који начин арбитражи треба да пронађу баланс између права државе пријема и међународног права, у случају да стране нису изабрале меродавно право,⁴⁶ као и да међународно и/или национално право треба применити зависно од тога које питање треба да се реши.

ликом одређивања меродавног права на основу БИТ-а, арбитражи морају тумачити споразуме о подстицању и заштити улагања у складу са одредбама Конвенције (чл. 31): 1. Уговор се мора добронамерно тумачити према уобичајеном смислу који се мора давати изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља. 2. У циљу тумачења уговора, контекст обухвата, осим текста, увода и укључених прилога: а) сваки споразум у вези с уговором који постоји између чланица приликом закључивања уговора; б) сваки инструмент који сачине једна или више чланица приликом закључења уговора а који прихватише остале чланице као инструменти који се односи на уговор. 3. Као и о контексту, водиће се рачуна: а) о сваком доцнијем споразуму између чланица у погледу тумачења уговора или примене његових одредаба; б) о свакој доцнијој пракси у вези с применом уговора којом је постојећи споразум између чланица у погледу тумачења уговора; и) о сваком релевантном правилу међународног права које се примењује у односима између чланица. 4. Израз се узима у посебном смислу ако се утврди да је таква била намера страна уговорница.

43 Victor Essien, Aron Broches, „Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law“, *Fordham International Law Journal*, 1995.

44 Christoph Schreuer, „Failure to Apply the Governing Law in International Investment Arbitration“, *Austrian Review of International and European Law*, бр. 7/2002, стр.147–196.

45 Jan Dalhuisen, Andrew Guzman, „The Applicable Law in Foreign Investment Disputes“, 2013, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2209503>.

46 Ivar Alvik, „The Hybrid Nature of Investment Treaty Arbitration: Straddling the National/International Divide“, у: *The New International Law: An Anthology*, 2010. Наиме, по њему се међународна инвестициона арбитража може окарактерисати као хибридни правни процес који се заснива на примени и националног и међународног права у једном јединственом правном процесу. Такође, уочено је да се губи се стриктна

Sonja BUNČIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Technical Sciences, University of Novi Sad

Milena GALETIN, PhD

Student at the Faculty of Law, University of Novi Sad

INTERNATIONAL LAW AS APPLICABLE LAW IN CHOICE OF LAW CLAUSES IN BILATERAL INVESTMENT TREATIES

Summary

Most of Bilateral Investment Treaties do not contain the clause determining the law applicable to the substance of the dispute. When BIT contains it, this clause is usually found in the part relating to the settlement dispute and then provides that the arbitral tribunal shall decide in accordance with the provisions of the BIT, on the basis of national laws and regulations of the Contracting Party, which is a party to the dispute, in whose territory the investment is made, including the rules of conflict of laws, as well as the generally accepted principles of international law. The latter mentioned is the subject of this research. The authors analyze the relevant provisions of BITs of the Republic of Serbia and compare them with BITs concluded between other states. Additionally, cases when arbitral tribunals apply international law are presented and, regarding this issue it is pointed out the importance of mutual relation and impact of international and national law.

Key words: *investment disputes, choice of law clause, international arbitration, bilateral investment treaty.*

граница када стране изврше избор меродавног права и када таквог избора нема. Вид. Yas Banifatemi, „The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration“, у: Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, Oxford, 2010, стр. 191–210.

Урош ЗДРАВКОВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

О УЗРОЦИМА И КАРАКТЕРИСТИКАМА СПОРОВА У ОКВИРУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ*

Резиме

До трговинског спора у оквиру Светске трговинске организације (СТО) долази када једна чланица (држава или група самостална царинска територија) унилатералним мерама прекрши своје обавезе утврђене СТО споразумима, и тиме нанесе штету другој чланици. Мошви за кршење обавезе могу бити разни, а најчешће је то заштитна домаће индустрије од конкуренције из увоза, или извозна промоција сопствене индустрије. Трговински спорови не настају случајно и насумице, већ су тојово увек резултат одређене економске, или пак политичке, активности. Тојово сваки трговински спор настаје на основу проблема са којима се суочавају комерцијални учесници на тржишту, а који су резултат одређених мера неке од чланица СТО. Предмет спора може бити различит, али се ипак у пракси најчешће долађа да су то питања која се односе на област царинског права, царинских дажбина, тарифних услова, неопштовања статуса најповлашћеније нације, или повреда принципна националног третмана. У литератури и пракси се може наћи на већи број типологија спорова, од којих су неке значајније (према мишљењу аутора) наведене и објашњене у раду.

Кључне речи: Светска трговинска организација, решавање спорова, унилатералне мере, повреда трговинских обавеза.

* Рад је резултат истраживања у оквиру Пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046 који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

I Увод

Међудржавни трговински спорови су чести, о чему говори податак о њиховом броју, како током *GATT* ере,¹ тако и током функционисања Светске трговинске организације (СТО). Наиме, током *GATT* ере (у периоду од 1947. до 1994. године), усвојен је укупно 101 извештај панела,² док је укупан број започетих спорова био далеко већи, и према подацима објављеним у литератури, износи око 250.³ Од оснивања СТО, 1995. године, учесталост спорова је значајно порасла. До краја 2014. године, односно током првих 20 година постојања СТО, званично је покренута процедура чак 488 пута.⁴ Да трговински спорови нису толико учестали, не би било ни сврхе истраживати их, нити би било сврхе истраживати механизам за њихово решавање у оквиру СТО. Овако, имајући у виду њихову бројност, настаје и потреба за истраживањем ове комплексне трговинско-правне области.

Овај рад се бави узроцима настанка спорова у оквиру СТО, њиховим карактеристикама и основним типологијама. Систем решавања спорова у оквиру СТО је изузетно сложен за проучавање и комплетно разумевање. Због тог разлога је неопходно да се представи етиологија ових спорова. Питања и проблеми о којима се говори у раду имају преваходно академски карактер, међутим, то не умањује њихов значај и за праксу. Разумевањем етиологије спорова, лакше ће се разумети бројни принципи, правни механизми и процедуралне технике који заједно творе СТО систем решавања спорова.

Према *Ђурићу*, међународни спорови трговинског карактера најчешће настају у вези са применом мера националних спољнотрговинских политика појединих земаља, које могу повредити права других држава. Настају у вези са предузимањем мере унилатералног карактера државе

1 Општи споразум о царинама и трговини (енгл. *General Agreement on Tariffs and Trade*; у даљем тексту: *GATT*). Потписан је први пут 1947. године. До стварања СТО, овај Споразум је представљао правни основ мултилатералног регулисања међународне трговине, и претечу данашњег сложеног правног система СТО. Период од 1947. године, до стварања СТО, 1995. године, у литератури се означава као *GATT* ера.

2 Листа решених спорова током примене *GATT* 1947 је доступна на интернет адреси СТО: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gt47ds_e.htm.

3 Овај податак износи *Bown* у свом чланку. Вид. Chad P. Bown, „Trade Disputes and the Implementation of Protection under the GATT: An Empirical Assessment“, *Journal of International Economics*, бр. 2/2004, стр. 263–294. Рад је у свом изворном облику доступан на адреси: [file:///C:/Users/Uros%20Zdravkovic/Downloads/empirics%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Uros%20Zdravkovic/Downloads/empirics%20(1).pdf), стр. 1.

4 Више података доступно на интернет адреси СТО: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm, 4.2.2015. године.

или слободне царинске територије, које по оцени једне или већег броја других чланица, противурече споразумима постигнутим у оквиру СТО.⁵

Спорови који настају између држава као субјеката међународних трговинских односа нису приватно-правне природе, попут спорова који су карактеристични за непосредне учеснике међународног трговинског промета (пословне субјекте). Ради се о споровима јавно-правне природе трговинско-економског садржаја, у којима државе као субјекти спорова иступају са позиције *iurae imperii*.⁶ Међутим, од кључног значаја за разумевање узрока који доводе до настанка спорова између јавно-правних субјеката су интереси и позиције приватно-правних учесника (пре свега, великих компанија) који на међународном тржишту иступају са циљем стицања профита.

II Међудржавни трговински спорови и либерализација међународне трговине

Иако звучи као парадокс, основни узрок настајања међудржавних трговинских спорова лежи управо у либерализацији (потпуној или делимичној) међународне трговине. Државе се одлучују да међусобно либерализују трговину, имајући у виду узајамне бенефите: држава отвара своје тржиште за страног партнера и преузима обавезу да поштује одређена правила у вођењу трговинске политике, а заузврат очекује и да страни партнер отвори своје тржиште за њене привредне субјекте, и да успут поштује прописана правила. Међутим, државе се стално суочавају са могућношћу да буду „изигране“ у међусобном поштовању обавеза. Како наводе *Ceva* и *Fracasso*, за државе је карактеристична тзв. „дилема затвореника“ (енгл. *Prisoner's Dilemma*) приликом доношења одлуке о либерализацији трговине са одређеним партнером.⁷ Ова дилема настаје због вероватноће да други партнер неће „искрено“ либерализовати своје тржиште, односно да ће накнадно прибећи заштитним мерама. Уколико до тога заиста дође, настаје трговински спор, због нарушеног интереса државе која очекује да ће њен трговински партнер поштовати одредбе садржане у трговинском споразуму.⁸ *Argumentum a contrario*, уколико

5 Александар Ђирић, *Међународно трговинско право – Ојштин гео*, Ниш, 2012, стр. 238 и 242.

6 *Ibidem*, стр. 238.

7 Emanuela Ceva, Andrea Fracasso, „Seeking Mutual Understanding. A Discourse Theoretical Analysis of the WTO Dispute Settlement System“, *Working Paper-LPF*, бр. 1/09, Sao Paolo, 2009, стр. 8. Доступно на адреси: <http://mpr.ub.uni-muenchen.de/14356/>.

8 У контексту права и обавеза у оквиру СТО, *Bagwell* и *Staiger* објашњавају да принцип реципроцитета и клаузула најповлашћеније нације (енгл. *most-favored na-*

између држава не постоји споразум који предвиђа либерализацију трговине посредством одредби које прописију међусобна права и дужности, не може ни доћи до спора.

До трговинског спора, дакле, долази када једна уговорна страна (држава или друга самостална царинска територија) унилатералним мерама прекрши своје обавезе предвиђене споразумом који успоставља потпуну или делимичну либерализацију трговине, и тиме нанесе штету другој уговорној страни. На тај начин, држава „прекршилац“ користи бенефиције отвореног тржишта партнера, док истовремено штити своје тржиште стварајући баријере које онемогућавају исте бенефиције за партнера. Мотиви за кршење обавезе могу бити разни, а најчешће је то заштита домаће индустрије од конкуренције из увоза, или извозна промоција сопствене индустрије.

III Уопште о факторима који утичу на настанак спорова

Као што је речено, трговински спорови настају када се наруши равнотежа између уговорних страна, у смислу извршавања уговорних обавеза и понашања у складу са обавезама из одређеног трговинског уговора. Међутим, спорови могу да започну и да се заврше и без њиховог упућивања на формалну процедуру решавања. Стране могу билатералним преговорима да брже дођу до задовољавајућег решења и да одустану од намере да покрећу формалну процедуру. Спор се званично сматра „спором“ у оквиру СТО од оног тренутка када чланица СТО формално затражи консултације са другом чланицом, користећи механизам предвиђен у Договору о правилима и процедурама за решавање спорова (енгл. *Dispute Settlement Understanding – DSU*).

Пре него што одлучи да уведе меру којом може прекршити одређену одредбу из трговинског споразума, држава неизбежно испитује могуће користи и штете од такве акције. У литератури се ова појава означава као *trade-off*. Ако је трговина са партнерском државом узајамно корисна и ако се котинуирано одвија, могућност контрамера од стране партнерске државе може је одвратити од кршења обавеза.

tion, MFN) представљају ефикасне принципе који служе државама да превладају проблем „дилеме затвореника“ који настаје услед вероватноће да ће одређена држава – трговински партнер применити недозвољене унилатералне мере. Вид. Kyle Bagwell, Robert Staiger, „Reciprocity, Non-discrimination and Preferential Agreements in the Multilateral Trading System“, *European Journal of Political Economy*, бр. 2/2001, стр. 281–325; Kyle Bagwell, Robert Staiger, „An Economic Theory of GATT“, *American Economic Review*, бр. 89/1999, стр. 215–248.

Ово се у теорији означава као grim-тригер стратегија (енгл. *grim-trigger strategy*),⁹ која практично „приморава“ државе на сарадњу и поштовање обавеза. Према теоретичарима, *trigger* стратегија је била доминантна током GATT ере,¹⁰ у чему можда лежи и објашњење мале учесталости покретања процедура за решавање спорова. *Ceva* и *Fracasso* наводе да, у теорији, на овај начин трговински споразуми постају „самоизвршиви“ (енгл. *self-enforcing*), па није ни потребан посебан механизам за решавање међусобних спорова.¹¹ Међутим, у пракси ствари нису тако једноставне и државе често прибегавају једностраним мерама којима дерогирају преузете обавезе, чак и у одсуству претходног испитивања евентуалне користи и штете од тога. Због тога је за сваки трговински споразум неопходно да садржи и ефикасни механизам за решавање спорова који настају услед таквих мера.

Треба имати на уму да трговински спорови не настају случајно и насумице, већ су готово увек резултат одређене економске, или пак политичке, активности. Не треба занемарити чињеницу да, иако се то тешко може емпиријски доказати, одлука државе да додатно заштити домаћу привреду, или да промовише одређене извозно оријентисане секторе, умногоме зависи од притисака извесних индустријских лобија.¹² То се такође односи и на одлуку државе да покрене процедуру решавања спорова. Готово сваки трговински спор настаје на основу проблема са којима се суочавају комерцијални учесници на тржишту, а који су резултат одређених мера неке од чланица СТО. Влада државе чланице не постаје по аутоматизму свесна проблема, већ се у пракси дешава да реагује тек након иницијативе од стране представника привреде.

Како би ојачале своју конкурентност на глобалном тржишту, велике компаније често инструментализују владе својих држава ради постизања комерцијалних циљева. Такво лобирање од стране компанија

9 E. Ceva, A. Fracasso, *нав. чланак*, стр. 8–9. *Grim-trigger* стратегија је настала из теорије игара, и означава понашање једног партнера, који је све време кооперативан и извршава своје обавезе, до тренутка када други партнер начини било какву грешку (која се тумачи као „окидач“ – *trigger*). Након тога партнер који се користи поменутом стратегијом заувек напушта „игру“, односно, не опрашта другом партнеру учињену грешку. Вид. Robert Axelrod, „On Six Advances in Cooperation Theory“, *Analyse & Kritik*, бр. 22/2000, стр. 130–151. Рад је у изворном облику доступан на адреси: <http://www-personal.umich.edu/~axe/research/SixAdvances.pdf>, стр. 13.

10 Robert Staiger, „International Rules and Institutions for Trade Policy“, *Handbook of International Economics*, бр. 3/1995, стр. 1519–1528.

11 E. Ceva, A. Fracasso, *нав. чланак*, стр. 8–9.

12 Изнети ставови се могу пронаћи у следећим делима. Вид. Stephen Magee, William Brock, Leslie Young, *Black Hole Tariffs and Endogenous Policy Theory: Political Economy in General Equilibrium*, Cambridge, 1989; Gene M. Grossman, Elhanan Helpman, *Interest Groups and Trade Policy*, Princeton, 2002.

Shaffer и *Baron* означавају као „проактивну пословну стратегију“,¹³ услед које долази до међудржавних трговинских спорова. И многи други академици указују на значајну улогу унутрашњих политичких притисака од стране компанија.¹⁴

Међутим, често ни самим компанијама није у интересу да ствар дође до судећих тела СТО. Оне, најчешће, прво покушавају да своје интересе заштите путем додатних комерцијалних активности (производних и маркетиншких), а затим могу утицати на започињање билатералних преговора између држава, сматрајући да ће тако ефикасније постићи свој циљ. Иницирање процедуре пред СТО телима је тек крајња опција. Имајући у виду трошкове и дужину трајања поступка решавања спорова пред СТО (понекад трају и по неколико година), компаније често губе и интерес да се ствар реши уколико преговори пропадну. У одређеним ситуацијама се, ипак, одлучују да истрају у притисцима да ствар дође до судећих тела СТО. *Davis* и *Shirato* у једном заједничком раду објашњавају на који начин се одвија типична стратегија компаније која је директно погођена нелегалним мерама чланице СТО, и како то може утицати на покретање процедуре решавања спорова:

„Када се суочи са трговинском баријером која је потенцијално несагласна са правилима СТО, извозна компанија има неколико опција на располагању. Прва опција је чисто тржишног карактера и не укључује мешање државе. Компанија може да покуша да путем пословних стратегија апсорбује губитке, тако што ће додатно инвестирати у производњу, или да „доскочи“ трговинским баријерама тако што ће реализовати страну директну инвестицију на територији чланице која је увела баријеру. Друга могућност је да лобира у својој влади у циљу отпочињања билатералних преговора са чланицом која је увела баријеру, или преговора у оквиру СТО комитета, или других регионалних или мултилатералних форума. Трећа опција је да затражи од своје владе да покрене процедуру решавања спора у оквиру СТО. Погођена компанија може симултано да примењује већи број наведених стратегија, али се

13 Вид. Brian Shaffer, „Firm-level Response to Governmental Regulations“, *Journal of Management*, бр. 3/1995; David P. Baron, „Integrated Strategy, Trade Policy, and Global Competition“, *California Management Review*, бр. 2/1997.

14 Вид. Peter Rosendorff, „Stability and Rigidity: Politics and Design of the WTO’s Dispute Settlement Procedure“, *American Political Science Review*, бр. 3/2005; Peter Rosendorff, Helen Milner, „The Optimal Design of International Trade Institutions: Uncertainty and Escape“, *International Organization*, бр. 55/2001; George Downs, David Rocke, *Optimal Imperfection? Domestic Uncertainty and Institutions in International Relations*, Princeton, 1995.

залагање за покретање процедуре решавања спорова ипак третира као последња опција.¹⁵

Остављајући интересе компанија по страни, из аспекта понашања државе, спорови могу настати на више начина. Спор, пре свега, може настати када држава одлучи да додатно заштити своју привреду. Када донесе такву одлуку, држава има две могућности. Она може легално да уведе мере додатне заштите, користећи одредбе у споразумима СТО које то у одређеним случајевима допуштају. У терминологији *GATT*-а и СТО, ове одредбе се означавају као „заштитне одредбе“ (енгл. *safeguards provisions*), које омогућавају да се легално примене додатне мере увозне заштите, али уз поштовање стриктних услова прописаних СТО нормама.¹⁶ Друга могућност је да чланица примени недозвољене мере заштите и тако створи основ за покретање спора на мултилатералном нивоу. Ако процени да легалне мере не могу бити ефикасне, чланица може потпуно свесно да посегне за недозвољеним мерама, уз очекивање да буде тужена од других чланица, уколико сматра да јој је то у већем интересу него да њена привреда трпи штету. У таквим околностима, чланица може понудити одговарајућу компензацију оштећеним државама. Спор може настати и онда када чланица СТО на недозвољен начин спроводи експанзионистичку трговинску политику и промовише и подстиче извозно оријентисану индустрију, на начин који је супротан са правилима СТО.

Када се говори о овој теми, морамо истаћи да још увек не постоје егзактни емпиријски подаци о факторима који утичу на одлуку државних званичника да примене легални или нелегални модел заштите.¹⁷ Ипак, *Bown* је на основу релевантних емпиријских истраживања које је спровео у циљу појашњења узрока због којих настају спорови у оквиру СТО, дошао до следећих закључака.¹⁸

Прво, предузимање нелегалних мера заштите је вероватније уколико потенцијално погођена држава примењује високи степен увозне заштите за одређену индустрију (посредством нетарифних баријера), док је истовремено извоз у ту државу незнатан. Уколико, поред ових услова, чланица „прекршилац“ примењује и низак ниво царинске заштите

15 Christina L Davis, Yuki Shirato, „Firms, Governments, and WTO Adjudication: Japan's Selection of and WTO Disputes“, *World Politics*, бр. 2/2007, стр. 278–279.

16 У оквиру *GATT*-а, пример такве одредбе је „ослобађајућа клаузула“ (енгл. „*escape clause*“) садржана у чл. XIX, која омогућава привремену додатну заштиту домаће привреде услед повећаног обима увоза који наноси, или прети да нанесе штету домаћој индустрији.

17 С тим у вези вид. С. Р. Bown, *нав. чланак*, стр. 2–3.

18 *Ibidem*, стр. 27.

у односу на поједини привредни сектор, вероватноћа имплементације недозвољених мера заштите се повећава.

Друго, чланица СТО ће вероватније предузети легалне мере додатне заштите, уколико процени да потенцијално погођени партнер има капацитет да узврати контрамерама након што иницира процедуру решавања спора.

IV Типологија спорова

Када на овом месту говоримо о типовима спорова, говоримо о њиховом предмету. *Ђирић* наводи да се у пракси најчешће догађа да су предмет спорова питања која се односе на област царинског права, царинских дажбина, тарифних уступака, непоштовања статуса најповлашћеније нације, повреду принципа националног третмана, као и на питања техничког карактера у вези са неиспуњењем или неуредним извршењем преузетих обавеза из споразума у оквиру СТО.¹⁹

У литератури се може наићи на већи број типологија спорова, што овој расправи даје више академски него практичан карактер. Ипак, ради разумевања етиологије спорова, потребно је указати на њихове најзначајније врсте. Највећи број спорова који настају у оквиру СТО припада неком од типова који ће бити наведени. Ипак, ретко се дешава да одређени спор припада само једној врсти, већ често садржи елементе који су карактеристични за више наведених типова.

1. Спорови због правних празнина, интерпретациони спорови, спорови због (не)сагласности мера и „тактички“ спорови

Seva и *Fracasso* наводе четири врсте спорова који могу настати између чланица СТО. Ова типологија је занована на разлозима и мотивима због којих се чланице СТО упуштају у процедуру решавања спорова пред органима СТО. Према наведеним ауторима, спорови се могу поделити на спорове због правних празнина, интерпретационе спорове, спорове због (не)сагласности мера и „тактичке“ спорове.²⁰

а) Спорови због правних празнина

Прва врста спорова настаје услед правних празнина у СТО споразумима. Сваки комплексан мултилатерални споразум је по својој при-

19 А. Ђирић, *нав. дело*, стр. 242–243.

20 Е. Seva, А. Fracasso, *нав. чланак*, стр. 10–12.

роди некомплетан. Правне празнине су честе у СТО споразумима, а оне генерално настају услед немогућности преговарача и редактора споразума да предвиде све могуће ситуације током предстојеће дугогодишње примене.

б) *Интерпретациони спорови*

Други тип спорова настаје услед несагласних тумачења правила и одредби које су двосмислено дефинисане у СТО споразумима. Материјалне и процедуралне норме и термини, а нарочито начела, често са собом носе унутрашње неодређености.²¹ Посебан је проблем са одређеним терминима и концептима којима оперишу СТО споразуми, а чије се међународно поимање мењало током времена. Услед наведених околности долази до неуједначеног тумачења одређених норми, термина или начела од стране чланица СТО.

в) *Спорови збој (не)сагласности мера*

Трећи тип спорова настаје услед отворених неслагања између чланица СТО у погледу (не)сагласности њихових унутрашњих мера са правилима СТО. Право СТО допушта чланицама да у извесним ситуацијама одступе од преузетих обавеза и, при том, примене одређене рестрикционе мере којима се ограничава слободна трговина. У литератури се истиче да се споразуми из система СТО не могу окарактерисати као „библија неограничене слободне трговине“.²² Према *Ђирићу*, право СТО, као њена нормативно-регулаторна основа, не забрањује заштиту националног тржишта појединих држава чланица:

„Супротно од тога, када се ради о реализацији националног примарног циља економске, политичке, или идеолошке природе, СТО допушта примену одговарајућих мера од стране чланице у циљу постизања конкретне правне заштите њених националних интереса.“²³

Другим речима, чланицама се, под одређеним претпоставкама, допушта да оне, ради заштите својих легитимних интереса, одступе од обавеза преузетих приступањем СТО. *Ђирић* објашњава да на овај начин право СТО установљава „маргину толеранције“, уважавајући

21 Такав је случај, рецимо, са начелима на која упућују споразуми СТО, попут начела добре вере, правичног процеса, или са терминима попут „озбиљне штете“, или „претње за наступање озбиљне штете“ и сл.

22 А. Ђирић, *нав. дело*, стр. 127.

23 *Ibidem*.

стварне потребе својих чланица, које могу бити политичког, социјално-еколошког или економског карактера.²⁴ Међутим, „право одступања“ се може користити само привремено и под стриктно прописаним условима. До спорова долази уколико нека чланица сматра да протекционистичке мере које примењује друга чланица нису оправдане са становишта права СТО и да се не примењују у складу са утврђеним правилима и дисциплином. *Seva* и *Fracasso* овом типу спорова прикључују и спорове поводом мера које нису у директној супротности са одређеним СТО споразумом, али су ефекти тих мера такви да могу да негативно утичу на бенефите које одређена чланица разумно очекује. У терминологији *GATT*-а ови спорови се означавају као *non-violation disputes*.²⁵ Дакле, ради се о споровима поводом мера које су у супротности са општим принципом СТО који забрањује доношење штете другој чланици.

і) „Тактички“ спорови

Четврта врста спорова настаје услед прорачунатог понашања чланице СТО, када свесно примењује забрањену меру, или тактички (у недостатку добре вере) покреће процедуру против мере друге чланице, која је заправо прихватљива са позиције права СТО, а све у циљу постизања одређених економских или политичких циљева. На овај начин чланице понекад инструментализују систем решавања спорова како би прибавиле повластице које нису могле да постигну током процеса преговора приликом уговарања међусобних концесија. У недостатку могућности мултилатералне ревизије споразума, чланица прибегава унилатералним акцијама како би стекла додатне бенефиције за себе. Не треба посебно напомињати да такво понашање није у складу са правом СТО и да штети постизању општих циљева ове Организације.

2. Производни и принципијални спорови

Поред наведене, у литератури су присутне и друге релевантне типологије спорова. Тако *Porges* дели спорове, како оне које су настајали током *GATT* ере, тако и оне које настају у оквиру СТО, на две категорије.²⁶ На спорове који настају збор интереса одређеног дела привредне заједнице, тзв. „производне спорове“ (*Porges* их означава

24 *Ibidem*.

25 Вид. *GATT*, чл. XXIII 1(6).

26 Amelia Porges, „Settling WTO Disputes: What do Litigation Models Tell Us?“, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, бр. 1/2003, стр. 154–156. Рад је доступан на интернет адреси: <http://netclass.csu.edu.cn/jpkc2011/CSU/WTO%E6%B3%95%EF%BC%88%E5%8F%8C%E8%AF%AD%EF%BC%89/WebEditor/uploadfile/20110411200717153.pdf>.

као „*stakeholder cases*“ или „*product-focused disputes*“). На политичке, или принципијалне спорове.

а) Производни спорови

Како *Porges* наводи, већина спорова који настају у оквиру СТО се односи на мере у погледу третмана одређених производа, што утиче на пословну заједницу и њене комерцијалне интересе у погледу пласмана односних производа.²⁷ Ова врста спорова настаје, по правилу, након инисијативе приватног сектора. Привредна заједница је, као *de facto* иницијатор поступка, заинтересована искључиво за комерцијални исход спора. Ове спорове карактерише и то што су представници привредне заједнице, због своје заинтересованости, активно укључени у процедуру њиховог решавања, у својству саветника или представника у тимовима државе која их „заступа“.

б) Принципијални спорови

Политичке или „принципијалне“ спорове иницирају саме владе. Најчешће се покрећу поводом неке мере друге чланице, а у циљу заштите и примене одређеног принципа из права СТО. За разлику од „*product-focused*“ спорова, иницијатор није заинтересован за комерцијални исход спора, већ је мотивисан да путем механизма решавања спорова обезбеди примену неког од општих принципа СТО. Пошто из угла пословне заједнице питања принципа имају чисто академски карактер, њихови представници немају интереса да учествују у решавању таквих спорова или је, пак, њихово учешће симболично.²⁸ Такви спорови имају безначајну комерцијалну вредност и циљ иницијатора је искључиво усвајање извештаја од стране Органа за решавање спорова, како би се чланица наложило да уклони меру која је у супротности са општим циљевима СТО. Са друге стране, због политичких елемената и одсуства

27 *Ibidem*, стр. 154.

28 Пример „принципијалних спорова“ је серија спорова које је Комисија тадашње Европске заједнице иницирала 1997. године, позивајући се на кршење Споразума о заштитним мерама (енгл. *WTO Agreement on Safeguards*). Спорови су обухватили извозна тржишта која са комерцијалног аспекта нису била релевантна за извознике из ЕЗ (нпр. Корејско тржиште млека у праху у спору *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, WT/DS98/AB/R). У одсуству притиска од стране пословне заједнице, Комисија је имала „одрешене руке“ да креира стратегију изношења аргумената у спору. Исто важи и за спорове који се тичу трговинских мера у циљу националне безбедности (нпр. спор *United States – The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*, WT/DS38/1, из 1996. године).

активне подршке од стране пословне заједнице, такви спорови се теже решавају.²⁹

3. Спорови *contra legem* и *contra utile*

Из радова домаћих аутора који проучавају право СТО, Ђирића и Цвејковића, може се уочити подела спорова у оквиру СТО која полази од формалног основа тужбе, односно захтева за консултације. У том смислу наведени аутори врше поделу на спорове *contra legem* и спорове *contra utile*.

а) Спорови *contra legem*

Први спорови настају поводом захтева због повреде обавеза предвиђених СТО споразумима (захтеви *contra legem*). Спор најчешће настаје када једна држава примени мере у виду законских аката, одлука, уредби и њима сличних докумената, којима спроводи економску и трговинску политику, или предузима друге конкретне мере, које једна или више чланица СТО сматрају нарушавањем мултилатералних и плурилатералних трговинских споразума који постоје и примењују се на нивоу СТО.³⁰

б) Спорови *contra utile*

Други тип спорова настаје када једна од чланица СТО сматра да јој је нанета штета мерама друге чланице, при чему нису прекршене обавезе утврђене СТО споразумима (захтеви *contra utile*). Другим речима, покретање поступка за решење спора је легитимно уколико се тиме омогућава отклањање трговинских ограничења и препрека, чак и када не постоји директна повреда споразума СТО. Ови спорови настају поводом права на реализацију „интереса очекивања“.³¹

4. Трговински спорови у ужем смислу и политичко-трговински спорови

Поред наведених разлика између спорова, треба указати и на још једну битну њихову поделу, која се пре свега, односи на мотиве и циљеве

29 А. Porges, *нав. чланак*, стр. 154.

30 А. Ђирић, *нав. дело*, стр. 245; Предраг Цветковић, *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш, 2010, стр. 19.

31 *Ibidem*.

учесника у спору. У зависности од тога да ли трговински спор настаје само због неслагања у погледу одређених трговинско-економских питања, или настаје због поремећених политичких односа актера у ширем смислу, треба разликовати трговинске спорове у ужем смислу и политичко-трговинске спорове.

а) Трговински спорови у ужем смислу

Уколико су трговинске мере које се оспоравају у претежној мери резултат економских и трговинских мотива државе која их примењује, и уколико држава „тужилац“ такође има преваходно економске мотиве да оспорава меру пред органима СТО, ради се о „чисто“ трговинским неспоразумима, односно о трговинским споровима у ужем смислу. Такав је случај када држава уведе заштитне мере да би ојачала, или додатно заштитила домаћу производњу.

б) Политичко-трговински спорови

Ако ограничавајуће трговинске мере произилазе из политичких неспоразума, онда говоримо о споровима који у свом извору нису трговински, већ код њих преовлађује политички карактер. Државе, или независне царинске територије, могу врло ефикасно користити трговинске мере (пре свега трговинске санкције), како би постигле одговарајуће политичке циљеве, односно извршиле притисак на одређену државу. Такав је случај са низом трговинских санкција које су Сједињене Америчке Државе (САД) и Европска унија (ЕУ) унилатерално увеле током 2014. године према Русији, и које су још увек на снази. Ове трговинске санкције су уведене са циљем вршења политичко-економског притиска на Русију услед погоршања међусобних политичких односа због руске анексије Крима и кризе у Украјини. Са друге стране, Русија је као одговор на те мере, увела забрану увоза многих производа из ЕУ (нарочито пољопривредних). Дакле, мотиви и циљеви ограничавајућих трговинских мера се не састоје у постизању одређених економских предности. Штавише, показало се да привреде ЕУ и Русије управо трпе велику штету услед узајамних ограничавајућих мера, будући да су пре избијања Украјинске кризе били значајни трговински партнери. Мотиви за увођење трговинских санкција су били „чисто“ политички, и оне су предузете искључиво ради постизања политичких циљева. Из наведеног произилази да се онда не може ни говорити о споровима који су трговинског карактера, јер у самом свом извору политичке природе.

Трговинске санкције које су главни актери поменуте политичке кризе увели међусобно, забрањене су из угла права СТО, и не потпадају

ни под један режим дозвољених изузетака. Са друге стране, право СТО је имуно (или би барем тако требало да буде) на политичке мотиве примене трговинских ограничавајућих мера. Са аспекта права СТО, једино што треба да се докаже је да одређена трговинска мера није у складу са правилима те Организације.

Оно што је у овом случају интересантно је то што су поменути актери међународног политичког сукоба формално покренули процедуре за решавање спорова у оквиру механизма СТО, како би разрешили међусобне „трговинске“ спорове. До сада је иницирано неколико процедура, а званичници најављују и нове. Имајући у виду политичку природу ових спорова, такође је нејасно да ли стране заиста желе да се они коначно реше путем механизма СТО и пред њеним органима, или се ради о инструментализацији СТО система у циљу вршења додатног политичког притиска. Зато остаје да се види да ли ће се ти спорови на крају и решити кроз формалну СТО процедуру или ће се решавати у оквиру пакета неког будућег договора који би означио завршетак политичке кризе. Други сценарио је више вероватан, јер се, на крају крајева, и не ради о трговинским неспоразумима. Са друге стране, уколико се оствари први сценарио, то ће без сумње резултовати маратонским процесима из којих ће судећа тела СТО врло тешко изаћи.

Uroš ZDRAVKOVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Niš

ABOUT CAUSES AND CHARACTERISTICS OF DISPUTES UNDER THE WORLD TRADE ORGANIZATION

Summary

Trade disputes under the World Trade Organization (WTO) arise when one member (state or other independent custom territory), by its unilateral measures, violates its obligations determined by the WTO agreements, and thus causes the damage to another member. Motives for violation of obligations can be various, but that is usually protection of domestic industry from abroad competition, or export promotion of domestic industry. Trade disputes do not occur by accident and at random, but are almost always the result of some specific economic or political activity. Almost each trade dispute occurs due some

problems that commercial participants on the market have to face with, having that those problems relate to specific measure of some WTO member. The subject of dispute can be different, but in trade practice the subject is, in most cases, about issues which relate to custom law, custom tariffs, tariff concessions, violation of most-favored nation status, or violation of national treatment principle. Literature and practice provide a number of typologies of disputes, from which the most important (according to author) are mentioned and explained in this article.

Key words: *World Trade Organization, dispute settlement, unilateral trade measures, violation of trade obligations.*

МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Др *Марија* КРВАВАЦ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици

СУКОБ ЗАКОНА КОД ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ НАНЕТУ ЖИВОТНОЈ СРЕДИНИ

Резиме

Спорови који се воде поводом накнаде штете нанете живојној средини сложени су и трајају веома дуго. Суочен са проблемом сукоба закона, одлуку о избору меродавне права суд мора донети водећи рачуна о конкретним околностима случаја, о праву заштитне живојне средине, о приватном и, неретко, значајном интересу државе у којој су се манифестовале последице штетне радње. Вануговорна одговорност за штету која је нанета живојној средини подлеже праву државе у којој је настала штета, изузев ако лице које захтева накнаду штете не изабере као основ своје тужбе право државе у којој је извршена штетна радња. Колизона правила налашавају принцип заштитне оштећеној, и упућују на могућност једностраног избора меродавне права од стране оштећеној до примене одређеној правом земље суда. У материји вануговорне одговорности за штету нанету живојној средини постоји уска веза са јавноправним одредбама о делатности могуће одговорној лица и правила сигурности у земљи посматрања. Посебан проблем може представљати утврђивање стварно одговорној лица за штету када се ради о зајатењу мора и морске околине. Без обзира на меродавно право мора се осигурати минимални степен заштитне живојне средине поштовањем коментних прописана домаће права.

Кључне речи: вануговорна одговорност, живојна средина, штета, одлучујућа чињеница.

Издавајње и систематизација правила вануговорне одговорности за проузроковану штету у доктрини грађанског права везује се за тридесете године прошлог века. На еволуцију у регулисању вануговорне одговорности утицали су, поред осталих, еколошки покрети и удружења. Постепено се мењао став о појединим облицима одговорности, начину обештећења, као и обиму превентивних мера за очување животне средине, чему треба додати и проширење осигурања имовине и лица, посебно за производе који стварају повишени ризик за околину. Карактеристика ове правне области у правној науци је његова мултидисциплинарност, када се има у виду да је вануговорна одговорност за штету нанету животној околини уско повезана са јавноправним одредбама у погледу радњи могућег штетника и принудних норми. Реч је о посебном виду државне интервенције у приватноправне односе регулисане правним нормама различитих грана права. Држава има обавезу да заштити своје грађане који, с друге стране, имају право на чисту животну средину.

Узроци загађења животне околине су различити, али сви произилазе из људских радњи односно, опасних активности и опасних ствари. Штете које настану не познају државне границе и поделу државног суверенитета, тако да могу задирати у два, или више различитих правних система. Полазећи од тога да свако има право да живи у чистој животној средини стоји обавеза њеног очувања и накнаде за штете проузроковану животној околини. Начело да свако ко другом проузрокује штету исту мора надокнадити спада у општа правна начела просвећених народа, прихваћена као извор међународног права. У складу са тим је и опште начело да загађивач мора да надокнади штету нанету животној средини.

I Начело накнаде штете нанете животној средини у међународном праву

У европском правном контексту значај и потребу издавајања проблема заштите животне околине први пут је препознала OECD (Организација за Европску безбедност и сарадњу) која је у свом Документу истакла важност начела „загађивач плаћа“, тако да оно подразумева обавезу загађивача да сноси трошкове предузимања мера за рационално коришћење ограничених еколошких ресурса од стране државних органа како би се осигурало да околина буде у прихватљивом стању.¹ Конференција УН о животној средини и развоју 1992. је у посебној

¹ Препорука ОЕЦД усвојена 1972. С(72)128.

Рио Декларацији² предвидела да националне власти треба да подстичу интернационализацију трошкова везаних за животну околину, као и примену економских инструмената, али би требало узети у обзир приступ да загађивач сноси трошак загађивања, што говори о његовом значају у режиму одговорности за штету у животној околини широм света. Начело одговорности загађивача усвојено је као међународноправни стандард, почев од арбитражне одлуке *Trail Smetler* којом је Канада обавезана да надокнади штету насталу као последица загађења ваздуха у САД-у и да, у складу са међународним правом, предузме нужне кораке у циљу избегавања даљих штета.³ Оно намеће и правну одговорност накнаде штете од стране онога ко је узроковао загађење, упркос чињеници да приватна одговорност за еколошку штету често остаје без дејства. Ово, имајући у виду распрострањеност и обим загађења када је неопходна помоћ државе, односно органа јавне власти. У складу са тим Савет Европе је још 1968. године у својој Резолуцији предвидео да обавеза накнаде загађивања од стране извора загађења не искључује помоћ органа јавне власти.⁴

На међународном нивоу је од изузетног значаја и дугогодишњи рад у погледу режима одговорности и накнаде штете, окончан унификацијом правила у вези са превозом опасних и штетних ствари морем. Реч је о Конвенцији о одговорности и накнади штете у вези са превозом опасних и штетних материја морем из 1996.⁵ која представља израз заинтересованости држава за проблем загађења мора и морске околине на међународном нивоу, поред настојања да мноштвом регионалних конвенција максимално заштите море и морску околину. Упоредо са овим на снази су и бројне конвенције којима је циљ превентивно деловање и успостављање међународног механизма накнаде штете (Међународна конвенција о грађанскоправној одговорности за штете проузроковане загађивањем мора нафтом, Брисел 1969.; Међународна конвенција о оснивању међународног фонда за накнаду штете због загађивања нафтом, Брисел 1971.).⁶ Међународно право директно гарантује накнаду штете оштећеном у оним случајевима за која

2 Rio Declaration on Environment and Development, United Nations Conference on Environment and Development, U.N. Doc. A/CONF.2/1 Rev.1 (1992).

3 Trail Smetler (USA v. Canada), Special Arbitral Tribunal 2 U.N. Representative International Arbitral Awards 1905 (1941).

4 Савет Европе, Декларација о контроли загађивања ваздуха, Резолуција (68) 4, Страсбург, 1968.

5 Закључена је под окриљем ИМО-а на Дипломатској конференцији у Лондону 3.5.1996.

6 Ближе В. Томљеновић, *Поморско међународно приватно право*, Ријека, 1998, стр. 399.

постоје јединствена међународна правила. У свим другим, мериторном одлучивању о накнади међународне штете претходи решавање проблема сукоба закона у оквиру целокупне проблематике вануговорне одговорности за штету.

Прихватајући међународноправне стандарде и начела, законодавна активност Европске заједнице у погледу режима одговорности за штету у животној околини отишла је корак даље кроз усвајање посебног документа, односно Беле књиге о питањима одговорности за животну околину,⁷ након чега је објављена и Зелена књига о отклањању штета нанете животној околини. Европски парламент је 1994. усвојио Резолуцију којом је позвао Комисију да изради предлог за доношење посебне директиве о грађанскоправној одговорности у погледу еколошких штета.⁸ Регулатива режима одговорности за штете нанете животној околини у оквиру права ЕУ почива на главним начелима политике заштите животне средине који су садржани у Уговору о оснивању ЕЗ (чл. 174 ст. 2) и Уговору о функционисању ЕУ (чл. 191 ст. 2). Директива 2004/35/ЕЗ о одговорности за животну околину у погледу спречавања и отклањања штете нанете животној средини усвојена је од стране Европског парламента и Савета 2004. године,⁹ чиме је постављен правни оквир одговорности за штете и дефинисан појам „еколошка штета“. Директива предвиђа да се начело одговорности има примењивати на еколошке штете и директне опасности од штета, које настану услед професионалних активности (опасних или потенцијално опасних), уколико постоји узрочна веза између штете и штетне радње. Поред осталог, Директива прописује и мере спречавања и отклањања штета нанетих животној средини чије спровођење спада у надлежност националних органа држава чланица.

II Комуитарни међународно приватноправни оквир грађанскоправне одговорности за штету нанету животној средини

Природа еколошких штета је таква да се, неретко, ради о односима који задиру у сферу два или више правних система. Реч је о прекограничним еколошким штетама у погледу којих је потребно консултовати норме међународног приватног и процесног права. О међународном карак-

7 Европска комисија је усвојила Балу књигу о одговорности за штете у околини СОМ(2000)66.

8 Резолуција Европског парламента од 20. априла 1994., ОЈ С 128/165.

9 ОЈ L 143.

теру штете нанете животној околини говори се увек када чињенични или правни елементи догађаја прелазе оквире једне државе.¹⁰ Међународно приватно правна регулатива у овој материји је блиска споровима који се воде поводом тужбе за накнаду штете. Прво питање које се у решавању спорова намеће јесте одређивање међународне надлежности суда који ће у конкретном случају одлучивати о меритуму спора, и тек када је установио да је према процесним одредбама домаћег права надлежан, суд се суочава са проблемом сукоба закона. Тај проблем се нужно намеће свом својом актуелношћу уколико се на спорно питање не могу применити међународна једнообразна правила. Покушаји унификације општег колизионог права ЕЗ у материји вануговорне одговорности за штету дуго нису имали резултата, за разлику од успешних унификација колизионих правила за специфичне облике вануговорне одговорности за штету (проузроковану друмским саобраћајним средствима и одговорност произвођача за своје производе).¹¹ С друге стране, еколошке катастрофе проузроковане опасним активностима и стварима константно су упозоравале светску јавност на неадекватност регулативе, због чега је упоредо са интензивном међународном, покренута и комунитарна легислатива. На развој европског колизионог деликтног права пресудан утицај су извршиле националне одредбе о избору деликтног статута. Уједначен колизиони правни режим вануговорне одговорности успостављен је Уредбом (ЕЗ) бр. 864/2007 Европског парламента и Савета Европе о праву меродавном за вануговорне обавезе (позната као Уредба Рим II),¹² док се у односу на поступак примењују одредбе Уредбе (ЕУ) бр. 44/2001 од 22. децембра 2000. о надлежности, признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким предметима (позната као Уредба Брисел I), сада измењена Уредбом (ЕУ) бр. 1215/2012 од 12. децембра 2012. о надлежности, признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима (Уредба Брисел I, преиначена).¹³

Проблем сукоба закона у овој материји дуго је био занемариван, па је меродавно право за еколошке штете упућивало на примену стандардних правила о вануговорној одговорности за штету. Она су у већини аутономних колизионих права водила ка примени *lex loci delicti* – закона места где се десила штетна радња, и, у неким случајевима, при-

10 Т. Ballarino, *Questions du DIP et dommages catastrophiques*, RCADI, 1990, I, Tome 220, стр. 308–309.

11 Хашка конвенција о закону који се примењује на друмске саобраћајне незгоде из 1971. *Сл. лист СФРЈ*, бр. 26/76 и Хашка конвенција о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје производе из 1973. *Сл. лист СФРЈ*, бр. 8/77, донете од стране Хашке конференције за међународно приватно право.

12 *OJ L 199/40*, 31.7.2007, стр. 40.

13 *OJ L 351/1*, 20.12.2012.

мени *lex fori*. У настојањима да превазиђу недостатака круте примене колизионих правила национална права су полазила од најразличитијих решења, али је већина европских земља прихватила да поље примене *lex loci delicti* треба ограничити општим и посебним изузецима. У складу са тим, кодификације међународног приватног права су прихватиле упућивање на алтернативну примену две тачке везивања, тако што је примена једне од њих зависила од испуњења додатних околности или пак од једностраног избора оштећеног.¹⁴ Наиме, као меродавно се примењује право државе у којој је извршена штетна радња, или право државе у којој су наступиле штетне последице, у зависности од тога које је од тих потенцијално меродавних права повољније за оштећеног, мада се слободно може рећи да је примена колизионог правила у овом случају у приличној мери слојевита. Оштећени има право избора између та два права са циљем примене норми које су за њега повољније, што је у складу са сврхом деликтног права – заштита оштећеног.¹⁵ По принципу *iura novit curia* по службеној дужности би требало утврдити „повољност“ за оштећеног, који даље може улагати правне лекове за погрешну примену права. Из тога произилази да, у зависности од тога како се ово начело примењује, одабир „повољног права“ по службеној дужности може да врши и суд.

Проблем сукоба закона је додатно актуелизован разликама националних права у погледу темељних питања за која не постоје општеприхваћена правила, као што је питање врсте штете које се надокнађују, у коликом обиму и у коликом износу, на коме је терет доказивања и др. Када се томе додају и различита доктринарна размишљања о општим колизионим решењима за штете нанете животној околини и мали број судских одлука јасно је да доношење Уредбе Рим II има огроман значај. Уредба представља први колициони комунитарни правни документ секундарног законодавства ЕУ који уређује неколико посебних режима за различите категорије вануговорне одговорности за штету, међу којима је и вануговорна одговорност за штету нанету животној околини.

III Уредба Рим II – европски аутономни систем норми сукоба закона у деликтном праву

Унификацијом колизионих правила у материји вануговорне одговорности, ЕУ је у великој мери заштитила оправдана очекивања странака и, барем донекле, отклонила проблем правне несигурности и непредвидивости решења. Потреба за специфичним колизионим правилима

14 В. Томљеновић, *нав. дело*, стр. 91.

15 А. L. Droz, *Regards sur le droit international privé comparé*, RCADI, 1991, стр. 287–288.

утицала је на то да европски законодавац доношењем Уредбе Рим II препозна нужност превазилажења различитих колизионих правила режима одговорности за прекограничну штету коју узрокују различити извори загађења животне средине. Треба напоменути да је дугогодишњи рад на унификацији додатно отежавало неслагање око једног броја одредби, међу којима и тумачење појма „штета у животној средини“.¹⁶ До усвајања Уредбе, на питање вануговорне одговорности за штету нанету животној средини примењивала су се стандардна правила, што говори о томе да акти међународног приватног права нису придавали посебан значај одређивању меродавног права за еколошке штете. Уредба Рим II се примењује на вануговорне обавезе у грађанским и трговачким стварима у случајевима унутар и изван ЕУ који укључују сукоб закона¹⁷ на подручју свих држава чланица, изузев Данске.¹⁸

Европски законодавац прихвата колизионоправни карактер аутономије воље у материји вануговорне одговорности за штету, и, под јасно прописаним условима, омогућава странкама вануговорног односа да изаберу меродавно право. Начин избора меродавног права може бити изричит или прећутан, тако што очигледно произилази из околности случаја. Суд мора „поштовати“ споразум странака о избору меродавног права уколико је закључен након наступања догађаја из кога је настала штета. Када то налажу јавни интереси, што је то случај са штетом која је нанета животној средини, слобода избора меродавног права је искључена.¹⁹ У сфери супсидијарног везивања Уредба нуди одговарајућу меру „флексибилности“ колизионог правила и упућује на примену права државе у којој је штета настала (*lex loci damni*), без обзира на државу у којој се десио догађај који је проузроковао штету и без обзира на државу/државе у којима су настале индиректне последице тог догађаја.²⁰ У ситуацијама када оштећени и одговорно лице имају своје уобичајено боравиште у истој држави у време настанка штете, примењује се право

16 W. Posh, „The Draft Regulation RomeII in 2004: Its past and Future Perspectives“, *Yearbook of Private Law*, vol. 6, 2004, стр. 133.

17 Чл. 1. Уредбе.

18 Сходно чл. 1 и 2 Протокола о положају Данске, додатом Уговору о ЕУ и Уговору о оснивању ЕЗ, на темељу Уговора из Амстердама, Данска *a priori* не учествује у сарадњи на основу Главе IV Уговора „Визе, азил, усељење, и друге облике политике слободног кретања лица“ што укључује и усвајање ове Уредбе. Члан 3 Протокола о положају Уједињеног Краљевства и Ирске, додатог Уговору о ЕУ и Уговору о усвајању ЕЗ омогућава тим државама „*opt-out*“ што оне нису искористиле код Уредбе Рим II.

19 Јавни интерес налаже искључење аутономије воље и код повреде права тржишне утакмице, повреде права интелектуалне својине с обзиром на њихову територијалност.

20 Чл. 4 ст. 2 Уредбе.

те државе – *lex firmae habitationis communis*,²¹ а не *lex loci damni*. Уредба предвиђа и могућност примене опште клаузуле изузетка када је из свих околности случаја јасно да је штетна радња очигледно у ближој вези са државом, различитом од државе чије је право као меродавно предвиђено општим правилима, у ком случају се има применити право те државе.²²

Посебна колизиона правила су предвиђена, поред осталих, у погледу одговорности за штету нанету животној средини, па имају предност у примени у односу на општа колизина правила. Вануговорна одговорност за штету нанету животној средини, или штете претрпљене од стране лица или имовинске штете, подлеже праву државе у којој је штета настала (*lex loci damni*), без обзира на државу у којој се десила штетна радња и државу/државе које су претрпеле индиректну штету. Право државе у којој је штета настала може бити изузето из примене уколико лице које захтева накнаду штете изабере, као основ своје тужбе, право државе у којој се десио догађај који је проузроковао штету.²³ Оштећеном је омогућен једностранни избор између два колизиона решења, уколико се странке нису споразумеле о меродавном праву у складу са чл. 14 Уредбе. Фаворизовање оштећеног у постављању колизионих решења у овој материји од стране европског законодавца почива на одредби члана 174 Уговора о ЕЗ, којом је предвиђен високи ниво заштите на темељу начела опрезности и начела предузимања превентивних мера, начелу првенства корективних мера на извору загађивања, као и начелу „загађивач плаћа/надокнађује“.²⁴ Лице које тражи накнаду штете може одабрати меродавно право до момента предвиђеног правом државе чланице пред чијим се судом води поступак – *lex fori*.²⁵ Дилема која у овој материји није јасно решена тиче се могућности цепања деликтног статута, односно вољне мултипликације меродавних права, имајући у виду да избор различитог права за различите делове штете може имати непредвидиве последице за одговорно лице.

21 Прекретницу у методолошком приступу решавања сукоба закона представља одлука Апелационог суда државе New York у познатом случају *Babcock v. Jackson*, 191, N.E. 2d 579 (No. 1963). Одлуком је формулисано ново решење за избор меродавног права које би требало да замени *lex loci delicti commissi*, на темељу релевантних фактора везе меродавног права са спорним догађајем и странкама с једне, и интереса за регулисање спорног питања с друге стране. Околности штетног догађаја у комбинацији са сврхом правила која су била у сукобу упућивала су у конкретном случају да је право *New York*-а у најзначајнијој вези са спорним питањем.

22 Чл. 4 ст. 3 Уредбе.

23 Чл. 7 Уредбе Рим II.

24 Рецитал 25 Уредбе Рим II.

25 Ближе: А. Dickinson, „European Private International Law: Embracing New Horizons or Mourning the Past?“, *Journal of Private International Law*, vol. 1, бр. 2, 2003, стр. 197–236.

Квалификацију појма еколошка штета односно „штета у животnoj средини“ треба тумачити на начин да она обухвата штетне промене природног ресурса, односно воде, земље или ваздуха, као и умањење улоге коју тај природни извор има у корист других природних извора или јавности, или смањење биолошке разноликости.²⁶ У случају двоумљења да ли је реч о „штети нанетој животnoj средини“ надлежни орган се може позвати на постојеће прописе примарног и секундарног законодавства Заједнице. Због тесне повезаности вануговорне одговорности за штете нанете животnoj средини и јавноправних одредаба у погледу деловања лица одговорног за штету, Комисија је прихватила да у околностима када је место извршења штетне радње у држави која допушта одређену активност, а место настанка штете у држави која такво поступање забрањује, треба узети у обзир чињеницу да је лице чија радња је довела до штете поступало у складу са државом у којој је предузета. Овде није реч о примени права, већ о „узимању у обзир“ одређене чињенице, што је још један аргумент у прилог фаворизовања оштећеног (*in favorem laesi*).²⁷ Посебно велике размере штета настају као последица незгоде брода или редовним коришћењем мора. У ситуацијама када брод проузрокује штету животnoj средини, под претпоставком да је реч о међународној штети, питање избора меродавног права намеће се у свој својој актуелности.

26 Рецитал бр. 24. Уредбе.

27 Теоретичари као пример узимају случај *G. J Bear* против *Mines de Potasse d' Alcase* (спор се водио због загађења воде Рајне услед соних отпадака који су из предузећа туженог испуштени у Рајну), који је добро познат по тумачењу појма „место настанка штете“ у чл. 5. ст. 3. Бриселске конвенције о судској надлежности, признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима у одлуци Европског суда правде C-21/76 од 30. новембра 1976. У изреци одлуке стоји „Ако место где је наступио догађај који је могао да проузрокује обавезу из вануговорне одговорности за штету није уједно и место где је настала штета, појам место где се догодио штетни догађај“ из члана 5 ст. 3 Конвенције од 27 септембра 1968. о судској надлежности и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима треба схватити тако да се он односи како на место где је настала штета тако и на место догађаја који је проузроковао штету. Тужени, стога, у зависности од избора тужиоца, може бити тужен било пред судом места где је настала штета или пред судом места догађаја који је проузроковао штету.“

Холандски суд је у спору поводом накнаде штете проузроковане загађењем меродавно право одредио применом аутономије воље странака. Холандски тужиоци су се определили за примену холандског права а француски тужени, у свом одговору на тужбу, сагласили са таквим избором. Ротердамски суд је прихватио такав, ретроактивни избор, меродавног права, а Хашки Апелациони суд, пошто нико није приговорио тако изабраном меродавном праву потврдио првостепену одлуку – Court de Apel the Hague, 10.9.1980. Врховни суд је само констатовао меродавност холандског права.

IV Меродавно право за штету нанету животној средини у међународном приватном праву Републике Србије

Тенденције хармонизације националног права и усклађивање са европским стандардима основ је актуелне реформе међународног приватног права Републике Србије, са циљем успостављања међународноприватноправног система који ће бити компатибилан савременом европском законодавству и пракси. Процес усклађивања колизионних правила са сврхом и природом материјалних правила потврђен је за поједине типове противправних радњи. За разлику од позитивног међународног приватног права, развој деликтног права уопште показао је нужност успостављања специфичних режима одговорности за поједине облике вануговорне одговорности. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља тренутно садржи само опште колизионо решење, уз могућност избора повољнијег права од стране оштећеног. Радна група Министарства правде Р. Србије је изашла са коначном верзијом Нацрта Закона о међународном приватном праву, који праги модерна решења и прихвата стандарде у овој грани права. Одредбе Главе VII ЗМПП под називом „вануговорне обавезе“ садрже решења којима се уводе многе новине у колизионој регулативи вануговорне одговорности, као и у нормирању међународне надлежности судова и других надлежних органа. Предлагач пружа појмовно одређење штете, тако што она представља директну последицу штетног догађаја, стицања без основа, пословодства без налога или предуговорне одговорности (чл. 163 ст. 1). Меродавно право за вануговорне обавезе почива на општим и колизионим решењима за посебне облике вануговорне одговорности. Предлог ЗМПП Србије допушта избор меродавног права и то након наступања штетног догађаја, осим уколико стране обављају привредну делатност, у ком случају то могу учинити и пре његовог наступања. (чл. 165 ст. 1). Примена изабраног меродавног права неће бити могућа уколико су у тренутку наступања штетног догађаја све одлучујуће околности случаја везане за право које није изабрано, чиме се меродавно право одређује на темељу још једне оквирне одлучујуће чињенице, принципа најближе везе (чл. 165 ст. 2). На тај начин је право странака на избор меродавног права у подручју одговорности за штету начелно сужено, ако се упореди са колизионоправном аутономијом странака код уговора. Меродавно право за вануговорну одговорност за штету одређује се према праву државе у којој је наступила штета, без обзира на то у којој је држави настао штетни догађај или у којој су држави наступиле посредне последице тога догађаја (чл. 166 ст. 1). Уколико странке, односно одговорно лице и оштећени имају уобичајено боравиште у истој држави

у моменту настанка штете, вануговорна одговорност за штету подлеже праву те државе. Корективна функција принципа најтешње повезаности долази до изражаја када из свих околности случаја јасно произилази да је штетни догађај у очигледно ближој вези са другом државом, чије је право меродавно (чл. 166 ст. 3–4). Ово је у складу са колизионим правилом најближе везе у европском деликтном праву, које је доминантно решење сукоба закона у многим америчким државама. Ближа веза се може заснивати посебно на већ постојећем правном односу између странака, као што је уговор из кога је настала штетна радња, затим правни однос између оставиоца и наследника, власника некретнине и трећег лица или другом чињеничном односу.

Предлог ЗМПП Србије садржи и посебна колизиона правила за следеће облике одговорности: одговорност произвођача за производе, нелојална конкуренција, повреда тржишне конкуренције, повреда права, интелектуалне својине, друмске саобраћајне незгоде, прекид или успоравање процеса рада, штета настала на броду или у ваздухоплову, повреда права личности путем медија, као и за штету нанету животној средини под којом се подразумева штета нанета животној средини и штета коју услед тога претрпе лица и имовина (чл. 170 ст. 1). Вануговорна обавеза настала из штете нанете животној средини подлеже праву државе у којој је наступила штета – *lex loci damni* (чл. 170 ст. 2). Упркос томе, лице које захтева накнаду штете може тражити да буде примењено право државе у којој је наступио штетни догађај – *lex loci delicti*. При одређивању меродавног права не примењују се општа колизиона правила нити општа клаузула одступања у случају када правни однос има слабу везу са државом чије је право меродавно, а знатно ближу са неком другом државом.

Једно од заједничких правила за вануговорност за штету и остале вануговорне обавезе односи се на прописе о безбедности и начину поступања за које је предвиђено да су на снази у месту и у тренутку извршења штетне радње као чињеница приликом оцене поступања одговорног лица (чл. 180).

V Закључак

Проблематика издвајање и систематизација правила којима се штити право на чисту животну средину у оквиру права заштите животне средине предмет је интересовања читаве друштвене заједнице. Заштита животне средине је препозната као важно друштвено, политичко и правно питање на националном нивоу и у оквиру права ЕУ. Полазећи од тога да свако има право да живи у чистој животној средини, могло

би се рећи да је реч о индивидуалном праву. Заштита животне средине представља истовремено и колективни интерес, као и интерес сваке појединачне државе. Право заштите животне средине се дуго развијало у оквиру секундарног европског законодавства, међународних споразума и судских одлука, док данас чини једно од темељних подручја права ЕУ, на темељу чл. 6 Уговора о ЕЗ (Уговор из Нице). Настојања европског законодавца иду у правцу увођења заједничког европског модела колективне правне заштите у различитим подручјима међу којима је и заштита животне средине. Фаворизовањем оштећеног („жртве“) у колизионном праву, тако да може изабрати право које му осигурава максималну накнаду, постиже се пожељан исход; фаворизовање природе.

Marija KRVAVAC, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Priština, headed in Kosovska Mitrovica

ENVIROMENTAL DAMAGE IN EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

Regulation Rome II is based on the traditional approach using the solution that were already stipulated in the international private law of certain EU member states, but also takes care about the solutions contained in the law of some non-member countries. Apart from the general, the Regulation stipulates special rules for delictual liability that follows the damage caused by a product. The applicable law means the law of the state in which the responsible person and the injured party have permanent residence at the time when the damage occurred. If it is not the case, the conflict of law norms of the Regulation that prescribe the application of subsidiary decisive facts shall be applied. The Regulation stipulates a special rule for the environmental damage. In comparative private international law in case of pollution the emphasis is on the principle of protection of victims and the environment. Therefore, whatever law is applicable a minimum protection has to be insured through the application of mandatory rules of a forum.

Key words: *non-contractual obligation, tortuous act, environment, damage, closest connection.*

Др Јелена БЕЛОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Приштини,
Косовска Митровица

FORUM LOCI SOLUTIONIS У СПОРОВИМА ИЗ УГОВОРНИХ ОДНОСА СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНОСТИ

Резиме

Уз ојаску да када је реч о споровима из уговорних односа са елементом иностраности, добро припремљене уговорне споране веома рејко остављају питање надлежности у евентуалним будућим споровима нерешеним, овај рад се фокусира управо на оне случајеве у којима споранке нису то учиниле, односно када се међународна судска надлежност утврђује на основу закона.

Питање међународне судке надлежности уопште, а за овај рад значајно питање посебне судске надлежности у споровима из уговорних односа, претрпело је значајне измене у српском праву. Ове измене иду у правцу усклађивања са европским прописима из међународно приватноправној подручја. Како можемо говорити о две равни усклађивања (хармонизација и унификација), можемо закључити да је у овој области дошло до делимичне унификације прописа са решењима садржаним у европским уредбама, а посебно са решењима Брисел I Уредбе (бр. 44/2001) о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким споровима. Ошуда остаје интересантно питање тумачења критеријума за заснивање посебне судске надлежности у споровима из уговорних односа од споране Суда Европске уније.

Кључне речи: *Нацрт Закона о међународном приватном праву из 2014, међународна надлежност, надлежност у споровима из уо-*

ворних односа, мeстiо извршења уiоворне обавезе, Брисел I Уредба бр. 44/2001, Суд Европске уније, Бечка конвенција о међународној iродаји робе из 1980.

I Увод

Конечна верзија Нацрта новог српског Закона о међународном приватном праву (у даљем тексту: Нацрт) представљена, је јавности у јуну месецу прошле године.¹ Рад на његовој изради трајао је шест година. Нацрт још увек није у скупштинској процедури, тако да Србија нешто више од пола године чека на усвајање нове кодификације у области међународног приватног права. На снази је и данас Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља из 1982. године,² чије се одредбе како са формалне, тако и са садржинске стране већ дуго низ година показују анахроним.

У званичном мишљењу о Нацрту Закона представљеном од стране Савета Европе³ стоји да је: *„...Нацрт i врло систематичан и добро елабориран, и да чини одличну основу за модерну кодификацију српског међународног приватног права“.*

Према схватању чланова радне групе, посебан разлог за доношење новог Закона јесте потреба за усклађивањем међународног приватног права Србије са оним који настаје и развија се у окриљу Европске уније. Разлози ефикасности налагали су да законодавац не оптира за аутономна решења, различита од европских, већ супротно, да у садашњем моменту донесе решења истоветна са онима која ће се примењивати када наша држава буде постала чланица Европске уније. Република Србија у том смислу следи тренд реформисања постојећих закона којим су кренуле и многе друге државе југоисточне Европе.⁴

1 Конечна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву, 2014, доступно на адреси: www.mpravde.gov.rs.

2 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима (Службени лист СФРЈ, бр. 43/1982, 72/82, Службени лист СРЈ, бр. 46/96; у даљем тексту: ЗРСЗ). У чл. 1 Закона о изменама Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима је прописано да се у називу Закона бришу речи „у одређеним односима“.

3 Мишљење о нацрту ЗМПП, Council of Europe, „Opinion on the Draft Private International Law Code of the Republic of Serbia“, стр. 3. Доступно на адреси: arhiva.mpravde.gov.rs/.../.

4 Закон о међународном приватном праву и поступку Републике Словеније из 1999. године; Закон о међународном приватном праву Републике Македоније из 2007. године; Закон о међународном приватном праву Републике Црне Горе из 2013. године.

Свеопшти је утисак да су одредбе посвећене надлежности конструисане на систематичнији и конзистентнији начин у односу на важећи ЗРСЗ. Наиме, питање меродавног права уређено је у контексту питања међународне надлежности за сваки појединачни правни институт, односно правно питање.

Одредбе о надлежности имале су за узор решења Брисел I Уредбе о надлежности признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима.⁵ У циљу разумевања ових решења, потребо је сагледати и генезу европских решења, обзиром да је поменута Уредба „наследница“ Бриселске конвенције о надлежности признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968. године,⁶ која је садржала нешто другачија решења када је у питању надлежност у споровима из уговорних односа. У циљу стварања „заједничкој љравној љростјора“ унутар Европске уније, Уговором о Европској заједници (амстердамска верзија из 1997. године) предвиђено је да, између осталог, ова материја спада у надлежност Савета, односно да се ова питања уређују секундарним европским правом. На основу чл. 65 тог Уговора наведено тело је надлежно за доношење мера у подручју правне сарадње у грађанским предметима са прекограничним елементом. У међувремену, донета је Брисел I Уредба, која је ступањем на снагу 1. марта 2002. године заменила Бриселску конвенцију.

II Надлежност у споровима из уговорних односа према одредбама Нацрта Закона о међународном приватном праву

Глава VII, део II Нацрта носи назив „Уговорни односи“. Одредба о надлежности у споровима из уговорних односа налази се у чл. 142 који гласи:

„1. Суд Републике Србије је надлежан за спорове из уговорних односа и када његова надлежност не произилази из других одредаба овог Закона, ако је основ љужбеној захтева обавеза која је извршена или би требало да буде извршена у Републици Србији.

2. Ако се странке нису споразумеле другачије, сматра се да се место извршења обавезе из става 1 овог члана налази у Републици Србији:

5 Council Regulation (EC) No. 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters, OJ L 12/1.

6 Brussels Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters of 27 September 1968, доступно на адреси: curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm.

а) код уговора о прогаји робе – ако је роба, у складу са уговором, испоручена или је требало да буде испоручена у Рейублици Србији;

б) код уговора о пружању услуга – ако су услуге, у складу са уговором пружене или је требало да буду пружене у Рейублици Србији.“

Ову одредбу треба тумачити тако да: уколико нема пророгације надлежности (изричите или прећутне)⁷ и уколико се надлежност не може засновати на критеријума опште надлежности (пребивалиште, односно седиште туженог, алтернативно уобичајено боравиште),⁸ надлежност се може заснивати на основу посебног критеријума изложеног у ст. 1 наведеног члана. По први пут, у српском законодавству наилазимо на јасни и недвосмислени критеријум за заснивање надлежности у споровима из уговорних односа.

Наиме, и сходно важећем закону, спорови из уговорних односа спадају у типичне елективне спорове, јер се код њих надлежност може заснивати по више основа. То су пре свих: општи форум (*forum domicilii*), форум имовине (*forum patrimonii*) или места налажења ствари која се тужбом тражи (*forum rei sitae* – на пример, робе која је предмет уговора), *forum contractus*.⁹ Што се критеријума места извршења, или будућег извршења обавезе тиче (*forum solutionis*), и она као могућност за заснивање надлежности постоји према важећем закону, али само у привредним споровима. Међутим, могућност за заснивање надлежности по овом критеријуму постоји једино по основу циљног тумачења одредбе чл. 481 ЗПП-а,¹⁰ која важи као основ за месну надлежност за спорове у привреди.¹¹

7 Нацрт, чл. 25.

8 Нацрт, чл. 13.

9 Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, 9. издање, Београд, 2007, стр. 512.

10 Закон о парничном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014).

11 Постојање ове могућности је, заправо, резултат позитивног одговора на аналогну ситуацију која је постојала у време доношења важећег ЗРСЗ-а. Наиме, правила о месној надлежности раније важећег ЗПП-а, била су и правила о међународној надлежности. Конкретно, постављено је питање да ли су ступањем на снагу ЗРСЗ-а, дерогиране одредбе ЗПП-а којима је предвиђено да у привредним споровима, ради утврђивања постојања или непостојања уговора, ради извршења или раскида уговора, а и у споровима ради накнаде штете због неизвршења уговора, осим суда опште надлежности, месно може бити надлежан и суд места где је према споразуму странака тужени дужан извршити уговор или не? Одговор се, заправо, своди на констатацију да су одредбе ЗРСЗ-а о надлежности у имовинскоправним споровима, заправо, казуистичке одредбе које се односе само на неке сегменте тих спорова, без претензија да их у целости покрију. С тога чинила се прихватљивом солуција по којој би одредба ЗПП-а имала и значење одредбе о међународној надлежно-

Конечним Нацртом, могућност за заснивање посебне надлежности по основу критеријума места извршења уговорне обавезе (*forum solutionis*) у споровима из уговорних односа недвосмислено је предвиђена.

Наведена одредба је готово преликана одредба чл. 5 ст. 1 (а) и (б) Брисел I Уредбе о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима, која регулише питање посебне надлежности у уговорним споровима.¹²

Уредба представља значајан допринос правној предвидљивости и сигурности. Она је заснована на слову и духу Бриселске конвенције, и на узимању у обзир судске праксе држава уговорница и праксе Суда Европске уније о конвенцијској материји, па се оправдано претпоставља да Уредба садржи квалитетнија решења од Конвенције.

Управо је највећа разлика између чл. 5 ст. 1 Уредбе и чл. 5 ст. 1 Конвенције,¹³ Уредбом се у ст. 1 (б) аутономно дефинише појам „места извршења“, за два најчешћа и најзначајнија типа уговора: уговор о продаји робе и уговор о пружању услуга. Аутономне дефиниције имају за циљ уједначавање тумачења овог појма који се (у складу са Конвенцијом) одређивао у складу са меродавним правом (*lex cause*), што је за последицу имало разлике у тумачењу овог концепта од стране националних судова.

III *Forum loci solutionis* уговорне обавезе

Суверено је право сваке државе да доноси правила о надлежности судова свог правосуђа за спорове из приватноправних односа са

сти. Вид. Михајло Дика, Гашо Кнежевић, Срђан Стојановић, Коменџар Закона о међународном приватном праву и процесу, Београд, 1991, стр. 200–201.

12 Чл. 5 гласи:

„Особа са домицилом у држави чланици може у другој држави чланици бити тужена:

(а) у стварима које се односе на уговоре, пред судом у месту у којем обавеза треба бити извршена;

(б) у сврхе ове одредбе, осим ако није другачије уговорено, место извршења обавезе је:

– у случају куйопродаје робе – место у држави чланици у којем је, у складу са уговором, роба испоручена или је требало да буде испоручена,

– у случају пружања услуга – место у држави чланици у којем су у складу са уговором, услуге пружене или требале бити пружене;

(в) ако се не примењује подставак (б), примењује се подставак (а).“

13 Одговарајуће решење у чл. 5 ст. 1 Конвенције је уже, обзиром да се „особа са пребивалиштем у држави уговорници, може тужити у другој држави уговорници, ако је предмет процесуалног уговора, или захтеви из уговора, пред судом места где је обавеза извршена или места где је обавеза требало да буде извршена“.

елементом иностраности. Приликом утврђивања критеријума надлежности законодавац узима у обзир нарочито следеће околности: *инијензијет* везе спора са домаћом државом, интересе странака, принципе међународне сарадње, односно релевантне интересе других држава, као и захтев за ефикасним вођењем поступка.

Постављање *forum loci solutionis* за критеријум посебне надлежности у уговорним споровима заправо је резултат потраге за „најближом везом“ у материји међународне надлежности. Идеја је прелиминарна са терена одређивања меродавног права. *Lex loci solutionis* јаке заступнике у теорији стиче у XIX веку. Тако је Савињи писао да је „свака облијација сиворена видљивим чињењем и да ће свака бити извршена видљивим чињеницама – а оне се догађају у одређеном месту. Зато можемо изабрати или наситанак или извршење као индикације „седишта“ уговорне обавезе... њочетак или крај облијације“. Он се сам определио за крај пошто су „очекивања сивранака усмерена на извршење уговорне обавезе“.¹⁴

Loci solutionis уговорне обавезе, свакако представља потенцијално једну од најзначајнијих веза између уговорног спора и надлежног суда. Полазећи од тога да је смисао уговора његово извршење, односно извршење уговорних обавеза, сасвим је оправдано да се управо место његовог извршења перципира као критеријум за заснивање посебне надлежности. Прописивање посебне надлежности према месту испуњења обавезе правда се првенствено тиме да између места испуњења обавезе и предмета спора у великом броју случајева постоји уска чињенична веза која омогућава да се у том месту поступак спроведе брзо и економично полазећи од претпоставке да ће се у месту испуњења обавезе моћи најлакше утврдити спорне чињенице, јер се у том месту по правилу налази већина материјалних доказа и сведока.¹⁵

Међутим, у пракси одређивање места извршења уговорне обавезе изазива бројне потешкоће. Место извршења уговорне обавезе је лако утврдити уколико је оно означено у самом уговору, и тада је за суђење надлежан суд на чијем подручју се налази уговором одређено место. Најчешће, дилема не постоји ни уколико је до извршења уговорне обавезе дошло пре настанка спора. Далеко су бројнији случајеви у којима се одређивање места извршења уговорне обавезе не може утврдити на недвосмислен начин. То су случајеви у којима *loci solutionis* може указивати на више места: синалагматички уговори, сложени уговори, ситуације у којима место извршења обавезе није означено у уговору, ситуације у којима има више испуњења, па се поставља питање које је од њих глав-

14 Т. Варади, *нав. дело*, стр. 391.

15 Davor Babić, *Međunarodna nadležnost za ugovorne sporove u europskom, hrvatskom i američkom pravu*, Zagreb, 2005, стр. 34.

но и шта уколико се не може утврдити место испуњења главне обавезе, итд. Поставља се питање и која ће се обавеза узети као одлучна за заснивање међународне судске надлежности? Могуће је изабрати једно од ових места:

- место испуњења обавезе која је карактеристична за предметни уговор,
- место испуњења обавезе на којој тужилац заснива тужбени захтев, или
- место испуњења било које од више уговорних обавеза, коју једна уговорна страна треба испунити другој.¹⁶

Ради сагледавања и разумевања проблема тумачења појма места извршења уговорне обавезе од значаја је указати на дугогодишњу судску праксу Суда Европске уније. Анализу је потребно извршити у два временски одвојена оквира: период који се односи на тумачење појма места извршења уговорне обавезе на основу чл. 5 ст. 1 Бриселске конвенције, и на тумачење појма места извршења уговорне обавезе на основу чл. 5 ст. 1 (а) (б) Брисел I Уредбе.

Како ће се и наши судови, надамо се у скоријој будућности, ослањати на готово истоветно слово закона, од значаја је указати на нека тумачења одредбе о посебној надлежности у уговорним споровима у области међународног приватног права од стране Суда Европске уније.

1. Тумачење појма *forum loci solutionis* у пракси Суда Европске уније у погледу примене чл. 5 ст. 1 Бриселске конвенције

Као што смо већ и напоменули, проблем утврђивања места извршења уговорне обавезе углавном се односио на уговорне спорове у којима су предмет спора сложени уговори. При том, подела обавеза на главне и споредне, односно диференцирање карактеристичне обавезе, јесте од значаја у том смислу што уколико је она могућа, у складу са принципом *accessorium sequitur principale* лоцира базу за надлежност у уговорном спору у месту у којем је главна (карактеристична) обавеза изршена или је требало да буде извршена.

Међутим, поставља се питање шта учинити уколико се ради о сложеном уговору у коме обавезе не можемо диференцирати на главне и споредне, карактеристичне и некарактеристичне, односно уколико је реч о уговорним обавезама истог ранга?

¹⁶ D. Vabić, *нав. дело*, стр. 61.

Једно од првих правила тумачења чл. 5 ст. 1 дато је у случају *DeBloos*.¹⁷ Овај случај доноси правило по коме се под местом извршења уговорне обавезе, односно местом где је уговорна обавеза требало да буде извршена, у складу са чл. 5 ст. 1 Конвенције, подразумева *место извршења оне уговорне обавезе која је предмет спорне*, односно оне обавезе која је предмет тужбеног захтева. Тако у случају тужбе због неплаћања купопродајне цене, место плаћања игра значајну улогу, и из тог разлога представља основ за заснивање надлежности. Термин „*уговорна обавеза*“, односи се на сваку уговорну обавезу која може бити основ тужбеног захтева, и која сходно томе може да представља основ за заснивање надлежности.

Поставило се питање да ли је место извршења спорне уговорне обавезе база за надлежност и за сва остала спорна питања која се могу јавити из спорног уговорног односа? Суд се са овим питањем суочио у случају *Leathertex v Bodetex*.¹⁸ *Leathertex*, италијанска компанија, ангажовала је *Bodetex*, белгијску компанију, као комерцијалног агента за белгијско и холандско тржиште. У складу са условима уговора, *Bodetex* је покренуо спор у Белгији тражећи плаћање заосталих премија и накнаду штете због раскида уговора без обавештења. Белгијски суд је нашао, да су у конкретном случају основ за належност представљају две обавезе истог ранга: обавеза плаћања премије и обавеза давања разумног рока у случају раскида уговора, или накнада штете због раскида уговора без обавештења. Прву обавезу требало је извршити у Италији, а другу у Белгији. Белгијски првостепени суд огласио се надлежним у погледу оба захтева, позивајући се на постојање блиске везе између обавеза. Другостепени суд у Белгији обратио се Суду Европске уније са захтевом да утврди да ли је интерпретација чл. 5 ст. 1 Конвенције у конкретном случају исправна. Суд Европске уније се није сложио са схватањем белгијског првостепеног суда. Позивајући се на интерпретативно правило у случају *DeBloos* Суд је нашао да постојање блиске везе између спорних уговорних обавеза не може бити основ за проширивање надлежности, и да је белгијски суд могао да се прогласи надлежним само у погледу захтева који се односио на уговорну обавезу која је требало да буде извршена у Белгији. Уколико је тужилац желео да се спорне обавезе расправе пред једним судом, требало је тужбу да поднесе суду у месту где се налази пребивалиште туженог.¹⁹

17 Case 14/76, A. De Bloos, SPRL v. Société en commandite par actions Bouyer, 1976 E.C.R., 1497.

18 Case C-420/97 *Leathertex Divisione Sintetici SpA v Bodetex BVBA* [1999] ECR I-6747.

19 Uglješa Grušić, „Jurisdiction in complex contracts under the Brussels I Regulation“, *Journal of Private International Law*, Vol. 7, бр. 2/2011, стр. 321–340.

Друго значајно интерпретативно правило постављено је одлуком Суда у случају *Tessili*.²⁰ Наиме, у складу са овом одлуком постављено је правило по коме *појам места извршења уговорне обавезе треба тумачити у складу са колизионим правилима државе форума*, што значи да одговор треба потражити у меродавном праву (*lex cause*). Прва солуција јесте да се место извршења уговорне обавезе утврди на основу споразумно одређеног меродавног права, потом, уколико странке нису споразумом утврдиле које ће право бити меродавно у случају евентуалног спора, решење треба потражити у колизионим нормама форума. У образложењу ове одлуке стоји да на суду који решава спор лежи и обавеза, да у складу са Конвенцијом, утврди где се налази место у којем је уговорна обавеза испуњена или је требало да буде испуњена. Притом, суд треба према својим колизионим правилима да утврди право које се примењује на конкретни правни однос (*lex cause*), а затим да одреди место испуњења спорне уговорне обавезе према том праву. Овакво тумачење може довести до нелогичности, нарочито у погледу спорова ради испуњења новчаних обавеза, које се по неким меродавним правилима испуњавају у месту дужника, што је у супротности са очекивањима и интересом повериоца. Такође, тумачење појма места извршења уговорне обавезе у складу са *lex cause* отвара простора за различита тумачења од стране националних судова.

2. Тумачење појма *forum loci solutionis* у пракси Суда Европске уније у погледу примене чл. 5 ст. 1 (а) (б) Брисел I Уредбе

Управо из разлога што је одредба чл. 5 ст. 1 Бриселске конвенције отварала простора за различита тумачења од стране националних судова држава чланица, редактори Уредбе су текст нове одредбе знатно прецизирали, што је допринело уједначенијој пракси судова.

У складу са тачком 11 Преамбуле Уредбе „*нужно је донећи прописе којима ће се уједначити правила о сукобу надлежности у грађанским и трговачким стварима, као и појединачним формалностима у погледу брзој и једноставној признања и извршења судских одлука*“.

Новом одредбом у погледу посебне надлежности у уговорним споровима прецизирано је место извршења обавезе за два најчешћа типа уговора: уговор о продаји робе и уговор о пружању услуга. За заснивање међународне надлежности у спору из уговора о продаји и уговора о пружању услуга није одлучно о којој се обавези води конкретан спор, већ која је обавеза карактеристична за уговор из кога је спор настао. Суд места у коме се испуњава карактеристична обавеза,

20 Case 12/76 *Industrie Tessili Italiana Como v Dunlop AG* [1976] ECR 1473.

по правилу је у најужој чињеничној вези са предметом спора. Осим тога избегава се могућност распршивања надлежности у корист судова разних земаља чланица, зависно од сваке појединачне обавезе о којој је реч, што доприноси концентрацији надлежности. Уједно, овакво решење чини предвидљивим исход у погледу тога пред којим ће се судом расправљати евентуални спор из уговора.²¹ У извесном смислу, правило се оправдава и успостављањем процесне равнотеже парничних странака и давања уступака тужиоцу у односу на опште правило које преферира интерес туженог одређујући општу међународну надлежност према његовом пребивалишту.²²

Аутономне дефиниције места извршења два најзначајнија типа уговора у веома великој мери доприносе правној предвидљивости. Значајан заокрет учињен је у још једном правцу, а то је позивање на одредбе уговора, у смислу одређивања места извршења уговорне обавезе, а не на меродавно право како је то било раније са позивом на интерпретативно правило дато у *Tessili* случају.

Један од првих случајева у коме се Суд Еропске уније суочио са тумачењем чл. 5 ст. 1 (б) Брисел I Уредбе јесте *Color Drack GmbH v. Lexx International Vertriebs GmbH*.²³ Захтев за претходним тумачењем упућен је у оквиру спора између друштва *Color Drack GmbH* (у даљем тексту: *Color Drack*) са седиштем у *Schwarzachu* (Аустрија) и *Lexx International Vertriebs GmbH* (у даљем тексту: *Lexx*) са седиштем у *Nürnbergu* (Немачка), због неиспуњења уговора о продаји робе. У уговору се друштво *Lexx* обавезало на испоруку робе разним препродавцима *Color Dracka* у Аустрији, пре свега у подручју седишта *Color Drack-a*, а они на плаћање купопродајне цене. У главном поступку се радило о неиспуњавању уговорне обавезе од стране *Lexx-a*, која се односила на његову обавезу да непродату робу узме назад и *Color Drack-у* врати новац. Аустријски суд се обратио Суду Европске уније са питањем: „*Да ли је чл. 5 ст. 1 (б) Уредбе меродаван и код њрогаје робе с више места испоруке у једној држави чланици, и може ли њужилац, ако се њужба односи на све испоруке, евентуално њужити њужитној њред судом места испоруке њо свом избору?*“

Суд Европске уније је на први део постављеног питања одговорио потврдно, заузимајући став да је чл. 5 ст. 1 (б) меродаван и у случају више места испоруке у једној држави чланици, што одговара и циљу предвидљивости који се Уредбом жели постићи.

Такође, потврдан одговор дат је и на други део постављеног питања. Наиме, уколико се место главне испоруке не може одредити,

21 Viktorija Lovrić, „Neka pitanja međunarodne sudske nadležnosti za građanske i trgovačke stvari“, Materijal za radionicu, Zagreb, 2007.

22 V. Lovrić, *нав. дело*, стр. 14.

23 C-386/05 од 3. маја 2007. године.

свако место испоруке поседује капацитет довољне везе, а тиме и везе која је релевантна у контексту судске надлежности. У таквом случају, тужилац може, на основу чл. 5 ст. 1 (б) Уредбе тужити туженог пред судом места испоруке по свом избору. Оваквим својим решењем Суд Европске уније удовољио је захтеву предвидљивости, обзиром да тужилац без потешкоћа може утврдити пред којим судовима може подићи тужбу, а тужени може предвидети пред којим га судовима тужилац може тужити.

У погледу тумачења места извршења уговорне обавезе код уговора о пружању услуга од значаја је и одлука Суда Европске уније у случају *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v. Silva Trade SA*.²⁴ Захтев за претходним тумачењем постављен је у оквиру спора између друштва *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH* (у даљем тексту: *Wood Floor*) са седиштем у Amstettenu (Аустрија) и друштва *Silva Trade SA* (у даљем тексту: *Silva Trade*) са седиштем у Wasserbillig-у (Луксембург), ради накнаде штете настале због отказивања уговора о трговачком заступању који је био испуњем у више држава чланица. Високи суд у Бечу се Суду Европске уније обратио са конкретним питањима:

1. (а) Је ли чл. 5 ст. 1 (б) друга алинеја Уредбе примењив и код уговора о пружању услуга ако се услуге, према уговору, пружају у више држава чланица?

У случају потврдног одговора на ово питање треба ли наведену одредбу тумачити тако:

- (б) да се место испуњења карактеристичне обавезе одређује према месту на којем се налази тежиште рада пружаоца услуга (економском критеријуму), које се одређује према утрошку времена и значају делатности;
- (в) да се у случају немогућности одређивања тежишта делатности, тужба, која обухвата сва потраживања из уговора, може поднети у било ком месту пружања услуге унутар Заједнице, а по избору тужиоца?

2. У случају негативног одговора на прво питање.

Је ли чл. 5 ст. 1 (б) Уредбе код уговора о пружању услуга и онда меродаван, ако се услуге, према уговору пружају у више држава чланица?

У складу са пресудом у случају *Color Drack* Суд је одлучио да је правило из чл. 5 ст. 1 (б) прве алинеје меродавно и у случају више места испуњења, односно испоруке у једној држави чланици, будући да само

24 C-19/09 од 11. марта 2010. године.

један суд треба бити надлежан за све тужбе из једног уговора. Полазећи од става да посебна правила надлежности предвиђена у Уредби о уговорима о продаји робе и пружању услуга имају исту историју настанка, исти циљ који се огледа у уједначавању прописа о међународној надлежности у грађанским и трговачким стварима у циљу развијања простора слободе, сигурности и правде, било какав различити третман био би у супротности са самом сврхом Уредбе. Отуда је на постављено питање под 1 (а) Суд Европске уније дао позитиван одговор.

Позивајући се на становиште у случају *Color Drack*-а, сходно коме се, у случају да постоји више места испоруке, под местом испуњења начелно треба схватити место у коме постоји најближа веза између уговора и надлежног суда, при чему ће то најчешће и бити место главне испоруке,²⁵ Суд је сматрао да и у овом случају треба исто поступити. Наиме, код примене правила о посебној надлежности за уговорне спорове у случају пружања услуга из чл. 5 ст. 1 (б), друге алинеје Уредбе, ако постоји више места пружања услуге, под местом испуњења начелно треба сматрати место у којем постоји најближа веза између уговора и надлежног суда, при чему ће то најчешће бити место претежног пружања услуга. У конкретном случају, било је речи о уговору о трговачком заступању, па се под местом испуњења уобичајно сматра место у којем трговачки заступник претежно пружа услуге. Одређивање места претежног пружања услуга на темељу страначке аутономије воље у сваком случају је примарно и пожељно. Међутим, према схватању Суда, уколико странке нису уговором одредиле место испуњења, под тим местом треба подразумевати место у којем трговачки заступник има своје пребивалиште. То се место увек може са сигурношћу утврдити и према томе одговара захтеву предвидљивости.

У конкретном случају, заузет је став да на питање 1 (б) треба одговорити тако да се чл. 5 ст. 1 (б) друга алинеја Уредбе, мора тумачити тако да је у случају пружања услуга у више држава чланица, за одлуку о свим тужбама из уговора надлежан суд у чијем се подручју надлежности налази место претежног пружања услуга. Код уговора о трговачком заступању то је место претежног пружања услуга трговачког заступника, као што произилази из одредаба уговора, или у случају непостојања таквих одредаба, из њиховог стварног испуњења; ако се предметно место не може одредити на тој основи, онда се као основа треба узети пребивалиште трговачког заступника.

Веома је значајно да је Суд Европске уније у оба наведена случаја заузео становиште да чл. 5 ст. 1 (а) (б) остаје меродаван и у случају постојања више места извршења уговорне обавезе (у првом случају више

25 Пресуда *Color Drack*, тачка 40.

места испоруке унутар једне државе чланице, а у другом случају више места пружања услуге на територији више од једне државе чланице).²⁶

Међутим, оно што представља окосницу Уредбе свакако су одредбе тачака (а) и (б) које се у погледу критеријума за заснивање надлежности у уговорним споровима позивају на карактеристичну обавезу. Питање је која се обавеза сматра карактеристичном? Одговор на ово питање дат је за уговор о продаји (а), а то је испорука робе, и за уговор о пружању услуга (б), а то је обавеза пружања услуге. Одговор на ово питање је релативно лако дати од момента од када се прешло са натуралне на робно – новчану привреду: карактеристична је обавеза која диференцира разне типове уговора и која је присутна у сваком индивидуалном уговору одређеног типа. Пошто се плаћа из хиљаду разлога, јасно је да је новчана обавеза типична противчинидба, па се критеријум мора тражити на другој страни, тј. у новчаној обавези.²⁷

IV Однос између Брисел I Уредбе и Бечке конвенције о међународној продаји робе из 1980. године

У погледу тумачења чл. 5 ст. 1 (а) Брисел I Уредбе, значајано је осврнути се и на решење из чл. 31.²⁸ Бечке конвенције о међународној

26 Овај став Суд Европске уније потврђује и у случају *Peter Rehder v Air Baltic Cooperation C-204/08*. Суд је сматрао да се и у овом случају треба држати критеријума постављених у *Color Drack*-у, обзиром да се ради о више места пружања услуге у различитим државама. У том смислу, од значаја је, такође, место претежног пружања услуге. Господин *Peter Rehder* из Минхена је 2008. године тужио *Air Baltic* из Риге, Литванија, због отказивања лета из Немачке за Литванију за који је имао уредно купљену карту. Он је поднео тужбу регионалном суду у *Amsgericht Erding* који је територијално надлежан и за минхенски аеродром. Регионални суд се огласио надлежним на основу чл. 5 сматрајући да се место поласка може квалификовати као „место у коме је услуга требало да буде њружена“. *Air Baltic* се на ову судску одлуку жалио, па се Врховни суд Немачке обратио Суду Европске уније са захтевом за тумачење. Суд је сматрао да је управо смисао чл. 5 да идентификује оно место у коме постоји најближа веза између надлежног суда и спорног уговора. Сматрао је да место седишта *Air Baltic* компаније (Литванија) не одражава довољно блиску везу са уговором, што се исто односи и на место закључења уговора обзиром да карта за лет може бити купљена на било ком месту. Потребно је идентификовати место у коме постоји директна веза између спорног уговора о пружању услуга и доласка које је требало да буду пружене, а то је свакако место поласка или место доласка. Обзиром да оба ова места показују довољну везу, на тужиоцу је да учини избор да ли ће компанију тужити у месту поласка или месту доласка.

27 A. Schnicer, *Handbuch das internationalen Privatrecht*, II, Basel, 1958, стр. 639, цитирао према: Т. Варади, *нав. дело*, стр. 391.

28 Чл. 31 носи наслов *Испорука робе и ѡредаја докумената*, и он гласи: Ако продавац није дужан испоручити робу у неком одређеном месту, његова обавеза испоруке

продаји робе (у даљем тексту: БК). Ова конвенција је на снази у већини земаља Европске уније и стога у једном ширем смислу чини део *aquis communautaire*. Без сумње, Уредба има предност у уговорним односима у којима се *forum loci solutionis* налази на територији земље чланице ЕУ.

Наша држава је била међу првима која је ратификовала БК, још 1984. године.²⁹ БК даје и дефиницију самог уговора о продаји робе, што може послужити и у сврху примене одредбе чл. 5 ст. 1 Уредбе. У смислу БК, уговором о продаји робе сматра се сваки уговор који обавезује продавца на испоруку робе и пренос власништва на роби, а купца на преузимање робе и исплату купопродајне цене.

Међутим, у погледу могућности да дефинисани концепти у БК могу служити као основ за дефинисање критеријума међународне надлежности постоје опречни ставови. Против те могућности наводе се следећа два аргумента: а) европски инструменти који се тичу процедуралног права, као што је Брисел I Уредба, не могу бити тумачени у светлу материјалноправних инструмената „ван-европског“ порекла као што је БК; б) процедурални концепт не може бити дефинисан на бази материјално правних инструмената.³⁰ Контрааргументе овом ставу износе једнако и теоретичари и практичари: а) када је појам који захтева тумачење дефинисан у материјалном праву, а не у процедуралном, онда га треба одредити у складу са материјалноправним одредбама. Такве одредбе у виду аутономног сета правила налазимо у БК; б) у погледу става да је БК „ван-европског“ порекла, приговара се да свакако није случајност што је европско законодавство користило БК као референцу приликом израде Директиве 1999/44/ЕС... која се односи на одређене аспекте продаје потрошачке робе и згружене гаранције.³¹

Суд Европске уније се у пресуди у случају *Car Trim GmbH v. KeySafety Systems Srl*³² управо позвао на БК, а у погледу тумачења појма

састоји се: (а) ако прем аговору о продаји робе треба да се превезе – у предаји робе првом превозиоцу ради достављања купцу; (б) ако су у случајевима на које се претходна тачка не односи, предмет уговора индивидуално одређене ствари, или ствари одређене по роду које треба издвојити из одређене масе или их треба произвести и израдити, а у време закључења уговора стране су знале да је роба у одређеном месту или је треба израдити или произвести у одређеном месту – у стављању робе на располагање у том месту; (ц) у свим другим случајевима – у стављању робе на располагање купцу у месту у коме је продавац у тренутку закључења уговора имао своје седиште.

29 Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 10/84).

30 Anastasia Vezyrtzi, „Jurisdiction and International Sales under Brussels I Regulation: Does Forum Shopping come to an End?“, *Columbia Journal of European Law Online*, бр. 8/2009, стр. 85–86.

31 A.Vezyrtzi, *нав. чланак*, стр. 86.

32 С-381/08, 25. фебруар, 2010.

уговора о продаји робе, што је било од значаја у погледу примене чл. 5 ст. 1 (б) Уредбе. Наиме, у спорном случају постављено је питање да ли је конкретан уговор, уговор о продаји робе или уговор о пружању услуга? Суд се у овом случају позивао на квалификације постављене у БК,³³ одлучивши да је у конкретном случају ипак реч о уговору о продаји. Након тога, Суд је приступио одређивању „*места извршења обавезе, односно места где је роба испоручена или где је требало бити испоручена*“, у складу са чл. 5 ст. 1 (б) Уредбе. У том погледу, Суд је заузео становиште да се место извршења обавезе најпре треба утврђивати са ослоном на уговорне одредбе, уколико уговорне одредбе не постављају импликације у правцу одређивања тог места, нити је место извршења уговорне обавезе експлицитно одређено, онда критеријум за одређивање тог места мора бити аутономан, прилагођен духу и циљевима Уредбе. У конкретном случају, Суд је одлучио да је место извршења обавезе место у коме је роба физички предата, односно у коме је требало да буде физички предата.

Већ је више пута наглашено да се решење из чл. 5 ст. 1 (б) Брисел I Уредбе ослања на концепт места извршења уговорне обавезе, које најпре треба да буде одређено „у складу са уговором“, и управо у том смислу може доћи до интеракције Уредбе и БК. Поставља се питање да ли ће се критеријум за заснивање посебне надлежности ослањати на чл. 31 БК, уколико се уговорне одредбе позивају на БК? У таквим случајевима реч је о аутономији воље странака у материјалноправном смислу, која служи као основ за замену диспозитивних норми права које је иначе меродавно. Те диспозитивне норме (правила или збирке правила, модели правила, општи услови, итд...), инкорпоришу се у уговор, посредно чинећи основ за тумачење уговорних појмова, између осталог и појма места извршења уговорне обавезе. Ван ових случајева, сматрамо да нема места могућности утврђивања појма места извршења уговорне обавезе у складу са БК, обзиром да када правила међународног приватног права упућују на примену права државе уговорнице која је ратификовала БК (*lex cause*) то значи примену националног права што није у складу са духом, смислом и циљевима Уредбе.

V Закључак

Међународно приватно право Европске уније без сумње садржи елементе наднационалног права, директно примењиваног од стране држава чланица Европске уније. Наша држава кренула је путем хар-

33 Чл. 3 ст. 2 БК: „Ова се Конвенција не примењује на уговоре у којима се претходно дефинише место извршења обавезе испоручује робу састојци у обављању некој рада или пружања неких услуга“.

монизације националног права са инструментима права Европске уније. С тога је за нашу стручну јавност од веома великог значаја разумевање европских прописа, и њихово исправно тумачење. У том смислу од значаја су пресуде Суда Европске уније у погледу захтева за тумачење упућених од стране националних судова држава чланица. Овај рад даје приказ и генезу тумачења појма *forum loci solutionis* кога Нацрт Закона о међународном приватном праву из 2014. године прописује као критеријум за заснивање посебне надлежности у споровима из уговорних односа.

У раду се издваја неколико закључака:

- *Forum loci solutionis* односи се на место извршења карактеристичних обавезе, обзиром да је чл. 5 ст. 1 (б) Уредбе, као и чл. 142 Нацрта прецизирано да се под местом извршења уговорне обавезе, за уговор о продаји и уговор о пружању услуга, подразумева место извршења карактеристичних обавеза за ова два типа уговора. Аналогно, ово правило треба применити и за остале уговоре.
- Приликом утврђивања места извршења карактеристичне уговорне обавезе најпре треба водити рачуна о одредбама уговора, што значи да примат треба дати страначкој аутономији воље, а уколико изричитог, нити прећутног договора о томе које се место сматра местом извршења уговорне обавезе нема, онда то место треба утврдити у складу са осталим уговорним одредбама. При том, као отворена алтернатива стоји могућност примене БК у погледу утврђивања места извршења обавезе, под претпоставком да се дозвољава уговорним странама могућност примене БК и ван случајева дефинисаних чл. 1 ст. 1 БК,³⁴ у ком случају би било речи о материјалноправној аутономији воље странака.
- Аутономне дефиниције места извршења уговорне обавезе за два најзначајнија типа уговора у веома великој мери доприносе правној предвидљивости и уједначавању прописа и праксе у погледу међународне надлежности у уговорним споровима. Истим циљевима доприноси и пракса Суда Европске уније, која нужно мора представљати незаобилазну литературу за наше практичаре.

34 Чл. 1 ст. 1 БК гласи: „Ова Конвенција примењује се на уговоре о продаји робе закључене између страна које имају своје седиште на територијама различитих држава:

а) када су те државедржаве уговорнице, или

б) када правила међународног приватног права упућују на примену права државе уговорнице.

Jelena BELOVIĆ, PhD

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

JURISDICTION IN CONTRACT DISPUTES BASED ON FORUM LOCI SOLUTIONIS

Summary

Taking into consideration that well prepared contract parties in an international contract often agree by contract on court jurisdiction in possible dispute occurring, this article is focusing on these situations when they are not doing so, and when the jurisdiction has to be determinate according to the law.

The provisions on special jurisdiction in contract disputes are considerably changed by new Serbian law. These changes are going in line with European private international law provisions. We could say that this subject area is partially unified with solutions settled by Brussels I Regulation (Regulation No. 44/2001) on jurisdiction, recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters. The very important part of this article is dedicated to interpretation rules set by Court of Justice of European Union considering application of art. 5 of Brussels I Regulation.

Key words: *Draft on the Private International Law Code of the Republic of Serbia from 2014, international jurisdiction, special jurisdiction in contract disputes, forum loci solutionis, Brussels I Regulation No. 44/2001, Court of Justice of the European Union, Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods from 1980.*

СТЕЧАЈНО ПРАВО

Др Душица ПАЛАЧКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ЛИЧНИ СТЕЧАЈ – ЦИЉЕВИ И НЕОПХОДНИ ИНСТРУМЕНТИ У РЕГУЛИСАЊУ

Резиме

Стечај над имовином инсолвентних физичких лица, који се односи како на лица која врше привредну делатност самостално (предузетници) тако и на оне који би се могли обухватити општим појмом потрошача постоји као правни инструмент у већини држава у свету, па и Европи. Без обзира на околности да се и ове две (по)врсте стечаја међусобно разликују, пре свега према циљевима повезаним уз доктрину „новог почетка“, који није идентичан за обе поменуће категорије, могуће је регулисати их јединственим законом. У раду су сумарно анализирани најважније карактеристике, односно предности и недостаци два основна модела која егзистирају ујоредно правно – англосаксонској и континентално-евројској, односно један број решења у њиховим модальностима који су бројни, а који указују на тренд међусобној приближавања. На основу тога формулисане су извесне препоруке о којима би требало водити рачуна у регулисању ове материје, пре свега оне које се тичу примене адекватних процедурних и судских механизма.

Кључне речи: индивидуални стечај, ујоредни модели, препоруке за регулисање.

I Увод

Интензивирана законодавна активност на поновном увођењу тзв. личног, индивидуалног, односно стечаја физичких лица¹ као и чињеница да се малобројни домаћи аутори овом темом баве, оправдава анализирање и само неких његових аспеката. Ова подврста стечаја односи се на сва физичка лица, како она која учествују у привредној делатности (предузетници, трговци), тако и остала физичка лица (потрошачи). Модалитети регулисања који упоредно правно егзистирају различити су, као и национални приступи у оквиру истог основаног модела. Могло би се сасвим оправдано тврдити да је за грађане код нас, али, у великој мери и за домаћу стручну јавност стечај над имовином физичког лица ново решење, па је и анализирање низа дилема материјално правне и процесно правне природе оправдано полазећи од позитивних ефеката по дужника, његове повериоце и државу у целини, али, не занемарујући, при томе, недостатке који су препознати у пракси његове примене.

При томе, у овом кратком осврту на карактеристике модела индивидуалног стечаја над имовином физичког лица, пажња је поклоњена првенствено личном стечају, односно стечају оних физичких лица која не обављају привредну делатност самостално (код нас предузетници, или трговци, нпр.), уз неопходно упоређење ова два вида које је последица низа сличних, али и дела решења која их разликују према важећим националним законодавствима. Лични стечај, коме је превасходно посвећен овај рад последњи је у редоследу увођења у националне правне системе што већ говори и о одређеним недоумицама и опасностима које његово прихватање прати.

II Разлози који оправдавају лични стечај

У Србији је, тренутно, блокирано преко 200.000 рачуна физичких лица, грађана.² То је, углавном, последица немогућности сервисирања кредитних обавеза³ и то, свакако, представља веома тежак проблем, али не само економски. Презадуженост условљава личне, али и породичне

1 Наиме, у Србији је још 1861. године донесен је Закон о стецшном поступку, који је предвиђао и тзв. грађански стечај.

2 У марту 2015. број презадужених грађана је био 213.983, видети на: <http://www.pressonline.rs>, 10.3.2015.

3 О повезаности раста броја потрошачких кредита и стечаја потрошача, David Moss, Gibbs Johnson, „The Rise of Consumer Bankruptcy: Evolution, Revolution, or Both?“, *American Bankruptcy Law Journal*, бр. 73, 1999, доступно на адреси: heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ambank73&div=20&g_sent=1&collection=journals#333, 15.3.2015.

проблеме, од којих је најтежи немогућност обезбеђења егзистенцијалних потреба деце,⁴ али је и проблем банкарског система, функционисања јавних предузећа, фирми у области трговине, привредне активности у држави уопште. Упозорава се, наравно, и на још једну групу последица – економски и социјално неприхватљиво понашање инсолвентних појединаца, нпр., прелазак у „сиву зону“ или на „црно тржиште“ (*black market*), позајмице од сродника, што и за њих представља жртвовање.⁵ Посебно је чињеница да се кредити све више узимају за финансирање текућих потреба грађана – становање, здравствена заштита, исхрана, у овом смислу оптерећујућа. „Потрошачко друштво“ је кованица која значи и повећану потражњу за добрима најразличитије врсте, а са друге, потребу да се, у недостатку текућих прихода, она финансирају из будућих примања. Они су, пак, неизвесни у условима глобалне финансијске кризе, губитка посла, пропадања приватних фирми из најразличитијих, па и разлога који се не могу, или барем не могу у потпуности, приписати несавесном поступању појединаца, али и других разлога – промене брачног статуса, смрти лица које је издржавало породицу, тешких болести и сл.⁶ Уз то, доступност кредита је олакшана, све је већа агресивност у понуди кредитних картица и рекламирању, тржиште је преплављено различитим врстама роба и услуга, што подстиче потрошњу и утиче на недовољну промишљеност при задуживању.⁷

Партикуларни разлози за увођење личног стечаја у теорији се препознају на страни дужника, поверилаца и државе, без обзира на принцип *parata sunt servanda*.⁸ Разлози на страни дужника су и најоправданији и повезани уз омогућавање или потпуног ослобађање од обавеза, кроз аутоматски отпуст дуга и одређене корективне механизме, или, чешће, делимичног ослобађања, применом различитих алтернативних облика решавања инсолвентности.⁹ Продаја, односно уновчења евентуал-

4 Johanna Niemi-Kiesiläinen, Ann-Sofie Henrikson, „Report on Legal Solutions to Debt Problems in Credit Societies“, CD CJ-BU(2005) 11 rev, Strasbourg, 11.10.2005, стр. 8, доступно на адреси: http://coe.int/t/dgh/standardsetting/cdcj/CJSDEBT/CDCJ-BU_2005:11e_rev.pdf, 15.3.2015, као и Hans Petter Draver, „Consumer Bankruptcy: A Right or a Privilege? The Role of the Court in Establishing Moral Standards of Economic Conduct“, *Journal of Consumer Policy*, бр. 20, 1997, стр. 162, доступно на адреси: [download-v2.springer.com/static/pdf/676/art%25A10.1023%25FA%253A100688261749,3.4.2016](http://download.v2.springer.com/static/pdf/676/art%25A10.1023%25FA%253A100688261749,3.4.2016).

5 J. Niemi-Kiesiläinen, A. S. Henrikson, *нав. чланак*, стр. 11.

6 *Ibidem*, стр. 11.

7 Јасница Рашић, „Како законски регулирати „особни стечај“ у Хрватској“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 61(5), 2011, стр. 1489, 1490, доступно на адреси: <http://hrcak.srce.hr/74386>, 15.3.2015.

8 *Ibidem*, стр. 1489.

9 Детаљан приказ најважнијих (упоредно правно) модела личног стечаја видети у: Вук Радовић, *Индивидуални стечај: стечај над имовином физичког лица*, Београд, 2006, стр. 27–78, као и Дејан Бодул, „Особни стечај: глобални тренд и хрватска

но постојеће имовине физичког лица, истиче се у теорији, најмање је пожељно решење стога што доводи до економске и egzистенцијалне пропасти дужника.¹⁰ Супротно томе, најчешће се као разлог за увођење наводи омогућавање тзв. „новог почетка“ за дужника, а, са друге стране, за повериоце, равномерно намирење потраживања.¹¹ Такође, истиче се, да у условима примене правила поступка појединачног извршења, прети опасност да само поједини повериоци наплате потраживања, и то у целини, а да остали изгубе све.¹² Односно, лични стечај је препознат као начин да се спречи привилеговање појединих (финансијски јаких) поверилаца, посебно банака и других кредитних установа које најчешће имају стварно правно обезбеђење својих потраживања (хипотека коју ће активирати).¹³ Истовремено, стимулишу се дужници на пословне подухвате уз очување неповредивости обавеза, али тако да се не успорава друштвени прогрес (презадуженошћу), што је и најтежи задатак при формулисању правила ове врсте стечаја.¹⁴

Ипак, треба упозорити да се доктрина „новог почетка“, која се уобичајено повезује уз англоамерички модел тзв. потрошачког стечаја (*consumer bankruptcy*) све чешће критикује, односно истраживања показују да је „нови почетак“ за велики број дужника веома отежан, да је то често само теоријски нада.¹⁵

За државу, пак, инсолвентност је проблем који се мора умањити или, у идеалним условима, потпуно елиминисати, како би се привредне активности оживеле, инсолвентна лица вратила и као привредни субјекти, али и као потрошачи на тржиште. Уз поменуте, као посебни циљеви препознају се: стварање услова да се кроз ванинституционалне и

перспектива“, *Зборник Правној факултету Ријека*, в. 32, бр. 1/2011, стр. 354–371, доступно на адреси: <http://www.hrcaak.srce.hr/zbornik-pfsr>, 15.3.2015.

10 Ј. Гарашић, *нав. чланак*, стр. 1490.

11 Видети Margaret Howard, „A Theory of Discharge in Consumer Bankruptcy“, *Ihio State Law Journal*, бр. 48, 1987, стр. 1047, доступно на адреси: heionline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohslj48&div=52&g_sent=1&collection=journals#1060, 20.3.2015.

12 В. Радовић, *нав. дело*, стр. 14.

13 Ј. Гарашић, *нав. чланак*, стр. 1490.

14 В. Радовић, *нав. дело*, стр. 14.

15 Видети Katharine Porter, Deborah Thorne, „The Failure of Bankruptcy’s Fresh Start“, *Cornell Law Review*, Vol. 92, 67, 2006, стр. 69–70, доступно на адреси: http://www.lawshool.cornell.edu/resarch/cornell-law-review/upload/porterthorne_92-1.pdf, 15.3.2015. У истраживању које су ауторке спровеле, на питање „Да ли се (њихова) финансијска ситуација после стечаја побољшала, остала иста или погоршала?“ Но, очекивани одговор да се у року од једне године после стечаја финансијска ситуација код скоро свих дужника побољшала није уследио. Напротив! Резултати су оповргли ову хипотезу. Више од трећине испитаника одговорило је да им је финансијска ситуација остала иста или се погоршала.

институционалне, пре свега, судске оквире постигне договор између поверилаца и дужника о сервисирању постојећих потраживања, стварање услова за одговорно и економски рационално понашање и растерећење система од неуспешних и вишеструких извршних поступака.¹⁶

III Модели личног стечаја

Сам лични стечај није нов инструмент стечајног права, при чему је његова претеча стечај предузетнике и трговаца појединаца.¹⁷ Ипак, ни данас у великом броју држава није прихваћен,¹⁸ или није прихваћен генерално, па тако, и у неким државама нашег региона егзистира стечај предузетника и трговаца појединаца, уведен кроз опште стечајно законодавство,¹⁹ а само Словенија има посебан пропис којим је уведен „лични стечај физичког лица“,²⁰ док је у Хрватској процес израде у завршној фази.²¹ Треба рећи да је интензивирање увођења, уз остале разлоге, и последица Препоруке Комитета министара ЕУ, из 2007.²² која се, између осталог, односи и на увођење, на националном нивоу, меха-

16 Видети „Нацрт Прелазних основа за увођење института особног банкрота“, Министарство правосуђа Републике Хрватске, Загреб, 2011, доступно на адреси: http://www.potrosac.mingo.hr/slike/dokumenti_3/g2011/m01/x1257029437744232.pdf, 1.3.2015.

17 Д. Бодул, *нав. чланак*, стр. 355–370, о процесу увођењу током 19. века у поједине правне системе, као и о моделима и историјату у САД, Енглеској и Велсу, као и Аустралији, као репрезентима англо-америчког модела, и у Шведској, Француској, Холандији и Немачкој, за Европу.

18 За детаљнији преглед видети Rafael Efrat, „Global Trends in Personal Bankruptcy“, *American Bankruptcy Law Journal*, 2002, стр. 82–84, доступно на адреси: http://csun.edu/~re38791/word/Global_Trends.doc, 1.3.2015, као и В. Радовић, *нав. дело*, стр. 28–32.

19 Тако, Стечајни закон Републике Хрватске (*Народне новине*, бр. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12, даље у напоменама СЗРХ), чл. 3 ст. 1; Закон о стечају Црне Горе (*Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2011, даље у фуснотама ЗСЦГ), чл. 11 ст. 1; док је, нпр., Законом о стечајном поступку Ф БиХ (*Службене новине Федерације БиХ*, бр. 29/03, 33/04, 47/06, даље у фуснотама ЗС Ф БиХ), чл. 5, одређено да физичка лица над чијом се имовином може спровести стечајни поступак јесу комплементар у командитном друштву и оснивач друштва с неограниченом солидарном одговорношћу, а чл. 5 ст. 1 Закона о стечајном поступку Републике Српске, 2010, доступно на: <http://www.revizodoo.com/Stecaj.pdf>, 1.3.2015, стечај над имовином комплементара у командитном друштву и оснивача ортакчког друштва.

20 *Zakon o finacnom poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list*, бр. 126/07, 40/09, 59/09, 52/10; даље ЗФППИПП).

21 Очекује се да закон ступи на снагу већ на јесен: <http://www.24sata.hr/potrosac/uvodi-se-osobni-bankrot-za-ljude-bez-posla-i-s-dugom-369796>, 6.4.2015.

22 Recommendation CM/Rec(2007)8 of the Committee of Ministers to member states on legal solutions to debt problems, од 20.6.2007, пар. 4, доступно на: <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155927>, 10.3.2015.

низама неопходних за олакшање рехабилитације презадужених физичких лица и породица и за њихову реинтеграцију у друштво.

Могло би се, начелно, говорити о два различита модела у погледу услова, циљева и начина спровођења поступка личног стечаја – у европским правним системима и англоамеричком.²³ Разлике су значајне и бројне, а последица су теоријских приступа овом инструменту. Тако, у САД је полазиште да је „основна функција стечаја да служи кредитном тржишту“, правичној расподели стечајне масе, ефикасном администрирању стечајном масом и санкционисању злоупотреба стечајног поступка.²⁴ Сматра се да је амерички модел најдарежљивији, односно да либерално тржиште мора апсорбовати „жртве“ преко отпуста дуга,²⁵ како би се брзо вратиле на слободно тржиште роба и услуга.²⁶ Но, треба рећи да је после реформе стечајног права извршене у САД 2005,²⁷ уместо аутоматског отписа дугова уз преношење неизузете имовине на повериоце (према чл. 7 Стечајног закона САД), увођењем обавезног саветовања дужника²⁸ и теста подобности за стечај применом чл. 7 или чл. 13 (који, међутим, подразумева обавезан план отплате дугова у одређеном року за све који имају редовне приходе, *wage earner's plan*) приступ значајно коригован.

У европском правном кругу преовлађује тзв. социолошко-правни приступ, односно узимају се у обзир разлози стечаја као што су губитак посла, економска рецесија, неспособност управљања, па је стечај, пре свега, социјални проблем,²⁹ односно „економска болест која се може излечити дугом економском рехабилитацијом“.³⁰ У већини држава Европе настоји се на, макар делимичном, враћању дугова кроз индивидуалне планове

23 За исцрпну анализу потребе за изменама и прилагођавању регулативе услед раста потрошачких кредита, односно задужења грађана видети D. Moss, G. Johnson, *нав. чланак*, стр. 312–352, а исцрпно о доношењу Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act из 2005, којим се спречавају могуће злоупотребе, код Susan Jensen, „A Legislative History of the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005“, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 79, стр. 485–568, доступно на адреси: heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ambank76&div=20&gsent=1&collection=journals#, 17.3.2015.

24 В. Радовић, *нав. дело*, стр. 32.

25 Д. Бодул, *нав. чланак*, стр. 372.

26 М. Howard, *нав. чланак*, стр. 1048.

27 Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act, 2005, доступно на адреси: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-109s256enr/pdf/BILLS-109s256enr.pdf>, 1.4.2015.

28 Видети Gary Neustadter, „2005: A Consumer Bankruptcy Odyssey“, Santa Clara Law Digital Commons, 1-1-2006, *Creighton Law Review*, 2006, Vol. 39, стр. 234–271, доступно на адреси: <http://www.digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=facpubs>, 1.4.2015.

29 *Ibidem*, стр. 33.

30 Д. Бодул, *нав. чланак*, стр. 372.

отплате, односно тзв. заслужени старт (*earned start*), чиме се испуњењу обавеза придаје значајна пажња и дужник подлеже, најчешће обавезном, саветовању и едукацији, како би се избегла будућа инсолвентност.³¹ Свакако да је ово допуњено отписом дугова, после спроведеног плана плаћања у одређеном временском периоду.³² Отворени приступ ограничава се у свим државама које познају лични стечај с обзиром на непоштеног, несавесног дужника, а трошкови су умањени углавном бесплатним саветовањем и малим таксама за покретање поступка.

Такође, напоменимо да се у европским државама, за разлику од САД, посвећује и већа пажња превенирању настанка инсолвентности, кроз регулативу потрошачких кредита, социјалне бенефиције, бенефиције за незапослене, модалитета бесплатне здравствене заштите и сл.³³ Стога су, уз превентивне мере, олакшице и рехабилитација законски одговор на инсолвентност.³⁴

IV О чему треба посебно водити рачуна у регулисању личног стечаја?

Како припадамо државама европског правног круга, основни принципи личног стечаја који су у њему прихваћени морају преовлађивати при будућем регулисању. Уопштено, у односу на доступност стечаја и(или) могућности ослобађања од (преосталих) дугова посебно су у условима држава у транзицији, па и код нас, неопходна строга ограничења, с обзиром на моралне карактеристике, односно поштење, достојност дужника.³⁵ Како и лични стечај представља генерално извршење, односно реч је о поступку колективног (генералног) намирења који почива на идеји солидарности поверилаца у сношењу

31 Д. Бодул, *нав. чланак*, стр. 372.

32 Видети о ослобођењу од плаћања дугова, Н. Р. Draver, *нав. чланак*, стр. 170–171, односно дилему да ли је оно право које је засновано на економски оправданим критеријумима или награда као привилегија дужника који је вредан тога према дискреционој оцени суда.

33 J. Niemi-Kiesiläinen, A. S. Henrikson, *нав. чланак*, стр. 11, 12.

34 *Ibidem*, стр. 11.

35 „*Open credit economy*“ и „*open access*“ модел промовише Извештај Комисије за стечајно право САД из 1973, Report of the Commission on the United States, Н. R. Doc. No. 93–137 (1973), наведено према: Johanna Niemi-Kiesiläinen, „Consumer Bankruptcy in Comparison: Do We Cure a Market Failure or a Social Problem“, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 37, No. 1/2, 1999, Symposium on Commercial Bankruptcies, стр. 475, 476, доступно на адреси: <http://www.digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1547&context=ohlj&sei-redir=>, 20.3.2015. Ограничење с обзиром на моралне стандарде прихвата се, међутим, и у англосаксонском моделу, видети М. Howard, *нав. чланак*, стр. 1047, тзв. „*honest but unfortunate debtor*“.

ризика дужникове неспособности плаћања, уз основне материјално правне институте – ослобођење од одговорности и изузимање одређене имовине стечајног дужника, који морају бити регулисани и правила процедуре су од неспорне важности. Такође, генерално, чини нам се оправданим доношење посебног закона којим би био регулисан поступак стечаја свих категорија физичких лица, у циљу спасавања савесних дужника од инсолвентности³⁶ и давању шансе за нови почетак. Уз то, за разлику од корпоративног, индивидуални стечај се спроводи само на имовини дужника који отварањем стечаја не губи субјективитет, али трпи значајна ограничења и(или) забране повезане уз отварање стечаја, а најчешће му се намећу и специфичне обавезе о чему се посебно мора водити рачуна (морају се егзактно утврдити).³⁷

Посебност регулативе односила би се на организовање и финансирање специјалних саветодавних служби које би имале два циља: превентивни чији је циљ финансијска едукација различита за предузетнике и потрошаче, али свакако о пословању финансијског сектора, систему кредитирања принципима успешног управљања имовином, односно приходима, и, други, са циљем проналажења решења, излаза из већ настале инсолвентности (али, у таквим ситуацијама и о спречавању нових проблема исте врсте).³⁸ Проблем је, свакако, финансирање које би, бар оно превентивно, морало бити финансирано од стране државе.³⁹ Други, ништа мањи проблем с обзиром на хитност која се препознаје у доношењу закона којим би се ова врста стечаја регулисала, односи се на институције којима би било поверено саветовање – којим, да ли постоје, кратко време формирања, компетентност и сл. При томе, упоредно правно, саветовање је најчешће обавезно и услов ослобођења од одговорности,⁴⁰ па је, и као вансудски приступ, неопходно регулисати је.

36 О овом општем разлогу, као најшире прихваћеном, и комбиновањем немогућности плаћања доспелих обавеза са обуставом плаћања видети В. Радовић, *нав. дело*, стр. 253–259.

37 *Ibidem*, стр. 275, 276.

38 Видети више, Ј. Гарашић, *нав. чланак*, стр. 1507, и критику Полазних основа Хрватске Владе за увођење личног стечаја (в. фусноту бр. 16), као и В. Радовић, *нав. дело*, стр. 163–166, о финансијском саветовању као услову за ослобођење од одговорности, чији се трошкови у праву Канаде, нпр. плаћају из стечајне масе.

39 О саветовалиштима и саветовању, видети Ruth E. Berry, Sue L. T. McGregor, „Counselling Consumer Debtors under Canada’s Bankruptcy and Insolvency Act“, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 37, No 1/2, 1999, посебно стр. 373–381, доступно на адреси: <http://www.digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1541&context=ohlj>, 1.4.2015.

40 Н. Р. Дравер, *нав. чланак*, стр. 171, о искључењу од ослобођења према тзв. *escape clause*, водећи рачуна уз моралне стандарде и, нпр., о кооперативности дужника у поступку.

После подношења предлога за отварање стечаја, саветовалишта би имала помоћну улогу, да са дужником формулишу план о редефинисању дугова који би понудили повериоцима на одобрење. Ово има смисла само уколико постоји имовина на страни дужника, као и потенцијални приходи, али је увек ризично да ли ће повериоци и прихватити план који води вансудском поравнању (алтернативно решавање спорова).⁴¹ Уколико је обавезна, ова фаза има карактеристике посебне процесне претпоставке за даљи ток стечаја пред судом, а сам споразум има смисла само ако, под одређеним условима, добија својство извршне исправе.⁴² У теорији се указује на непотребност поновног, сада пред судом, покушаја споразума о регулисању дугова.⁴³

Уколико се ослобођење од обавеза врши по предлогу дужника⁴⁴ и одлуком суда, предлог, као процесна радња мора бити регулисан у погледу рока изјављивања – подношење уз предлог за отварање стечаја или у одређеном року после тога. У литератури се оправдано пледира за накнадни рок уколико су повериоци покренули поступак.⁴⁵ Одлука о ослобођењу (и изузимању од ослобођења) мора бити у надлежности суда. Уз то, како заштита поверилаца подразумева и могућност оспоравања ослобођења и оно мора бити омеђено кругом овлашћених лица и роком до кога се може вршити у поступку.

Дужник као предлагач морао би да уз предлог за отварање стечаја поднесе извештај о стању своје имовине, чију садржину мора одредити закон, а неопходно је постићи консензус и о условима које морају испунити повериоци као предлагачи.⁴⁶ Овакав приступ, уз услов да суд у претходном поступку цени да ли ће се стечај и отворити условљава да дужник не би морао да доказује стечајни разлог. Уколико је поступак покренуо поверилац, процесни проблеми своде се на примену инструмената који су у функцији заштите дужника, посебно овлашћење за изјављивање правног лека на решење о отварању стечаја и рок за изјављивање. У обе ситуације показује се неопходним посебно рочиште у претходном поступку.

Постављање стечајног управника (повереника) једна је од хитних мера, а његова овлашћења морају бити прецизно утврђена посебно

41 J. Niemi-Kiesilainen, *нав. чланак*, стр. 475, 476.

42 J. Гарашић, *нав. чланак*, стр. 1508, предлаже нотарску оверу потписа дужника и поверилаца.

43 Д. Бодул, *нав. чланак*, стр. 370, 371.

44 Уз одређена ограничења, свакако, видети у том смислу чл. 399 ЗФППИПП.

45 В. Радовић, *нав. дело*, стр. 110.

46 У Словенији, нпр. извештај мора бити и оверен од стране нотара, што, свакако, повећава трошкове. О условима за повериоце као предлагаче видети више В. Радовић, *нав. дело*, ст. 266, 267.

у односу на уновчење имовине подобне да уђе у стечајну масу, као и прикупљање прихода дужника и њихово пропорционално распоређивање повериоцима у времену које је планом отплате предвиђено.⁴⁷ Поступак ослобађања требало би регулисати као посебан у оквиру стечајног, посебно одређивање тзв. периода доброг владања и обавезе дужника у том периоду, приговор стечајног управника да се не дозволи ослобођење, као и правна дејства и могућност укидања одлуке.⁴⁸ Када дужник нема имовину нити будуће приходе, односно када је његова неизузета имовина незнатне вредности,⁴⁹ суд треба да одбаци предлог за отварање стечаја и да реши искључиво питање ослобађања дужника од одговорности за дугове. То ће, на жалост, вероватно бити и најчешћа ситуација у пракси, али и потенцијално најопаснија, због могућих злоупотреба од стране дужника, па је њихово спречавање (провера да ли је дужник савесно пријавио имовину, текуће приходе, могуће будуће приходе и др.) један од најважнијих и најтежих задатака за суд.

47 У Словенији он отвара посебан фидуцијарни готовински рачун за уплате свих готовинских средства дужника од плате, других примања, наслеђене имовине и сл. чл. 388. ЗФППИПП.

48 Период „доброг владања“ у Словенији је од две до пет година, одређује се решењем о почетку поступка ослобођења (чл. 400 ст. 4, 5 ЗФППИПП), а обавезе зависе од тога да ли је дужник запослен или није, и тада мора да настоји да нађе посао, не сме да одбије понуђени посао изузев ако није способан да га обавља, даље да управнику подноси месечне извештаје о томе какве је активности предузео у циљу запослења. Видети и чл. 403, о приговору стечајног управника да се ослобођење не допусти, затим чл. 404, о року за приговор, чл. 405, о поступку у случају приговора, чл. 409, о правним дејствима ослобођења и чл. 411, о разлозима укидања одлуке о ослобађању.

49 И када имовина дужника није довољна за трошкове вођења стечајног поступка, став је да га не треба ни отварати, већ одмах решавати проблем ослобађања од дугова, видети за немачко право Јасница Гарашкић, *нав. чланак*, стр. 1510, али само уколико повериоци не захтевају вођење поступка и не предујме трошкове.

Dušica PALAČKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

PERSONAL BANKRUPTCY – GOALS AND NECESSARY REGULATIVE INSTRUMENTS

Summary

The bankruptcy over the assets of insolvent natural persons, both the natural persons doing business individually (entrepreneurs) and those who could be covered by the general terms of consumers, exists as a legal instrument in majority of countries worldwide – Europe, too. Regardless the fact that these two types (subtypes) of bankruptcy are different, particularly regarding their goals related to the doctrine of “New Beginning” which are not the same for both of these categories, it is possible to regulate them within the same law. In this paper the author summarily analyzes the most significant characteristics that are the advantages and deficiencies of two basic models that exist in comparative law: the Anglo-Saxon model and the Continental Europe’s model. The author analyzes a number of legal solutions from these models that point to the tendency of their mutual harmonization. Based on these findings, the author formulates certain recommendations that should be taken into account when regulating this matter, particularly those related to the application of adequate pre-procedural and court mechanisms.

Key words: *individual bankruptcy, comparative models, recommendations referring to regulations.*

Др Милена ЈОВАНОВИЋ ЗАТЦИЛА
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Марија ДРАГИЋЕВИЋ
докторанд Правног факултета Универзитета у Нишу,
приправник-волонтер Привредног суда у Нишу

ПРЕТПОСТАВКЕ (НЕ)УСПЕШНЕ ПРИМЕНЕ ИНСТИТУТА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ У ПРАКСИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ*

Резиме

У раду се анализирају кључне претпоставке чије (не)постојање омогућава (не)успешну примену института реорганизације у пракси Србије. Рад нема претензије да пружи њихову свеобухватну анализу, већ да идентификује главне претпоставке и изврши њихову класификацију. Намера аутора није била да пружи завршену и коначну листу претпоставки, него да укаже на оне које су, према њиховом мишљењу, од пресудног утицаја на деловорност института реорганизације. Анализа закона и судске праксе показује да проблем није само у тексту закона већ у његовој примени. Адекватно законско регулисање института стичања није довољно да обезбеди успешну примену института реорганизације, већ је неопходно створити одговарајући правно-регулаторни и институционални оквир. Поред наведеног, нужна претпоставка успешне примене је и реалност предвиђених планова реорганизације и одрживости постовања дужника након усвајања плана.

* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу „Заштити људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Кључне речи: реорјанизација, ирејијосјавке иримене, одрживосји илана, инсјијиуционални оквир, иринудна ликвидација.

I Уводне напомене

У периоду снажног економског развоја владало је уверење да је функција стечаја једино да тржиште очисти од непрофитабилних привредних субјеката. У таквим околностима није постојала свест о томе да стечај може имати и друге функције, осим оне да служи искључиво као инструмент наплате потраживања од инсолвентних дужника. Данас су друштвено-политички и економски услови пословања у свету доста промењени. Својеврсна финансијска криза, пад тражње, раст трошкова пословања, промене преференција потрошача, значајан пад кредитне активности су допринели да многи привредни субјекти више нису у могућности да сервисирају своје дугове. Промена друштвено-политичких и економских односа условила је измену стечајне регулативе и њено прилагођавање новонасталим условима пословања. Није могуће изградити прихватљив систем стечајних прописа ако се не води довољно рачуна о привредној и друштвеној реалности, као и проблемима који се у пракси појављују.

Из тог разлога све већа пажња се посвећује реформи стечајне регулативе. У последњих петнаестак година измене стечајног оквира усмерене ка опоравку стечајног дужника усвојиле су водеће европске земље – Немачка (1999), Велика Британија (2002), Шпанија (2004), Италија (2005) и Француска (2006). Реформа је вођена идејом да је реорганизација, по узору на главу 11 америчког Савезног законика, модел који омогућава реструктурирање привредних друштава у финансијским тешкоћама на прихватљив и избалансиран начин.¹

Реорганизација² представља покушај да се спречи банкротство, односно ликвидација субјекта који је доспео у стање инсолвентности.

1 Видети више: Harvey R. Miller, „Chapter 11 in Transition – From Boom to Bust and Into the Future“, *American Bankruptcy Law Journal*, 2007, стр. 375. Исто: Peter J. M. Declercq, „Restructuring European Distressed Debt: Netherlands Suspension of Payment Proceeding... The Netherlands Chapter 11?“, *American Bankruptcy Law Journal*, 2003, стр. 378.

2 Сам појам реорганизације подразумева чин или процес пословне или другачије организације неке целине. Доступно на интернет адреси: <http://www.thefreedictionary.com/reorganization>. Са компанијског аспекта, реорганизација представља темељну преправку, односно реконструкцију или рекомпозицију компанијске структуре. Доступно на интернет адреси: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/business-english/reorganization>. Уместо термина реорганизација нека законо-

У том смислу се подноси план реорганизације од чије садржине зависи да ли ће стечајни дужник наставити са радом или ће против њега бити настављен стечајни поступак. О томе првенствено одлучују повериоци. План реорганизације пружа широке могућности за дефинисање статуса стечајног дужника, уколико се појави могућност његовог опстанка и уколико се поступак реорганизације успешно реализује. Опстанак стечајног дужника првенствено зависи од предлога плана реорганизације, од оправданости мера реорганизације и начина да се оне спроведу.³ Његовим спровођењем стечајном дужнику се даје неопходно време да стабилизује своје пословање. Мноштво мера економске, финансијске, правне и организационе природе пружа далеко више могућности стечајном дужнику да изађе из кризе и задовољи своје повериоце на прихватљив начин.⁴ У том смислу, стечај је постао средство ревитализације привредног субјекта, поступак у коме ће се спровести финансијско и производно реструктурирање и обезбедити наставак пословања уз задовољење поверилачких интереса. Упркос томе, наведене реформе нису дале жељене резултате и нису фаворизовале реорганизацију у односу на банкротство, што је за последицу имало поновне измене стечајног оквира. Последњи талас реформи стечајних закона ишао је у правцу функционализације стечајно-правне заштите смањењем оптерећености судова, те увођењем неформалних вансудских процеса реорганизације.

Неформални процеси реорганизације нису обухваћени стечајном регулативом, али се у највећој мери на њу ослањају. Спровођење и примена ових процеса у многоме зависи од постојања и доступности ефикасног стечајног законодавства, као и институционалног оквира који обезбеђује да се ови процеси успешно окончају. Неформални процеси имају бројне предности над поступком формалне реорганизације. Прва се односи на ниже трошкове и краће време спровођења поступка. Друга предност је што они, углавном, остају између дужника и поверилаца који учествују у преговорима, за разлику од формалних са којима су упозна-

давства употребљавају термине као што су „рехабилитација“, „помирење“, „администрирање“, „прекомпозиција“, „реструктурирање“, „преуређење“ и сл., али сви они представљају оно што се у нашем законодавству назива реорганизација. Заједничко за све ове поступке је то да се жели постићи бољи економски ефекат реорганизацијом послова стечајног дужника него што би се постигло његовом ликвидацијом и гашењем. Видети: Владимир Малбашић, *Реорганизација као мера за сјречавање сјтечаја*, СЕФ, Београд, 2005, доступно на адреси: http://www.sef.rs/wpcontent/uploads/reorganizacija_kao_mera_za_sprecavanje_stecaja_vladimir_malbasic.pdf, 20.2.2015, стр. 16.

3 Милена Јовановић Zattila, Владимир Чоловић, *Сјтечајно јраво*, 2. издање, Ниш, 2013, стр. 166.

4 В. Малбашић, *нав. дело*, стр. 17.

ти сви повериоци и шира јавност. Ово може имати негативне последице по дужника и умањити његове шансе за опоравак (нпр. купци могу да постану скептични у односу на то да ли ће стечајни дужник бити у стању да изврши уговорене послове, да одржи квалитет и поузданост својих производа и др.).⁵ Следећа предност неформалних процеса је њихова флексибилност, као и аутономија заинтересованих и укључених страна. Започињање неформалних процеса се углавном врши пре настанка самих формалних услова за отварање стечајног поступка, а понекад и пре било каквих видљивих проблема. Суштина је у томе да се по сваку цену избегне покретање стечајног поступка путем аранжмана који договарају дужник и његови главни повериоци. Чињеница да неформални процеси не подлежу прописаним правилима и процедурама учесницима пружа већу слободу у изналажењу и креирању најоптималнијег решења.⁶

Да би се искористиле главне предности неформалних процеса реорганизације и минимизирали њихови недостаци, у пракси је развијен посебан модел унапред припремљених планова (енгл. *prepack, preplan*).⁷ *Унајред припремљена реорганизација (prepackaged bankruptcy)* је продукт америчког законодавства и фигурира као решење у америчком стечајном закону од његовог доношења 1978. године. У САД се под појмом „*prepackaged bankruptcy*“ подразумева хибрид два уобичајена метода реорганизације (реструктурирања) компанија у финансијским проблемима: 1) неформалне реорганизације, односно вансудских преговора дужника и поверилаца о реструктурирању дуга (*out-of-court restructuring*), и 2) формалне реорганизације, односно стечајног поступка по правилима Поглавља 11 (енгл. *bankruptcy proceeding*). *Prepack* би ваљало посматрати као „судску екстензију неформалне реорганизације“⁸ која омогућава постизање споразума између дужника и потребне већине поверилаца изван суда, након чега следи покретање стечајног поступка по правилима Поглавља 11 са циљем „озваничења“ и имплементације таквог споразума.⁹ Суштински посматрано, концепт унапред спаковане реорганизације претпоставља „врло проактивног дужника са добро

5 Mike Falke, *Insolvency Law Reform in Transition Economics*, Berlin, 2003, стр. 148.

6 Више о томе: В. Малбашић, *нав. дело*, стр. 19–20.

7 Ивана Томас Живковић, Дејан Бодул, Наташа Томас, „Питања правног трансплантирања стечајног законодавства: колизија правне традиције и економских чимбеника“, *Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, 1991, бр. 2, стр. 590.

8 John McConnell, Henri Servaes, „The Economics of Pre-packaged bankruptcy“, у: Jagdeep S. Bhandari, Lawrence Alan Weiss (editor), *Corporate bankruptcy: Economic and legal perspectives*, Cambridge, 1996, стр. 322–323.

9 Gerard McCormack, *Corporate rescue law – an Anglo-American perspective (Corporations, Globalisation and the Law)*, Northampton, 2008, стр. 104.

дефинисаним бизнис планом и излазном стратегијом“.¹⁰ С обзиром да је стечајни поступак често дуготрајан, скуп и да ствара несигурност за све стејхолдере (кредиторе, инвеститоре, запослене, потрошаче), унапред припремљена реорганизација се издваја као врло корисна алтернатива која минимизира уобичајене ризике стечајног поступка.¹¹

Унапред припремљени план реорганизације, као хибридна творевина, има неколико предности, како у односу на обичну реорганизацију, тако и у односу на вансудско реструктурирање. Предности у односу на обичну реорганизацију огледају се у брзини одвијања, нижим трошковима спровођења,¹² као и чињеници да пословање дужника трпи мање поремећаје, а да дужник има много више контроле над читавим процесом.¹³ Предности у односу на неформалну вансудску реорганизацију огледају се у пореским уштедама, у редукцији *holdout* проблема (кочења, задржавања), и то кроз тзв. *cram down*, односно наметање плана реорганизације несагласним повериоцима.¹⁴

10 Thomas J. Salerno, Jordan A. Kroop, Craig D. Hansen, *Executive Guide to Corporate Bankruptcy*, Washington, D.C., 2010, стр. 39.

11 David E. Vance, *Corporate Restructuring: From Cause Analysis to Execution*, Heidelberg, 2009, стр. 256.

12 Код оваквог приступа често се занемарују трошкови које подносилац унапред припремљеног плана има у предстечајној фази (индиректни трошкови), а који се односе на израду плана и преговоре са повериоцима. О томе више: Stephen J. Luben, „What We “Know” about Chapter 11 Cost is Wrong“, *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, бр. 17/2012, стр. 146, 179.

13 Видети више: S. C. Krause (editor), *A Practitioner’s Guide to Prepackaged Bankruptcies*, American Bankruptcy Institute, Alexandria, VA., 2011, стр. 15–36.

14 Исход поступка вансудског реструктурирања зависи од спремности поверилаца да чине уступке и својевољно се одрекну дела потраживања или динамике наплате, или пак да пристану на специјалне мере попут конверзије потраживања у капитал дужника и сл. Повериоци често нису спремни на било какве концесије, очекујући потпуну наплату својих потраживања. То може резултирати блокадом целог поступка и тада стечај фигурира као једина опција. У том случају је реч о тзв. *holdout* проблему (задржавање, кочење, блокада). Видети: Joseph W. Bartlett, *Equity Finance: Venture Capital, Buyouts, Restructurings and Reorganizations*, 2nd edition, New York, 1995, стр. 95. Када повериоци блокирају поступак вансудског реструктурирања, *prepack* ступа на сцену као спасоносно решење захваљујући стечајним правилима „натрпавања“ (енгл. *to cram down*), односно наметања плана реорганизације несагласним повериоцима у оквиру класе, па чак и читавој несагласној класи. У првом случају, план реорганизације се несагласним повериоцима унутар једне класе намеће гласовима већине поверилаца те класе. У другом случају, могуће је чак наметнути план реорганизације (од стране стечајног суда) и читавој класи поверилаца, под условом да је та несагласна класа нижа у рангу, и да сам план реорганизације испуњава услове изводљивости, правичности и равноправности (енгл. *feasible, fair and equitable*). Видети више: Немања Николић, „Унапред припремљени план реорганизације – упоредноправна решења, теоријски аспекти и практични примери“, доступно на адреси: www.alsu.gov.rs/.../UPPR_

Једна од земаља која је у протеклом периоду, пратећи наведене трендове у развоју стечајне регулативе, реформисала своје стечајно законодавство је и Србија. За последњих десетак година то је чинила чак три пута. Након реформи спроведених 2004. године,¹⁵ усвајањем Закона о стечајном поступку и промена учињених Законом о стечају 2009. године,¹⁶ Народна Скупштина РС је усвојила Закон о изменама и допунама Закона о стечају 2014. године.¹⁷ Стечајни оквир је већ првом реформом омогућио различите опције како у оквиру поступка банкротства (продају имовине дужника или продају дужника као правног лица), тако и у оквиру „обичне“ реорганизације (нпр. подносиоци плана могу припремити санациони или ликвидациони план). Каснијим реформама су успостављени и алтернативни механизми – унапред припремљени план реорганизације и споразумно финансијско реструктурирање, како би се формирали адекватни подстицаји дужницима да на време сигнализирају финансијске потешкоће и избегну банкротство као знатно неповољнији исход.¹⁸

II Практична примена стечајних прописа

Бројни теоретичари су, бавећи се стечајном проблематиком, наводили које све захтеве законодавац мора уважити приликом конципирања нове стечајне регулативе, како би она у крајњем резултирала транспарентним и предвидљивим привредним окружењем. Тако су, по правилу, истицали да стечајни закон треба да осигура ефикасан систем равномерног намирења поверилаца, максимизира вредност имовине дужника, успостави равнотежу између ликвидацијског стечаја и реорганизације, створи подстицаје за правовремено покретање стечаја, осигура једнак третман и равноправност поверилаца, уравнотежи интересе свих за-

uporednopravna_re_enja__teorijski_aspekt, 1.3.2015, стр. 9; Н. Николић, „Prepack: Америчко и српско решење“, *Право и привреда*, бр. 1–3/2011, стр. 92; Слободан Спасић, „Pre pack као шанса за српску привреду“, *Право и привреда*, бр. 7–9./2010, стр. 243–257; Владимир Чоловић, „Основне карактеристике и правна природа pre pack реорганизације (унапред припремљеног плана реорганизације) у законодавству Србије са освртом на однос стечајног поступка и поступка реорганизације“, *Годишњак факултета правних наука*, Бања Лука, 2013, стр. 101–117.

15 Закон о стечајном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 84/2004).

16 Закон о стечају (*Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС и 83/2014. године – даље у фуснотама ЗС).

17 Закон о изменама и допунама Закона о стечају (*Сл. гласник РС*, бр. 83/2014).

18 Бранко Радуловић, „Стечај у Србији – чињенице, заблуде и ненамераване последице“, у: Б. Шошкић, М. Арсић (уредници), *Економска полијтика Србије у 2014: Мојћностии привредној расииа у условима реформи и фискалне консолидације*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 128.

интересованих страна.¹⁹ Међутим, не постоји идеалан модел стечајног закона. Уверење о делотворној равнотежи свих заинтересованих страна има утопијску димензију. Да би стечајни закон био применљив, он мора у целости одражавати правно, историјско, политичко и културно наслеђе земље која га је донела.²⁰ Доношење модерног закона који уважава и у свој текст уноси решења по узору на развијене европске земље, не значи да ће његова примена бити ефикасна и у крајњој линији имати позитивне последице. Није сваки модел закона подједнако добар у свим друштвено-економским условима. Страна права се не могу произвољно мешати ради стварања „новог“ права. Обједињавање појединачних, добро решених института из различитих правних система у једном новом закону, уместо да решава ствари, заправо само ствара проблеме који се дају избећи. Када се доноси нови стечајни закон, очекује се да буде бољи од постојећег, да уважи савремена достигнућа у области коју регулише, али и да буде прилагођен специфичностима оног поднебља у коме ће се примењивати. То не значи да нови закон треба да се надмеће у оригиналности, већ да се у првој линији мора „доказати“ у пракси.²¹ Јасно је, дакле, да проблеми који онемогућавају учесталију и ефикаснију примену одређеног закона, па и закона о стечају, нису само они у вези са текстом закона, већ се налазе у ширем институционалном и регулаторном оквиру, као и у његовој прилагођености специфичностима одређеног окружења у коме се тај закон примењује. Честе измене стечајних прописа, изазване друштвено економским променама, нису тако неуобичајене и у другим законодавствима. Ипак, пре било какве промене, потребно је поставити питање да ли проблем лежи само у тексту закона или и у његовој примени, односно ако се утврди неопходност промена закона, треба се запитати која је права мера таквих промена.²²

III Претпоставке (не)успешне примене института реорганизације

Идентификовање кључних претпоставки (не)успешне примене института реорганизације, утврђивање циљева који се желе постићи његовом применом и одабир опција за достизање тих циљева од примар-

19 Philip Shuchman, „Theory and Reality in Bankruptcy – The Spherical Chicken“, *Law & Contemporary Problems*, Autumn, 1977, стр. 66–105.

20 Nathalie Martin, „The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation“, *B.C. Int'l & Comp. L.J.*, 2005, стр. 1–78

21 Видети више: И. Томас Живковић, Д. Бодул, Н. Томас, *нав. раг*, стр. 555–592.

22 Б. Радуловић, *нав. чланак*, стр. 128.

не су важности. (Не)успешност примене реорганизације одређује више претпоставки. Полазећи од њихове сродности и повезаности, на основу анализе законских решења и судске праксе, наведене претпоставке смо поделили у четири групе: прва група претпоставки се налази у самом стечајном оквиру, друга се налази у ширем регулаторном и институционалном оквиру изван стечаја, трећа група претпоставки су оне који се тичу планова реорганизације, односно УППР-а и, најзад, у четврту групу можемо сврстати све оне који уопште утичу на низак ниво отворених стечајних поступака. У одсуству наведених претпоставки најбољи стечајни закон може бити усвојен у парламенту, али се неће применити или ће бити неадекватно примењен што ће за последицу имати велики број нереалних и неспроводивих планова реорганизације и дужника којима је као једина алтернатива преостало банкротство.

У наставку рада анализираћемо претпоставке чије (не)постојање омогућава (не)успешну примену института реорганизације у пракси Србије. Намера аутора није да пружи затворену и коначну листу претпоставки, него да укаже на оне, које су према њиховом мишљењу, од пресудног утицаја на делотворност института реорганизације. У сваком случају, постављање и провера хипотеза (не)успешне примене института реорганизације представља једно од најзначајнијих и најзанимљивијих емпиријских питања у области стечаја.²³

1. Претпоставке које се налазе у самом стечајном закону

Неспоран предуслов успешне примене института реорганизације јесте постојање квалитетног и флексибилног стечајног закона. Флексибилност стечајног закона се огледа у могућности избора између више „праваца“ у „кретању“ кроз стечајни поступак. У пракси, као што је речено, може постојати велики број различитих могућности у случају да се једно привредно друштво нађе у финансијској кризи и да му прети стечај. Међутим, све оне су у тесној вези и директно под утицајем стечајног закона и поступка реорганизације као његовог саставног дела. Примена и успешност свих неформалних преговора о реорганизацији умногоме зависе од тога на који начин је стечајни закон уредио поступак реорганизације у формалном смислу, какве су препреке и подстицаји за његово спровођење, доступност и једноставност поступка, као и шансе за успех.²⁴ У вези са флексибилношћу стечајног закона у светској

23 Видети: Бранко Радуловић, „Врапци и голубови – Емпиријска анализа одлука о банкротству или реорганизацији у Републици Србији“, у: Иван Вујачић (уредник), *Евројска унија и Србија – од транзиције до придруживања*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 79–94.

24 В. Малбашић, *нав. дело*, стр. 22.

теорији и пракси јављају се бројна питања и недоумице. На пример, да ли би стечајни закон требало да фаворизује вансудске (неформалне) аранжмане или формалне процесе реорганизације под окриљем суда? На који начин извршити разграничење између процеса стечаја, реорганизације и ликвидације? Каква би требало да буде улога судова у процесу реорганизације (да ли само да пазе на законитост спровођења или да буду активан субјект у поступку? Да ли закон о стечају треба да промовише дисциплину, да тржиште очисти од неефикасних и неликвидних привредних субјеката, или да буде толерантнији и на тај начин подстиче предузетнички дух у смислу веће спремности да се преузме ризик? Каква би требало да буде улога држава?²⁵ Питања има много, а фактора који утичу на могуће правилне одговоре још више. Резултат је мноштво мишљења и немогућност израде и формулисања јединственог концепта и модела стечајног закона.²⁶

Следећи битан предуслов је да стечајни закон мора бити конципиран тако да, у највећој мери, елиминира корупцију и спречи разне врсте злоупотреба. Промовисање начела једнаког третмана и равноправности поверилаца мора бити уграђено у основе закона којим се регулише стечајни поступак. Стечајни поступак мора бити предвидив и доследно спровођен како би сви они који се налазе на тржишту могли да знају шта их очекује и у крајњој линији могли да предвиде ризик који носи пословање.

Да би стечајни закон био успешан, морају постојати јасни и мерљиви критеријуми који ће омогућити препознавање привредног друштва у финансијским потешкоћама. Зато је значајно питање законског регулисање стечајних разлога, а пре свега регулисање института инсолвентности. Питање када дужник постаје инсолвентан није на јединствен начин регулисано у светској пракси (нпр. критеријуми помоћу којих се утврђује инсолвентност, постојање стечајних разлога и отварање стечајног поступка се разликују међу законодавствима различитих земаља).²⁷ Управо је ово питање у уској вези са могућношћу примене и шансе за успех процеса реорганизације. У упоредноправној пракси се обично примењују три стечајна критеријума: критеријум инсолвентности (*cash-flow*), критеријум презадужености (*balance sheet test*) и критеријум претеће инсолвентности (*prospective*).²⁸ Уколико пођемо од опште констатације да је реорганизација покушај да се спречи банкрот-

25 Philip R. Wood, *Insolvency Law and the Legal Framework*, Washington D.C., September, 1999.

26 В. Малбашић, *нав. дело*, стр. 7.

27 И. Томас Живковић, Д. Бодул, Н. Томас, *нав. рад*, стр. 560–561.

28 Mike Falke, *нав. дело*, стр. 171–178.

ство и то путем финансијског оздрављења стечајног дужника који треба да настави да ради, врати дугове и на крају постане солвентан и профитабилан привредни субјект, онда се не сме занемарити тренутак и стање које доводи до формалног отварања стечајног поступка. Финансијски положај у ком се налази стечајни дужник у тренутку отварања стечајног поступка директно ће утицати на крајњи исход реорганизације, ако она тада буде уопште могућа. Законски критеријуми који дефинишу инсолвентност у великој мери ће утицати, не само на понашање привредних субјеката и њихов однос према сопственим дуговима, него и на ниво финансијске дисциплине у привредном систему једне земље. Уколико се овом питању правилно приступи, то може представљати добар подстрек и пружити основу за успешну реорганизацију.²⁹

Пре указивања на поједина законска решења која представљају кључне претпоставке (не)успешне примене института реорганизације, треба рећи да је стечајни оквир у Републици Србији генерално прилагодљив различитим потребама, обзиром да омогућава различите приступе решавању проблема инсолвентности и/или неликвидности дужника у зависности од степена финансијских тешкоћа. Институт реорганизације је по први пут уведен у наше стечајно законодавство Законом о стечајном поступку, а Законом о стечају је по први пут детаљно уређен институт унапред припремљеног плана реорганизације (УППР). Занимљиво је да је УППР у Србији уведен пре него што су слични поступци уграђени у оквире водећих европских законодавстава попут Немачке и Француске. Притом, Србија испуњава сва три кључна елемента УППР-а – дозвољава се лична управа, уводи се забрана извршења и план се намеће несагласним повериоцима. У том погледу, стечајни оквир у Србији има предност у односу на неке земље које не садрже неки од наведених елемената, што знатно умањује атрактивност поступка. Стиче се утисак да је поступак у Србији, иако детаљније уређен, нешто једноставнији и ствара мању правну несигурност.³⁰

У односу на друге државе, услови за покретање поступка реорганизације код нас једнаки су стечајним разлозима и готово сви дужници, позивајући се на претећу неликвидност, могу поднети план реорганизације, односно УППР. Тиме је решење у Србији према условима за подношење плана реорганизације (и УППР-а) слично оном у САД и Великој Британији где се не захтева одређени стечајни разлог. Насупрот томе, то није случај са хибридним поступцима у Немачкој,

29 В. Малбашић, *нав. дело*, стр. 15–16.

30 Бранко Радуловић, „Унапред припремљени планови реорганизације у Републици Србији – упоредно правна и емпиријска анализа“, у: Вук Радовић (уредник), *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, стр. 91–92.

који искључују дужнике који имају проблеме са ликвидношћу или у Француској који намећу и додатне критеријуме у погледу величине дужника.³¹ Док то решење има своје оправдање, обзиром да је поступак реорганизације превасходно усмерен ка дужницима који нису запали у финансијске потешкоће или искључиво ка већим привредним друштвима, чини се да је за успешну примену поступка реорганизације бољи флексибилнији приступ. Међутим, како је правовремено покретање стечајног поступка значајно за могућност опстанка привредног друштва и намирења поверилаца, слабост нашег стечајног закона је непостојање одредбе која би обавезивала дужника да, без одлагања, а најкасније у одређеном року покрене стечајни поступак у случају трајније неспособности плаћања или презадужености. Овакво решење је присутно у упоредноправној пракси, при чему се дужник, односно законски заступник истог, излажу грађанској и кривичној одговорности у случају неблаговременог покретања истог, јер они *de lege lata* имају најбољи увид у пословање и непосредну опасност која прети друштву. Увођењем такве обавезе за дужника, спречила би се честа појава у нашој пракси да се поступци реорганизације иницирају када је финансијско стање у коме се друштво налази такво да реорганизација више није могућа.³²

Поред наведеног, досадашња пракса је указала још на неколико проблема у вези са Законом о стечају. У питању је постојање неодређености у законским решењима која прописују поступак који се примењује у реорганизацији, као и непостојање одређених правила за различите случајеве који су се појављивали у пракси. С обзиром да је у питању низ детаља, нећемо анализирати сваки проблем понаособ, већ желимо да укажемо да многи од тих проблема настају услед неадекватне примене закона, па зато не захтевају, бар не значајне, измене текста Закона о стечају.

2. Претпоставке које се тичу ширег институционалног и регулаторног оквира

Адекватно законско регулисање стечајног поступка, међутим, није само по себи довољно да обезбеди адекватну примену института реорганизације. (Не)успешност практичне примене реорганизације зависи и од ширег институционалног и регулаторног оквира. Неке од земаља које су одмакле у спровођењу економских реформи увиђају потребу да унапређују не само закон о стечају него и сву осталу регулати-

31 *Ibidem*, стр. 91.

32 Oscar Couwenberg, *Survival Rates in Bankruptcy System: Overlooking the Evidence*, Department of Economics and Public Finance, Faculty of Law, University of Groningen, 2001, доступно на адреси: <http://ideaas.Repec.org/p/dgr/rugsom/01e15.html>, 10.2.2015.

ву, институције, регистре и сл. како би се превазишли проблеми који се у пракси појављују. У овом делу можемо уочити неколико значајних предуслова успешности поступка реорганизације.

На првом месту неопходан је снажан, независан и ефикасан правосудни апарат. Највећи проблеми који се у овом домену појављују тичу се капацитета судова, а тиме и организације и начина њиховог рада. Они се односе пре свега на уређење функционалне надлежности: да ли све судије једног привредног суда, поред поступања у другим материјама, да поступају и у стечајној ствари или их распоредити тако да само одређени број њих буде надлежан за вођење стечајног поступка. Предност прве опције је растерећеност судија, а предност друге је специјализација судија и квалитетније одлуке.

Друго, полазећи од чињенице да су стечајни прописи само један од елемената који утиче на пословање привредних друштава, за успешност примене института реорганизације неопходно је унапређење и адекватна примена и свих законских решења из области статусног права, права хартија од вредности, банкарског пословања, приватизације, регистрације привредних субјеката, итд.

На дужину трајања поступка реорганизације, као и на све индикаторе његове успешности, у значајној мери утиче постојање и дужина трајања парница. Ово је фактор који стечајни закон не предвиђа, будући на конкретну улогу свих актера у стечајном поступку коју ванпарнични поступак не може заменити.

Уређени имовинско-правни односи су следећи значајан фактор успешности поступка реорганизације. Велики проблем који се јавља у пракси, карактеристичан за нашу земљу, је питање реституције имовине или имовинских целина дужника. Дана 6.10.2011. године ступио је на снагу Закон о враћању одузете имовине и обештећењу,³³ који регулише услове и рокове враћања имовине одузете бившим власницима применом прописа наведених у чл. 2 Закона (национализација, конфискација, аграрна реформа итд). Истовремено, предвиђа да имовина за коју је поднета пријава у складу са Законом о пријављивању и евидентирању одузете имовине,³⁴ а која може бити враћена, не може бити предмет отуђења, хипотеке или залог, до правноснажног окончања поступка по захтеву за враћање. Ово ће бити значајно уколико план реорганизације као једну од мера предвиђа продају имовине.

Последњи у овој групи и можда најзначајнији фактор (не)успешности поступка реорганизације се односи на постојећи привредни ам-

33 Закон о враћању одузете имовине и обештећењу (Сл. гласник РС, бр. 72/11, 108/13, 142/14).

34 Закон о пријављивању и евидентирању одузете имовине (Сл. гласник РС, бр. 45/05 и 72/11).

бијент. У случају неповољног економског окружења и лошег финансијског положаја привредних друштава, промет роба и услуга биће смањен а поступак „оживљавања“ стечајног дужника ће спорије тећи, услед чега ће и степен намирања поверилаца бити незадовољавајући.

3. Претпоставке које се тичу самих планова реорганизације

Успех поступка реорганизације условљен је и карактеристикама самих планова реорганизације, односно унапред припремљених планова. Могуће је издвојити више различитих претпоставки успешности практичне примене института реорганизације које се тичу самих планова, односно њихове садржине.

Прва претпоставка је реалност предвиђених мера и одрживост пословања стечајних дужника након усвајања плана. Иако стечајни закон прописује елементе обавезне садржине планова реорганизације и унапред припремљених планова,³⁵ а Национални стандард бр. 6³⁶ одређује да план реорганизације мора бити реалан, односно да се не сме бити заснован на будућем неизвесном догађају, у пракси често није тако. Планови реорганизације који се подносе у току стечајног поступка често су мањкави, заснивају се на будућим неизвесним околностима и мерама које су економски неостварљиве.³⁷ Разлог томе може бити ограничени рок за израду истог, несмотреност приликом израде, немогућност сачињавања уз прилагање свих неопходних докумената који су законом одређени, нејасно дефинисање мера које се предлажу, као и паушално навођење елемената и мера без њихове озбиљне анализе и начина на који би били спроведени. У великом броју случајева предлагачи не достављају планове реорганизације одмах, већ користе максимално продужење рока за достављање истог. При томе, немају јасну представу о плану, његовом циљу и сврси, приступајући изради планова на крајње

35 ЗС, чл. 156 ст. 1 тач. 1–16 и ст. 2 тач. 1–7.

36 Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом – Национални стандард бр. 6 о подацима које треба да садржи план реорганизације (Сл. гласник РС, бр. 13/2010).

37 Илустрације ради, навешћемо податак да смо за период од почетка примене Закона о стечају до априла месеца 2015. године, на основу претраге електронског уписника, идентификовали 27 стечајних поступака покренутих пред Привредним судом у Нишу у којима је поднет план реорганизације. Од тог броја, у готово половини поступака дужници су поднели унапред припремљене планове реорганизације. Од 15 поднетих планова реорганизације 13 је изгласано, а 2 нису. Од 13 изгласаних планова 8 је у фази спровођења, а у преосталих 5 поступака је због неспровођења плана донето решење о банкротству. Од 12 поднетих унапред припремљених планова 7 планова је потврђено, а за 1 план поступак је био у току, 2 плана су одбачена, а за 2 плана је решење о потврђивању усвајања укинута.

неозбиљан начин, из разних побуда. У пракси се дешава и да се планови реорганизације састављају на начин да формално-правно садрже све законом тражене елементе, али су тако конципирани да су немогући, неостварљиви и засновани на околностима за које се са сигурношћу може претпоставити да неће наступити. Једини циљ њиховог подношења јесте пролонгирање банкротства, прикривањем правог чињеничног стања протеклом времена. Тиме се фактички изигравају повериоци који несумњиво неће добити ни један проценат од својих потраживања, а неизбежно банкротство ће уследити најкасније за пет година колико је обично рок за извршење плана. По истеку рока од пет година дужник може бити у горем положају него што је био пре усвајања плана, те ће наплата потраживања од стране повериоца бити у многоме отежана. Чињеница да стечајне судије не оцењују економску изводљивост плана реорганизације, већ само његову усклађеност са законом, указује да су могућности злоупотребе овог института велике.

Други проблем у вези са садржином плана реорганизације односи се на начин формирања класа поверилаца. Један од најчешћих разлога укидања решења којима се потврђује усвајање плана реорганизације, односно УППР-а тиче се управо начина формирања класа.³⁸ Веома често подносиоци планова формирају класе поверилаца на начин да обезбеде потребну већину за изгласавање у свакој планом предвиђеној класи, без обзира на особине тих потраживања, тј. у исту класу сврставају потраживања која су по особинама суштински различита и/или у различите класе раздвајају потраживања која се не разликују по својим особинама већ само по начину намирења. Најчешћи циљ таквог поступања је да се исходује сагласност већинских поверилаца, у свакој планом предвиђеној класи, који би обезбедили већину у свакој класи како би план био усвојен. Међутим, прегласани повериоци, незадовољни таквим разврставањем, изјављују правне лекове што за последицу, у крајњем, има одуговлачење поступка реорганизације. Овде ваља нагласити да проблем није у законским решењима, већ у њиховом тумачењу.³⁹

38 Видети: Решење Привредног апелационог суда 8 Пвж 612/14 од 18.12.2014. године и Решење Привредног апелационог суда 7 Пвж 659/14 од 20.1.2015. године.

39 Оно што треба имати у виду приликом тумачења цитираних одредби је сврха поделе на класе поверилаца приликом гласања о плану реорганизације. Реорганизација повериоцима треба да омогући повољније намирење од намирења које би се постигло банкротством стечајног дужника. Закон о стечају је зато у ст. 3 чл. 165 и предвидео да се потраживања поверилаца деле најмање на класе по основу њихових различитих права и права приоритета њихових потраживања према исплатним редовима, јер су тиме у исту класу сврстани они повериоци чија се потраживања намирују на једнак начин и у банкротству и током реорганизације. У оквиру тако формиране класе, повериоци могу да процене да ли је предложено намирење планом реорганизације за њих повољније и да се одреде да ли ће гласати за план, јер би

У ову групу проблема можемо сврстати и онај који је донедавно, тачније до доношења Закона о изменама и допунама Закона о стечају постојао, а тицао се третмана повезаних лица и могућности прегласавања стечајних поверилаца од стране повезаних лица. Недовољна пажња посвећена повезаним лицима доводила је до ситуације да, упркос томе што ова лица чине знатно преко 30% одређене класе, план буде усвојен без претходне интервенције или да, у случају да је учешће повезаних лица испод 30%, глас повезаних лица пресудно утиче на усвајање плана. Најновијим изменама Закона о стечају овај проблем је решен на начин да лица повезана са стечајним дужником, осим оних која се у оквиру редовне делатности баве давањем кредита, чине једну класу поверилаца и не гласају о плану реорганизације.⁴⁰ Проблем који може настати услед промене третмана повезаних лица је значајно смањење кредитирања унутар групација и позајмица власника.

Следећи проблем који се јавља у пракси је исувише дуг период потребан да би наступила правноснажност планова, а тиме и почетак њихове примене. Наиме, закон предвиђа да се даном почетка примене плана сматра дан одређен планом реорганизације, с тим да тај дан не може бити пре дана правноснажности решења о потврђивању плана реорганизације, нити по истеку рока од 15 дана од дана правноснажности тог решења.⁴¹ Везивање почетка примене за наступање правноснажности има мотив пре свега у правној сигурности, али тако одложена примена има своју цену у неизвесности наступања правноснажности.

Поред наведених, постоје и многи други проблеми који се тичу садржине самих планова реорганизације: одређивање датума пресека

се у супротном, у случају банкротства дужника, нашли у неповољнијем положају од положаја који им обезбеђује план. Интерес поверилаца истог исплатног реда, а самим тим и исте класе, је заједнички, обзиром на прописани редослед намирења њихових потраживања у стечају дужника, а то је да се план реорганизације изгласа, ако је предложеним планом предвиђено потпуније намирење њихових потраживања, од намирења које би постигли спровођењем банкротства дужника. Ако би у исту класу били сврстани повериоци који се различито намирују и у банкротству и по плану реорганизације, њихов интерес приликом гласања би био различит, а самим тим би повериоци са мањим процентом потраживања и намирења били стављени у неповољнији положај уз опасност да буду прегласани приликом одлучивања о плану, што би довело у питање испуњење сврхе саме реорганизације. То је и разлог што класа поверилаца, чија се потраживања по плану у потпуности намирују пре почетка примене плана, не гласа за план реорганизације, уз законску претпоставку да се сматра да је план у тој класи усвојен, јер је претпостављено постојање њиховог интереса за усвајање таквог плана реорганизације. Види: Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења Привредног апелационог суда одржаној 23.10.2012. године – *Судска пракса привредних судова – Билтен* бр. 3/2012.

40 ЗС, чл. 165 ст. 7.

41 ЗС, чл. 165 ст. 14.

на основу којег се врши гласање у погледу унапред припремљеног плана, обезбеђивање гаранција повериоцима који се према плану намирују 100% и као такви не гласају о плану и др.

4. Претпоставке ниског процента отворених стечајних поступака

Постоји неколико претпоставки ниског процента отворених стечајних поступака у Србији. Прва претпоставка је непостојање законске обавезе дужника да у случају инсолвентности поднесе предлог за покретање стечајног поступка, као и непостојања одговорности за кршење такве обавезе (као што постоји у многим европским земљама), због чега дужници покрећу стечајни поступак тек у ситуацији када су финансијске потешкоће такве да није могуће доћи до вансудског споразума са кључним повериоцима или је очекивана стопа намирења стечајних поверилаца толико ниска да они у великом броју случајева немају интерес за спровођење поступка.

Друга претпоставка је непостојање интереса поверилаца да покрећу стечајне поступке. Незаинтересованост поверилаца условљена је већим бројем разлога. Пре свега чињеницом да су трошкови стечајног поступка посебно за микро и мала привредна друштва често веома високи. То се односи како на предујам, тако и на друге трошкове који повериоци имају поводом стечајног поступка. Осим тога, полазећи од просечне дужине трајања стечајног поступка и степена намирења, повериоци сматрају да су трошкови алтернативних видова намирења нижи, па често покушавају да се намуре на друге начине.

Постоје и друге хипотезе спорадичног коришћења стечаја, нпр. и поред спроведене реформе извршног поступка, дужници још увек нису присиљени да се у већој мери стечајем, односно коришћењем забране извршења и намирења, „бране“ од појединачних извршења.⁴²

IV Уместо закључка

Због неопходности бољег и савременијег регулисања стечајног поступка, а у оквиру процеса реформи, у Србији је донет нови Закон о стечају. Карактеристике новог стечајног закона су такве да се може рећи да је наша стечајна регулатива у великој мери у складу са решењима у савременим тржишним привредама. Допуштајући избор између различитих варијанти у оквиру поступка реорганизације, наш стечајни за-

42 Б. Радуловић, „Стечај у Србији – чињенице, заблуде и ненамераване последице“, стр. 132.

кон се сврстао у ред модерних и флексибилних закона. Чинило се да су привредна друштва која се нађу у финансијским тешкоћама добила ефикасан механизам у циљу редефинисања свог дужничког својства. Међутим, пет година од доношења овог закона утврђени су проблеми у његовој примени. То је условило потребу сагледавања и идентификовања кључних претпоставки његове (не)успешне примене. Анализа закона и судске праксе показује да проблем није само у тексту закона (иако постоје бројне примедбе и на текст закона, додуше више процедуралне него суштинске), већ у његовој примени. Адекватно законско регулисање поступка стечаја није довољно да обезбеди успешну примену института реорганизације, већ је потребно створити одговарајући правно-регулаторни и институционални оквир. Поред наведеног, нужна претпоставка успешне примене је и реалност предвиђених планова реорганизације и одрживости пословања дужника након усвајања плана.

Ако посматрамо друштвено-економско и финансијско стање Србије, као типичне земље у транзицији, уочавамо низ разлога због којих би поступак реорганизације био прихватљивија опција од принудне ликвидације друштва и престанка његовог постојања (нпр. проблем великог броја вишка запослених). У складу с тим, очекивало се да ће реорганизација, као институт оживљавања стечајних дужника, у значајној мери заживети. Ипак, пракса је показала да реорганизација није увек могућа, а исто тако није увек ни најбоље решење. У Србији постоје бројна привредна друштва која немају готово никакву пословну перспективу, па их не би требало спашавати по сваку цену, осим ако је то у најбољем интересу већине поверилаца. План реорганизације који је нереалан и економски неостварив значи само пролонгирање банкротства. Таквим планом се фактички само изигравају повериоци, па би у том случају требало узети у разматрање стечај као једину могућу опцију. Притом треба бити опрезан и објективно сагледати све последица које би наступиле у том случају. Одлуку о подношењу плана би пре свега требало заснивати на карактеристикама стечајног дужника. Другим речима, планови реорганизације не би требало да се предлажу у случајевима када је финансијски положај дужника такав да реорганизација више није могућа.

Milena JOVANOVIĆ ZATTILA, PhD
Professor at the Faculty of Law University of Niš

Marija DRAGIĆEVIĆ
PhD Student at the Faculty of Law University of Niš,
Intern-volunteer at the Commercial Court in Niš

PREREQUISITES FOR (UN)SUCCESSFUL APPLICATION OF REORGANIZATION IN THE SERBIAN LEGAL PRACTICE

Summary

In this paper, the authors analyze the key prerequisites whose presence or absence presence has a direct impact on the successful or unsuccessful application of the reorganization institute in the Serbian legal practice. This article is not intended to provide a comprehensive analysis of these legal institutes but to identify and classify the principal ones. The authors' objective is not to provide a final and all-inclusive list of presumptions but to draw attention to those which, in the authors' opinion, have a substantial impact on the efficiency of the reorganization institute. The provided analysis of the Serbian legislation and judicial practice (case law) indicates that there are significant problems not only in the relevant legislation but also in the application of the envisaged legal provisions. Thus, an adequate legislative act regulating bankruptcy procedure is insufficient to ensure a successful application of the reorganization institute. It is, therefore, essential to institute a regulatory and institutional framework. Furthermore, another necessary presumption of a successful application of this institute is the plausibility of the projected reorganization plan and the sustainability of the debtor's business operations after the reorganization plan is adopted.

Key words: reorganization, application prerequisites, sustainability of reorganization plan, institutional framework, forced liquidation.

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ
редовни професор Факултета политичких наука
Универзитета у Београду

КАРТЕЛНИ СПОРАЗУМИ О ПОДЕЛИ ИЗВОРА НАБАВКИ*

Резиме

Уређен систем јавних набавки обезбеђује услове за слободну и недискриминациону конкурентску борбу између понуђача као учесника у тендерском, односно поступку јавне набавке, чиме се остварује рационално и економично коришћење јавних средстава; исти ефекти постигу се, са друге стране, сузбијањем коруптивне активности у поступку.

Радам је испитиван утицај различитих елемената на ниво конкурентности у поступку јавне набавке, односно степен вероватноће нарушавања ефективне конкуренције, уз претпоставку да је број подносилаца понуда у поступку обрнуто сразмеран степену вероватноће постојања рестриктивне праксе. Анализирани фактори у каузалној вези подељени су у две категорије: објективне, који су процесне природе и код којих се критеријуми учешћа јављају као најзначајнији, и субјективне, који су уговорне природе и споразум конкурената је најважнији облик. Полазећи од отворености система као битне карактеристике, у истраживању је посебан значај посвећен питању динамичке равнотеже, односно механизма одржавања и прилагођавања унутар система правила заштите конкуренције.

Закључак је овог рада је да модели „намештања поступка“ и „намештања понуде“ захтевају примену различитих правила и ком-

* Рад је припремљен у оквиру пројекта бр. 47026 Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС.

флексној корџуса њравних мера, у смислу комбиновања оних њревенџивне и казнене њрироде, као и имовинских и лично-џравних санкџија и џодразумева, у циљу деловџворности и рационалности џосџуџања, сџецифичан редослед њихове имџлементџације, а џо консеквенџно значи и различџџе нивое инсџџџуционалноџ џосџуџања.

Кључне речи: комџеџџивности џосџуџка, заједничка џонуда, џодела џржишџџа, џодела извора набавки, карџелни доџовор.

I Правна природа рестриктивних споразума

Рестриктивни споразуми представљају најозбиљнији облик повреде ефективне конкуренције, а највиши степен опасности собом носе картелни договори, који се закључују између пословних субјеката којима је иманентно стање конкурентности, па резултантно томе и однос такмичења; природно стање супротстављености интереса они замењују недопуштеним усаглашавањем тржишног поступања, са циљем да се другим пословним субјектима наметну неповољнији услови пословања и оствари екстрапрофит, чиме се наноси штета конкурентима, потрошачима и друштвеном интересу.¹ Рестриктивни споразуми су забрањени *per se* и за правну последицу имају ништавост, осим у три случаја: законом предвиђеним ситуацијама изузећа, када на захтев учесника споразума надлежни орган донесе одлуку о појединачном изузећу и уколико је реч о споразуму мањег значаја, сходно примени начела *De minimis (non curat lex)*.² Ништавост монополске клаузуле консеквентно не значи и ништавост уговора.³ Комунитарно право⁴ утврђује, а домаће право⁵ усваја пет категорија договарања које се *apriori* квалификују као

1 Домаће право примену правила о заштити конкуренције функционално поставља у два основна сегмента: оптимизације остваривања користи за потрошаче, као основног циља, и у сврху економског напретка и добробити друштва; чл. 1 Закона о заштити конкуренције (*Службени џласник РС*, бр. 51/09 и 95/13).

2 Закон о заштити конкуренције, чл. 10, ст. 3–14.

3 С обзиром да је у пракси број уговора у којима је инкорпорисана рестриктивна клаузула значајан, њихова апсолутна ништавост, имајући у виду да су то по правилу делови који се односе на битне састојке уговора, унела би значајну дозу правне несигурности у правни промет, па се рушљивост јавља као делотворно решење, сходно чл. 105 Закона о облигационим односима РС (*Службени лисџ СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УС и 57/89, *Службени лисџ СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лисџ СЦГ*, бр. 1/03-УП).

4 Члан 101, став 1 Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ), <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index>.

5 Чл. 10, ст. 2 Закона о заштити конкуренције.

рестриктивно споразумевање и односе се на: поделу тржишта или извора набавки, непосредно или посредно утврђивање куповних или продајних цена или других услова трговања; ограничавање или контролу производње, испорука, техничког развоја или улагања; примену различитих услова на исте обавезе са различитим трговинским партнерима, чиме се штети конкуренцији; условљавање закључења уговора додатним обавезама, које по својој природи или трговачким обичајима нису везане за предмет уговора.

Картелни хоризонтални рестриктивни споразуми су засновани на изричитом, а чешће прећутном договору субјеката који дејствују на истом производном, односно проментном пословном нивоу, а за циљ или последицу имају нарушавање, ограничавање или спречавање конкуренције. Пословни ефекти картелног споразума су двоструки: остварује се екстрапрофит и умањује се, односно искључује конкурентски притисак (који налаже континуирану тежњу за смањењем трошкова пословања). Картелни тајни договор у поступку јавне набавке наноси штету буџетским ресурсима (наручиоца и пореских обвезника) и минимизира предности конкурентног тржишта.⁶ Правна последица је ништавост, с тим да ни домаће, нити комунитарно право конкуренције не садрже експлицитну *per se* забрану картелних споразума и категоријално их не издвајају из режима потенцијалног изузимања од забране рестриктивног споразумевања. Могуће је стога претпоставити, и применом *De minimis*,⁷ односно правила резона (*Rule of reason*)⁸ доказати, да картелни договор између конкурената потенцијално може имати позитивне ефекте по друштвену и пословну климу, који каткад оправдавају опстанак у правној стварности упркос њиховој неспорно рестриктивној природи. Ипак, такви случајеви су у упоредно-правној пракси сасвим ретки, а нарочито их је тешко оправдати у ситуацијама картелног договора подносилаца понуда у поступцима јавних набавки, осим евентуално уколико би били екстензивно квалификовани као заједничка понуда.

6 Упутство за откривање „намештених“ понуда у поступку јавне набавке (I део, ст. 2), Комисија за заштиту конкуренције РС, 2011, http://kzk.gov.rs/pravni_okvir/uputstva.

7 *De minimis* правило налаже толеранцију према одређеним понашањима пословних субјеката којима се врши повреда правила о заштити конкуренције, с обзиром на то да је последично нарушавање конкуренцијске равнотеже незнатно; сходно критеријуму учешћа на релевантном тржишту, у домаћем праву важи претпоставка да је повреда ефективно мала уколико не прелази 10% учешћа код хоризонталних, односно 15% учешћа у случају вертикалних рестриктивних споразума.

8 Примена правила резона налаже да се приликом анализе појединачног случаја ради утврђивања да ли је, циљно или последично, дошло до повреде ефективне конкуренције узму у обзир сва дејства и резултати конкретног поступања; коначна одлука о (не)допуштености понашања доноси се на основу квантитативно-квалитативног вредновања и збирне оцене свих ефеката.

Изузимање од санкционисања рестриктивног споразумевања тржишних учесника (*Leniency*) представља институт проистекао из примене правила резона, прагматичности и ефикасности у домену истраживања картелног договарања. Било да су закључени у виду уговора или његових појединих одредаба, да су изричитни или прећутни, у виду усаглашене праксе или одлука удружења тржишних учесника, због различитих форми које могу да поприме, а писана ће пре бити изузетак него правило, док управо супротно важи за присуство центлменских споразума у домену картелног договарања – откривање и доказивање рестриктивног споразумевања се поставља као веома сложен задатак. Давање имунитета или умањење казне за одређеног учесника рестриктивног уговора, у замену за добровољно уступање информација или доказа у вези са односним забрањеним споразумом, који задовољавају унапред дефинисане критеријуме пре или током спровођења истражног поступка, представља данас најважнији начин откривања картелних договора. Учесник споразума који пледира на уживање пуног имунитета од изрицања санкције у виду обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције, а која износи највише 10% од оствареног укупног годишњег прихода у години која претходи учињеној повреди,⁹ може га остварити уколико Комисији за заштиту конкуренције први пријави да је односни споразум закључен, односно уколико достави адекватне доказе.¹⁰ Учеснику споразума који није први пријавио постојање споразума или доставио адекватне доказе, новчана обавеза по основу изречене мере заштите конкуренције може бити умањена.¹¹

II Јавне набавке као вид тендерског поступка

Ефективно спровођење поступка јавне набавке засновано је на следећим битним начелима: правна сигурност – која подразумева правично и законито прописивање услова тендера, и даље поштовање утврђене процедуре спровођења поступка; слободна конкуренција – која се односи на обавезу наручиоца да у поступку омогући учешће што већег броја понуђача, као и њихову обавезу да не ступају у међусобне договоре о усаглашеном наступању у поступку; транспарентност – која подразумева јавност поступка, уз благовремено и потпуно информисање свих учесника о његовим битним елементима; једнакост понуђача – коју

9 Вид. чл. 68, ст. 1 Закона о заштити конкуренције.

10 Вид. чл. 2 Уредбе о условима ослобађања обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 50/10).

11 Уколико достави доказе који Комисији за заштиту конкуренције до тог тренутка нису били доступни, консеквентно чему ће бити могуће окончање поступка.

је наручилац обавезан да обезбеди у свим фазама поступка; ефикасност – која претпоставља обавезу наручиоца да добра, услуге или радове одговарајућег квалитета прибави по што нижој цени и уз минималне трошкове поступка.

Уређен систем јавних набавки обезбеђује услове за слободну и недискриминаторну конкурентску борбу између понуђача као учесника у тендерском поступку. Унутрашња логика овог правног модела почива на претпоставци да се понуде подносе на бази индивидуалног економског интереса и прорачуна – са циљем добијања посла, а не договора са осталим учесницима који имају позицију тржишног конкурента, који неретко укључује и одлуку о добровољном одустајању од трансакционог уговора.¹² Компетитивни тендерски поступак остварује се у два основна вида: као тендер у коме се подносе затворене понуде и у коме су критеријуми учешћа релативно сложени, а цена се јавља као најважнији али не и једини параметар за добијање посла, или као отворени аукцијски поступак надметања, у коме су услови учешћа једноставни, а цена се јавља као једини критеријум за закључење трансакционог уговора. Учешће на тендеру може бити у отвореном, преговарачком или рестриктивном облику поступка. Највиши ниво ефективне конкуренције се остварује у отвореном поступку, у коме се сваки пословни субјект са правним интересом може јавити као понуђач. Два су основна критеријума за добијање посла у поступку јавне набавке: најнижа цена и модел економски најповољнијих збирних услова.¹³ Посматрано са аспекта заштите принципа конкурентности, поступци јавних набавки се класификују у три групе: набавка стандардне робе и услуга, у којој је цена једини параметар; јавни радови велике вредности, када се поступак спроводи у две фазе: у првој, квалификација понуђача условљена је компетентношћу и захтевом минималног финансијског потенцијала, док се у другом сегменту доноси коначна одлука о закључењу уговора, на основу понуда о цени (достављених у затвореним ковертама); специфичне, високоспецијализоване и консултантске услуге, за које се тендерски поступак спроводи на бази критеријума који се примарно односе на компетентност и професионално искуство.¹⁴

Број подносиоца понуда у поступку обрнуто је сразмеран вероватноћи постојања рестриктивне праксе, с обзиром да је картелни договор лакше остварити у ситуацији малог броја учесника тенде-

12 Ariel Ezrachi, *EU Competition Law*, Oxford, UK – Portland, USA, 2010, стр. 111.

13 Christopher Bovis, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham, UK – Northampton, USA, 2007, стр. 75.

14 Конференције Уједињених нација за трговину и развој, *Експертска анализа поли-
тике заштитне конкуренције: Србија*, Њујорк – Женева, 2011, стр. 87.

ра. Истовремено, повољнију индивидуалну понуду са нижом ценом даје учесник са већим тржишним уделом, сходно закономерности-ма економије обима.¹⁵ Сличан ефекат, у сегменту високо дисперзованог дела тржишта, могуће је постићи повезивањем учесника са мањим вредностима удела у поступку јавне набавке, путем давања заједничке понуде¹⁶ или подношењем понуде са подизвођачем.¹⁷ У домаћем пословно-правном амбијенту латентну опасност за очување ефективне конкурентности представља модел централизованих јавних набавки који, упркос неспорном доприносу системској рационализацији, нужно води умањењу броја понуђача, односно порасту концентрисаности на страни понуде, што консеквентно повећава вероватноћу картелних договора међу понуђачима, међу којима се, с обзиром на захтевне тендерске критеријуме учешћа, јављају првенствено они који располажу значајним тржишним уделом. Други негативан ефекат система централизованих јавних набавки се односи на нарушавање принципа равноправности понуђача у поступку.

Услед утврђеног обима набавке, мањим привредним субјектима је значајно отежано самостално учешће у поступку; модалитет коме се прибегава јесте повезивање ради подношења заједничке понуде, што консеквентно отвара друго поље потенцијалне повреде начела ефективне конкурентности у тендерским поступцима, јер порастом концентрисаности на страни понуде учесницима на тржишту бива омогућен већи степен координације понашања, а самим тим и лакше постизање рестриктивних договора. У том смислу је рационално увођење обавезне претходне провере постојања објективних тржишних услова који допуштају подношење самосталне понуде, у ком случају би сценарио давања заједничке понуде био искључен. Да би се наведена опасност предупредила, односно минимизирала, рационално решење је обавезна примена, када је то објективно могуће, модела обликовања јавних набавки по партијама (који отвара врата учешћу већег броја мањих тржишних учесника у тендерском поступку). Са друге стране, наручилац је

15 Nicola Dimitri, Gustavo Piga, Giancarlo Spagnolo, *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press Cambridge, UK, 2006, стр. 8.

16 Заједничку понуду подноси група понуђача, с тим да сваки од њих испуњава обавезне услове учешћа у тендерском поступку, а додатне услове испуњавају заједно; понуђачи који подnose заједничку понуду имају према наручиоцу неограничену солидрну одговорност; вид. чл. 81, ст. 1, 2 и 7 Закона о јавним набавкама (*Службени гласник РС*, бр. 124/12).

17 Понуда са подизвођачем подразумева да понуђач може део предмета, односно укупне вредности јавне набавке, не већи од 50% – поверити подизвођачу (који има правну форму предузетника или малог правног лица), с тим да понуђач сноси пуну одговорност према наручиоцу у погледу извршења уговорних обавеза; вид. чл. 80, ст. 1 и 8 Закона о јавним набавкама.

обавезан да Комисији за заштиту конкуренције пријавији закључење споразума са подизвођачем у случају да је реч о лицу чији идентитет иницијално није био наведен о понуди, а које се јавило у улози понуђача, дакле конкурента, у поступку јавне набавке.¹⁸ Ово решење је оправдано стога што се у пословној пракси рестриктивни споразуми у поступцима јавних набавки често појављују у форми подизвођачких уговора, којима се извршење појединих делова уговора поверава понуђачима који су претходно били конкуренти у поступку надметања (и за стварну сврху има само расподелу неосновано остварене добити), а заправо су сви заједно учесници у рестриктивном споразуму, што правну ситуацију нужно квалификује као *fraus legis*. Стога се је потребно пронаћи осетљиву равнотежну линију између афирмације заједничког наступања понуђача (мање економске снаге) у тендерском поступку и заштите од повреде конкуренције у виду споразума понуђача о заједничком наступању.¹⁹

Правне мере за умањење ризика нарушавања ефективне конкуренције обухватају:²⁰ подстицање учешћа већег броја понуђача у поступку, ограничење комуникације између понуђача, коришћење најбоље праксе за спецификацију услова тендера, прописивање јасних критеријума учешћа и рангирања понуда, добро познавање тржишних услова који су од утицаја за креирање правила поступка (ситуације високе концентрисаности тржишта или постојања баријера за улазак захтевају виши степен опреза приликом утврђивања тендерских критеријума и процесних правила). Договор понуђача, превара, принуда, коруптивно деловање и опструкција представљају правне основе за одбијање понуде или поништавање поступка јавне набавке.²¹ Постоје два основна модела рестриктивног понашања која резултирају повредом конкуренције у поступку јавне набавке: споразум наручиоца посла и даваоца понуде и договор понуђача о заједничком наступању у поступку.

18 Чл. 80, ст. 12, 13 и 14 Закона о јавним набавкама.

19 Посебан значај за заштиту принципа конкурентности при томе има сегмент планирања тендерског поступка, уз обавезно претходно спровођење истраживање тржишта од стране надлежног органа (Управа за јавне набавке), са циљем креирања и спровођења јавне набавке која ће поред захтева који се тичу транспарентности и интегритета набавке, предупредити могућности настанка забрањених споразума између понуђача.

20 OECD, *The Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2009, <http://oecd.org/competition/fightingbidrigginginpublicprocurement>.

21 UNCITRAL Model Law on Public Procurement, 2011, [http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure development](http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure%20development).

III Рестриктивни споразум наручиоца и понуђача

Наручилац је обавезан да предузме све разумне правне и фактичке радње како би у спровођењу поступка јавне набавке био досегнут објективно могућ највиши степен конкуренције. Наручилац сноси одговорност да тендерске услове за учешће, и критеријуме за вредновање пријава на тендеру пропише на начин који омогућава, најпре, учешће већег броја међусобно независних понуђача, а затим и њихову равноправну стартну позицију и третман у поступку јавне набавке.

Недозвољено је поступање наручиоца које за циљ или последицу има онемогућавање било ког понуђача да узме учешће у поступку јавне набавке, пре свега несавесним прописивањем и коришћењем дискриминаторских услова тендера, као и злоупотребом својих овлашћења у преговарачком поступку.²² Случајеви договореног и недозвољеног стиписисања тендерских критеријума, као мерила која се користе за вредновање, упоређивање и, најзад, оцењивање понуда – који воде ограничењу, односно елиминисању конкуренције на страни понуђача, а у којима се као главни актер јавља наручилац – санкционишу се у домену коруптивног деловања. Најчешћи инструменти који се употребљавају у ситуацији „намештања тендера“ односе се на имплементирање техничке спецификације фаворизованог понуђача у тендерске критеријуме, затим прописивање обавезних референци понуђача које нису у логичкој вези са предметом набавке, као и навођење критеријума квалитета који се вреднује субјективно и дискреционо.

С обзиром на недовољну законску прецизност у погледу обавезе наручиоца да пропише тендерске критеријуме који одговарају његовим пословним потребама, али истовремено омогућавају и ефективну конкурентност на страни понуђача, са једне стране, и објективне тешкоће доказивања у случају злоупотребе овог овлашћења (било у смислу неоправдане употребе или дискриминаторног коришћења услова), са друге стране, а полазећи од огромног значаја који за заштиту начела слободне конкуренције има овај сегмент поступка – потребно је принципе за установљавања тендерских критеријума нормативно заокружити. Било би целисходно, у домену превентивног деловања, регулаторно установити немогућност прописивања услова које објективно не испуњава више потенцијалних понуђача на односном релевантном (географском) тржишту; такође, недопуштено је прописивање услова који имплицирају поступање трећег лица, а чије испуњење представља његово дискреционо право (ово нарочито ако би то лице могло да се јави у улози даваоца понуде у поступку). Са друге стране, у ситуацији када се у неколико

22 Чл. 10 Закона о јавним набавкама.

тендерских поступака које спроводи исти наручилац у одређеном временском периоду трансакциони уговор закључује са истим понуђачем, требало би предвидети обавезу пријаве и институционално реаговање (у домаћем праву: Управе за јавне набавке) у смислу ванредне контроле спроведених поступака јавне набавке.

Као што је прописима о јавним набавкама по правилу (и у домаћем праву) прецизно утврђен појам прихватљиве понуде: која испуњава услов благовремености, коју наручилац није одбио због битних недостатака, која је одговарајућа, која не ограничава нити условљава права наручиоца или обавезе понуђача и која не превазилази износ процењене вредности јавне набавке – од велике је важности аналогно утврдити и оквире у којима треба да буде учињен позив за давање понуда од стране наручиоца, преваходно у смислу стипулисања критеријума, како би била омогућена равноправна стартна позиција свих кандидата у тендерском поступку. Посебно је значајна прецизност легислативног решења у погледу забране вођења преговора о било ком ценовном аспекту након отварања понуда; разговори са понуђачима могу бити вођени искључиво у циљу појашњења или допуне садржаја понуда, и то под условом да то за последицу нема дискриминацију, односно повреду принципа конкурентности – посматрано са становишта спровођења тендерског поступка у целини.

У домену превентивних мера се као најзначајнија јавља претходна контрола критеријума за учешће, а онда и прихват понуде, односно за закључење уговора са изабраним понуђачем, с обзиром да они консеквентно директно утичу на присуство и ефективност конкуренције у односном поступку; услови треба да буду прецизно дефинисани и свеобухватни, без дискриминаторног ефекта. Примарну улогу откривања ситуације „намештеног“ тендера имају подносиоци понуда који прописане критеријуме могу да оцене као нерационалне, односно неуобичајене с обзиром на стварну сврху и предмет јавне набавке, познајући специфичности односног тржишта, и поднесу захтев за заштиту права. Могућа је, такође, ситуација да понуђач као учесник договора достави информације о његовом постојању и тако себи обезбеди изузимање од изрицања санкција; знатно је мање вероватна могућност да такву врсту пријаве поднесе наручилац посла. У поступку јавне набавке наручилац је обавезан да одбије понуду и поднесе пријаву о односном случају надлежним органима у ситуацијама које садрже елементе коруптивног деловања, прања новца, криминалног организовања и преваре.²³

23 UNCITRAL Model Law on Public Procurement, 2011, [http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure development](http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure%20development).

IV Рестриктивни споразум понуђача

Природно стање међусобног конкурентног надметања даваоци понуда у тендерском поступку у случају „намештања понуда“ замењују тајним договором који ће, штитећи њихове појединачне интересе, истовремено резултирати вишом ценом односног посла, ограниченом и контролисаном понудом која значи неповољније услове набавке за купца и одвраћањем других понуђача од учешћа у поступку услед претпоставке о постојању односног савеза. С обзиром на велику вредност посла и високу заступљеност модела јавних набавки у савременом пословном амбијенту, тржишни учесници се договарају о заједничком наступу као одговору на позив за учешће на тендеру,²⁴ најчешће у форми усаглашеног понашања, са циљем остваривања више трансакционе цене, односно других пословних бенефита (на пример, смањења оперативних трошкова). Најзаступљенији облици рестриктивних договора понуђача у тендерском поступку у европској пословној пракси су договор о ценама (или елементима за цене), подела тржишта (договор о подели набавки или договор о купцима, односно добављачима), договор о исплати накнаде за предају неконкурентне понуде, договор о подношењу неконкурентних понуда и договор о подношењу нереално високе понуде. Најчешће се споразум остварује у форми договорне, хоризонтално или вертикално остварене, праксе поступања, која осим објективно једнообразног понашања садржи и субјективни елемент вољног усмеравања тржишног понашања, без постојања формалног уговора као оквира сагласности воља.²⁵

Различите су стратегије којима учесници тендера приступају договарајући се међусобно, у циљу постизања што бољег финансијског резултата и нарушавајући тиме слободну конкуренцију, које се неретко примењују комбиновано, а као најважније јављају се: симулирано такмичење, уздржавање од такмичења, тендерска ротација и подела тржишта. Компензациони сегмент у моделу „намештених понуда“ остварује се најчешће у форми исплате дела остварене добити од стране изабраног понуђача осталим учесницима договора, затим кроз „компензациона плаћања“ каја подразумевају давање накнада понуђачима који су дали понуде веће вредности (покривајуће понуде), као и закључењем фиктивних уговора о консултантским услугама. У домаћем праву конкуренције, пракса Комисије за заштиту конкуренције на примарном нивоу заштите, па сходно ни судска пракса, још увек не располажу случајем правоснажно утврђене повреде по основу картелног

24 Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, UK-New York, USA, 2012, стр. 536.

25 Р. Вукадиновић, *Увод у индустријације и право ЕУ*, Крагујевац, 2011, стр. 404.

споразумевања у области јавних набавки; 2013. године отпочет је први поступак у тој категорији повреде конкуренције.²⁶ Јачање конкурентности остварује се преваходно кроз стандардизацију процедуре, односно документације и подизање нивоа транспарентности поступка. Истовремено, поступак јавне набавке треба прилагодити специфичностима сваког појединачног случаја и предмета јавне набавке.

Најважнији објективни показатељи високог степена вероватноће постојања „намештене понуде“²⁷ су: учешће малог броја понуђача, висока концентрисаност односног тржишта, предвидљив ток тражње јавног сектора који подразумева спровођење поступка јавне набавке, поновљени тендерски поступак, хомогеност на страни понуђача која олакшава договор о ценама и низак ниво супститута за предмет понуде.²⁸ Посебно значајан индикатор се односи на наступ пословних удружења, која чине учесници на одређеном релевантном и географском тржишту, а повезује их заједнички комерцијални интерес, сходно чему се „под кишобраном“ удруживања закључују и имплементирају тајни рестриктивни споразуми о усаглашеном наступању.²⁹

26 У случају из праксе Велике Британије *Kier Group PLC and others v Office of Fair Trading*, 1114/1/1/00, CAT 3 (2011) дат је одговор на питање да ли рестриктиван споразум у домену достављања фиктивних ценовних понуда у поступку јавне набавке представља (значајну) повреду конкуренције. Утврђено је на примарном нивоу поступања од стране *Office of Fair Trading* да је више од 100 грађевинских компанија било укључено у договор о нарушавању принципа конкурентности у поступцима јавних набавки, већина путем достављања лажних понуда, и сходно квалификацији рестриктивног споразумевања су изречене санкције. У жалби Апелационом суду, тржишни учесници су изнели становиште да лажне понуде немају значајне последице по нарушавање конкуренције на начин на који је то утврђено првостепеном одлуком. Апелациони суд је најпре утврдио да достављање лажних понуда на јавном надметању има за циљ нарушавање конкуренције, с обзиром да не постоји легитимни разлог да учесник на тржишту који не жели да учествује у поступку јавног надметања у њему поднесе пријаву. Међутим, суд је даље оценио, узимајући у обзир последице достављања лажних понуда, да овај вид рестриктивног поступања представља нижи степен опасности у односу на картелни ценовни договор конкурената у поступку, којим се опредељује цена коју ће наручилац платити; у случају достављања лажних понуда, напротив, циљ је утврђивање цене коју наручилац није спреман да плати. Сходно томе, суд је значајно умањио вредност новчаних казни које су у поступку пред *Office of Fair Trading* изречене. На крају, целисходно је приметити да је по својој природи рестриктиван, а то даље значи забрањен и ништав, не само споразум који за последицу има повреду конкуренције, већ и онај коме је то циљ, без обзира на стварно произведене ефекте у погледу спречавања, ограничавања или нарушавања конкуренције.

27 Упутство за откривање „намештених“ понуда у поступку јавне набавке.

28 OECD – *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*.

29 Упутство о примени правила о заштити конкуренције на удружења учесника на тржишту, Комисија за заштиту конкуренције РС, 2011, <http://kzk.gov.rs/pravniokvir/uputstva>.

Централни сегмент у систему заштите ефективне конкурентности од „наместених понуда“ заузимају превентивне мере.³⁰ Примарну улогу контроле има наручилац посла: у случају сумње у постојање недозвољеног договорања у тендерском поступку он подноси пријаву, и предмет даље бива процесуиран на примарном нивоу заштите конкуренције (од стране Комисије за заштиту конкуренције), док се секундарна заштита остварује у судском поступку. У случају када се утврди постојање повреде конкуренције, Комисија одређује меру заштите конкуренције и, опционо, меру отклањања повреде конкуренције.³¹ Мера заштите конкуренције односи се на плаћање новчане казне за учињену радњу повреде конкуренције, чија се висина утврђује зависно од намере, тежине, наступелих последица и трајања повреде конкуренције. У случају да је повреда настала као резултат удруженог деловања учесника на тржишту, одговорност за плаћање управне мере је солидарна. Информацију о постојању споразума може поднети и један од учесника, са циљем остваривања имунитета од санкција за рестриктивно споразумевање.

V Уместо закључка

Картелни споразум у тендерском поступку јавне набавке са облигационо-правног аспекта има неколико битних одлика и сегмената укрштених правних дејстава: прво, реч је о преварном послу, што даље значи да је једна страна изазвала заблуду код друге стране, или је у њој одржавала са намером да је наведе на закључење уговора, у ком случају друга страна може захтевати поништај уговора и накнаду претрпљене штете;³² друго, битан елемент је колузионо, усаглашено понашање;³³

30 Значајан законски инструмент за ограничавање, односно спречавање ситуација „наместених понуда“ јесте изјава понуђача, као обавезан део тендерске документације, да је понуда поднета независно, без било ког вида договора са другим понуђачима или заинтересованим лицима; посебан значај за минимизацију степена „наместених понуда“ у домаћој пословно-правној пракси имају активности наручиоца у погледу одбијања понуде дате од стране конзорцијума која садржи елементе картелизације тржишта, као и спречавања договорања у току преговора са ужом листом кандидата; вид.: *Експертска анализа њолијике заштитне конкуренције: Србија*, стр. 88.

31 Мере понашања имају за циљ отклањање утврђене повреде конкуренције, односно спречавање могућности настанка исте или сличне повреде, давањем налога за предузимање одређеног понашања или забране одређеног понашања; ако се утврди значајна опасност од понављања исте или сличне повреде као непосредне последице саме структуре учесника на тржишту, Комисија може да одреди структурну меру која би имала за циљ промену у тој структури ради отклањања потенцијалне опасности.

32 Члан 65, ст. 1 и 2 Закона о облигационим односима.

33 Сагласност воља и у овом послу је остварена када су се стране сагласиле о битним састојцима уговора, сходно чл. 26 Закона о облигационим односима.

треће, у питању је облик рестриктивног (монополског) понашања, а у заснивању облигационих односа стране не могу установљавати права и обавезе којима се ствара или искоришћава монополски положај на тржишту.³⁴ Једно од најважнијих питања успешног привредног и тржишног развоја јесте ефективно и ефикасно спровођења поступака јавних набавки, у којима се заштита делотворне конкуренције јавља као тежишна тачка. Рестриктивно споразумевање представља најтежи облик повреде конкуренције, а договори закључени у поступку јавне набавке, посматрано са становишта јавног интереса, с обзиром да је непосредно реч о јавним средствима – представљају најозбиљнији облик картелних споразума. Решења позитивног права о нарушавању конкуренције у тендерском поступку још увек су на путу ка заокруженом и функционалном систему, и још увек ближа страни чулности него умности, тако да је правац даљег проучавања овог питања, од огромне друштвене важности и научне оправданости, усмерен ка упливу веће количине умности која чини да (и) позитивно право (конкуренције) постане праведније, постојаније и општије.³⁵

Полазећи од надпринципа владавине права у области ефективног спровођења тендерског поступка, а имајући у виду интересно тројство које је предмет заштите у систему јавних набавки: државна, односно буџетска средства, са једне, равноправност тржишних учесника, са друге, и интерес потрошача, са треће стране – препорука овог рада у домену легислативног усаглашавања и унапређења решења односи се на: обавезу претходне пријаве прописаних тендерских услова од стране наручиоца органу надлежном за спровођење поступка јавних набавки; обавезу праћења реализације уговора одређених категорија (као што су инфраструктурни послови) или уговора велике вредности, од стране органа надлежног за спровођење поступка јавних набавки;³⁶ решење о обавезном давању изјаве о независној понуди, које је непотпуно јер не уређује случај лажне изјаве и у том смислу га је потребно допунити у правцу установљавања прекршајне одговорности понуђача, односно одговорног лица које даје изјаву;³⁷ неусаглашеност прописа о јавним набавкама и заштити конкуренције у погледу права учешћа правно независних субјеката који, међутим, представљају повезане учеснике на тржишту у смислу постојања одлучујуће контроле једног у односу на вођење полова другог учесника, па упркос иницијалном непостојању сметње да се учесници појаве у поступку јавне набавке – евидентна је немогућност

34 Члан 14 Закона о облигационим односима.

35 Слободан Перовић, *Природно право и суд*, Београд, 1996, стр. 94.

36 Наведене две активности претпостављају проширење стварно-правне надлежности Управе за јавне набавке РС (чл. 136, ст. 1 Закона о јавним набавкама).

37 Чл. 26 Закона о јавним набавкама.

давања истините објективно утемељене изјаве о независној понуди од стране учесника над којим постоји контролни утицај другог повезаног субјекта; концепт којим се непосредно фаворизује домаћи понуђач у односу на страног пословног субјекта, у случају примене критеријума економски најповољније понуде (уколико разлика понуда у коначном збиру пондера није већа од десет), који је несагласан уставној одредби о националном третману страних лица која су учесници на домаћем тржишту.³⁸

Јер, право нужно инклинира правичности, да јој се приближи и никада је не досегне (*ius respicit aequitatem*).

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

CARTEL AGREEMENT ON DIVISION OF SOURCES OF PROCUREMENT

Summary

Regulated public procurement system provides conditions for a free and non-discriminatory competitive fight between bidders, as participants in the tender procedure, thus achieving rational and efficient use of public funds. This paper has examined the influence of various elements on the level of competition in the public procurement procedure that is the probability of violation of effective competition, starting with the assumption that the number of bid submitters in the procedure is negatively correlated with the probability of the existence of restrictive practices. The analyzed factors in the causal relation are divided into two categories: objective, which are procedural and in which the participation criteria emerges as the most important criteria, and subjective which are of contractual nature and in which contractual agreement between competitors emerges as the most important form. Starting from the openness of the system as its essential characteristics, a special focus in the research was given to the issue of dynamic equilibrium that is to the mechanisms of maintenance and adjustments within the system of proper protection of competition.

The conclusion of this paper indicates that the models of “tender rigging” and “bid rigging” require the application of different rules and complex corpus

38 Чл. 84, ст. 4 Устава РС (Службени гласник РС, бр. 37/06), у вези са чл. 86, ст. 1 Закона о јавним набавкама.

of legal measures, in terms of combining preventive and punitive measures, as well as property and personal-legal sanctions and it includes, in terms of effectiveness and rationality of treatment, a specific sequence of their implementation, and this consequently means different levels of institutional treatment.

Key words: *competitiveness of the procedure, joint bid, division of markets, the division of sources of procurement, cartel agreement.*

Др Синиша ДОМАЗЕТ, научни сарадник
доцент на Универзитету Едуконс у Сремској Каменици
спољни сарадник Института економских наука у Београду

ОДРЕЂИВАЊЕ РЕЛЕВАНТНОГ ГЕОГРАФСКОГ ТРЖИШТА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ*

Резиме

У складу са одредбама члана 102 Уговора о функционисању Европске уније, забрањена је злоупотреба доминантног положаја на унутрашњем тржишту. Да би се могла најправилније адекватна процена понашања предузећа, мора се дефинисати релевантно тржиште. Релевантно тржиште има две димензије: производну и географску. У овом раду акценат је стављен на одређивање релевантног географског тржишта. Извршена је анализа позитивно-равних пројеката Уније, као и одговарајуће праксе Европске комисије и Суда правде. Утврђено је да је приликом одређивања релевантног географског тржишта коришћено више различитих критеријума: критеријум довољно хомогене области, активно-сти предузећа, провинске баријере, трансбордни прошкови, навике потрошача, спољна конкуренција, баријере за улазак на тржиште, цене, и слично. Аутор се, при том, руководио са два метода: позитивно равним методом за анализу позитивних правила у вези са одређивањем географског тржишта, као и равно-логички метод индукције и дедукције.

Кључне речи: право, Европска унија, конкуренција, доминантан положај, релевантно географско тржиште.

* Овај рад је део истраживачког пројекта под шифром 47009 (Европске интеграције и друштвено-економске промене привреде Србије на путу ка ЕУ), финансираног од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

I Увод

У складу са одредбама члана 102 Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту: УФЕУ), било која злоупотреба доминантног положаја од стране једног или више предузећа на унутрашњем тржишту или на његовом битном делу ће бити забрањена као инкомпатибилна са унутрашњим тржиштем, уколико може утицати на трговину међу државама чланицама. Дакле, да би се могло говорити о злоупотреби доминантног положаја, потребно је да се кумулативно испуни неколико критеријума: а) потребно је да једно или више предузећа поседује доминантан положај; б) доминантан положај мора постојати на унутрашњем тржишту или његовом битном делу; в) потребно је да постоји злоупотреба доминантног положаја; г) неопходно је да злоупотреба доминантног положаја утиче на трговину међу државама чланицама.

Из наведеног се види да није кажњива чињеница да се једно или више предузећа налази у доминантном положају. За примену члана 102 УФЕУ потребно је да се доминантан положај злоупотреби. Такав став је сасвим на месту, јер би санкционисање свих предузећа која поседују доминантан положај изразито негативно деловало на целокупну привредну активност. Другим речима, чињеница да неко предузеће поседује доминантан положај може представљати резултат добре пословне политике, иновативног прегнућа, способног менаџмента и слично. Битно је да оно тај свој положај не искористи против конкурената на тржишту. Стога, потребно је претходно утврдити релевантно тржиште, затим да ли дато предузеће поседује доминантан положај, и најзад, да ли је оно тај положај и злоупотребило.

Разуме се, да би се могла направити адекватна процена понашања предузећа, мора се дефинисати релевантно тржиште. То важно питање препознале су институције ЕУ, пре свега Европска комисија (у даљем тексту: Комисија) и Суд правде, о чему посебно сведочи случај *Continental Can*, где је Суд правде заузео став да је одређивање релевантног тржишта неопходно пре него што би се установило кршење тадашњег члана 82 Уговора о ЕЕС.¹ Одређивање релевантног тржишта показало се важним и код концентрација предузећа, о чему сведочи Уредба број 139/2004 о контроли спајања.² У њој се наводи да су предмет забране само оне концентрације којима се ствара или ојачава доминантан положај, а чији је резултат значајно ометање ефективне конкуренције на заједничком тржишту или на његовом знатном делу.³

1 *Continental Can Co Inc*, [1972] OJ L7/25, [1972] CMLR D11.

2 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 24, 29.1.2004, стр. 1–22.

3 *Ibidem*, чл. 2.

Из овога следи да су компатибилне са унутрашњим тржиштем фузије које не ометају значајно значајно ефективну конкуренцију. Као и код злоупотребе доминантног положаја, тако и овде логички след мора бити претходно дефинисање релевантног тржишта, затим утврђивање постојања доминантног положаја, и на крају, њене злоупотребе.

Релевантно тржиште има две димензије: 1) производну и 2) географску. Наиме, могуће је да предузећа производе идентичне производе, али да послују на географски различитим тржиштима. Колико ће оно бити, зависиће од околности сваког случаја понаособ. То некад може бити нека ужа област, а некад ће то представљати тржиште једне државе чланице, па чак и тржиште Уније као целине. Кључна улога у примени правила конкуренције, и наравно одређивању граница релевантног тржишта припада Комисији, која је често била критикована да је приликом дефинисања релевантног производног и географског тржишта занемаривала економске аргументе, као и да је релевантно тржиште одређивала превише уско. Уско одређивање релевантног тржишта довело би до својеврсног преувеличавања положаја предузећа на тржишту и тако повећало вероватноћу да оно поседује доминантан положај.⁴ Проблем представља и чињеница да су дефиниције тржишта често арбитрарне и не одређују да ли предузеће има тржишну моћ, већ пажњу стављају на факторе релевантне за процену тржишне моћи.⁵

Имајући у виду оштре критике на начин одређивања релевантног тржишта, Комисија је издала *Обавештење о утврђивању релевантног тржишта за употребу права конкуренције Заједнице* (у даљем тексту: *Обавештење*).⁶ У овом раду ће нагласак бити стављен на одређивање релевантног географског тржишта, при чему ће бити анализирана и одговарајућа пракса институција Уније.

II Одређивање релевантног географског тржишта према Обавештењу Комисије

У складу са одредбама Обавештења, релевантно географско тржиште обухвата подручје на којем су дата предузећа укључена у понуду и потражњу производа или услуга, на коме су услови конкуренције довољно уједначени и које се може разликовати од суседних подручја, јер су услови конкуренције знатно различити у тим подручјима.⁷

4 A. Jones, B. Sufirin, *EC Competition Law*, 2004, стр. 299.

5 Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, London, 2004, стр. 95.

6 *The Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law*, [1997] OJ C372/5, [1998] 4 CMLR 177.

7 Обавештење, тач. 8.

Даље, приступ Комисије утврђивању географског тржишта подразумева да ће Комисија прво заузети прелиминарни став о опсегу тржишта у географском смислу на основу општих показатеља о расподели тржишног удела међу странкама и њиховим конкурентима, као и прелиминарне анализе ценовне политике и ценовних разлика на националном нивоу и на нивоу Заједнице или европског привредног простора. Тај се почетни став у основи користи као радна хипотеза, како би се испитивање Комисије усмерило на налажење прецизног утврђења тржишта у географском смислу. Осим тога, треба истражити и разлоге који стоје иза сваке одређене структуре цена и тржишних удела. Предузећа могу имати високе тржишне уделе на својим домаћим тржиштима само захваљујући добром положају на тржишту у прошлости и обрнуто, уједначено присуство предузећа широм европском привредног простора може бити у складу са националним или регионалним тржиштима у географском погледу. Почетна радна хипотеза провериће се анализом индикатора потражње (важност националних или локалних склоности, постојеће куповне навике потрошача, диференцијације производа/марки, осталих чинилаца), како би се утврдило стварају ли предузећа заиста у различитим подручјима стваран алтернативан извор понуде за потрошаче. Теоријски експеримент и у овом се случају заснива на замени која произлази из промене релативних цена, па опет ваља одговорити на питање да ли би клијенти странака своје поруцбине у кратком року и уз незнатан трошак преусмерили на предузећа смештена негде друго.⁸

Уколико је неопходно, даља провера ће бити учињена у циљу осигурања да се компаније лоциране у различитим областима неће суочити са сметњама у ширењу њихове продаје под конкуритивним условима на целом географском тржишту. Оваква анализа обухватиће испитивање захтева за локално присуство у циљу продаје у тој области, услова приступа дистрибутивним каналима, трошкова за изградњу властите дистрибутивне мреже, присуства регулаторних препрека које проистичу из јавних набавки, регулације цена, квота и тарифа које ограничавају трговину или производњу, техничких стандарда, монопола, слободе настањивања, захтева за издавање службених дозвола, прописа о амбалажи и слично. Укратко, Комисија ће утврдити могуће сметње и препреке које издвајају предузећа смештена у неком подручју од конкурентског притиска предузећа смештених ван тог подручја, како би се утврдио тачан степен међусобног тржишног прожимања на националном, европском или глобалном нивоу.⁹

8 *Ibidem*, тач. 28–29.

9 *Ibidem*, тач. 30.

Стварна структура и одвијање трговинских токова нуди корисне допунске индикаторе о привредном значењу сваког горе поменутог учесника понуде и потражње, као и размере у којима могу представљати стварне препреке којима се стварају различита тржишта у географском смислу. Анализа трговинских токова углавном ће се бавити питањем превозних трошкова и размера у којем они могу ометати трговину међу различитим подручјима, уз вођење рачуна о локацији погона, трошковима производње и релативним нивоима цена.¹⁰

У Обавештењу се прецизирају и типови доказа које Комисија сматра релевантним у погледу закључка у вези са географским тржиштем. Прво, обратиће се пажња на досадашње доказе о преусмеравању поруцбина у друга подручја. У одређеним случајевима на располагању могу бити подаци о променама цена у различитим подручјима и последичним реакцијама купаца. Уопштено, исти квантитативни тестови коришћени за утврђивање тржишта у производном смислу могу се користити при утврђивању тржишта у географском смислу, имајући на уму да би међународно упоређивање цена могло бити сложеније због одређеног броја чинилаца попут курсних кретања, опорезивања и диференцијације производа. Друго, узмеће се у обзир основне карактеристике потражње – фактори као што су националне склоности (склоност ка националним робним маркама) или језик, култура и стил живота, као и потреба за локалном присутношћу могу бити значајан показатељ приликом дефинисања географског тржишта. Треће, Комисија ће узети у обзир мишљења конкурената и купаца. Комисија ће, уколико је то примерено, у својим испитивањима контактирати главне купце и конкуренте странака како би прикупила њихове ставове о границама тржишта у географском смислу, као и највећи део чињеничних доказа потребних за доношење закључка о опсегу тржишта, ако их у довољној мери поткрепљују чињенични докази. Четврто, узмеће се у обзир и тренутан географски распоред куповина. Испитивање тренутног географског распореда куповина купаца пружа корисне податке о могућем опсегу тржишта у географском смислу. Када купци под сличним условима купују од предузећа смештених било где у Заједници или европском привредном простору, или врше набавку путем тендерских процедура у којима предузећа с било којег простора Зједнице или европског привредног простора подносе понуде, тржиштем у географском смислу обично ће се сматрати цело подручје Заједнице. Пето, Комисија ће као важан доказ за утврђивање географског тржишта сматрати и трговинске токове и структуру испорука. Када је број купаца тако велики да преко њих није могуће стећи јасну слику о географском распореду куповина,

¹⁰ *Ibidem*, тач. 31.

алтернативно се могу корисити подаци о трговинским токовима, под условом да трговински статистички подаци садрже довољно појединости о одређеним производима. Трговински токови и, најпре, логика трговинских токова пружају користан увид и податке за утврђивање опсега тржишта у географском смислу, али сами по себи нису одлучујући. Шесто, за одређивање географског тржишта узмеће се у обзир и препреке и трошкови пребацивања повезани са преусмеравањем поруцбина на предузећа смештена у другим подручјима. Непостојање прекограничних куповина или трговинских токова, примера ради, не мора нужно значити да је тржиште претежно национално. Ипак, препреке које изолују национално тржиште морају се утврдити пре доношења закључка како је у таквом случају меродавно тржиште у географском смислу националног карактера. Можда је за купца најизразитија препрека при преусмеравању његових поруцбина на друга подручја последица превозних трошкова и превозних ограничења која произлазе из законодавства или природе одређених производа (логично, неки производи траже специјалне услове превоза, па је самим тим и транспортни трошак висок у односу на цену производа). Утицај трошкова превоза обично ограничава опсег тржишта у географском смислу за гломазне производе мале вредности, имајући на уму да се неповољни аспект превозних трошкова може компензовати компаративном предношћу других тршковних ставки (трошкова рада или сировина). Приступ дистрибуцији у датом подручју, регулаторне препреке које још увек постоје у неким секторима, квоте и царинске тарифе такође могу створити препреке које изолују неко географско подручје од конкурентског притиска предузећа смештених ван тог подручја. Значајни трошкови повезани са пребацивањем на набавку од предузећа смештених у другим земљама чине додатне изворе таквих препрека.

Ипак, треба имати на уму да неповољан ефекат транспортних трошкова може бити отклоњен мањим обимом других трошкова (сировине, радна снага и слично). Поред ових баријера Комисија наводи и друге, као што су приступ дистрибуцији у датој области, регулаторне баријере које још увек постоје у неким секторима, квоте и друге препреке које изолују географску област од компетитивног притиска компанија лоцираних ван те области. Додатан терет свему овоме су и већ поменути (високи) трошкови преласка, учињени у циљу прибављања робе од других произвођача.¹¹

Разуме се, на основу прикупљених доказа Комисија ће утврдити тржиште у географском смислу у могућем распону од локалне до глобалне димензије. То не значи да ће у сваком појединачном случају бити

11 *Ibidem*, тач. 44–50.

неопходно прикупити податке и оценити сваки од наведених чинилаца. Штавише, у пракси ће често подаци добијени од подскупова тих чинилаца бити сасвим довољни за доношење закључка.¹²

У пракси је коришћено више индикатора у процени релевантног географског тржишта. Тако, у случају *United Brands*, Суд правде је заузео став да прилике за конкуренцију у складу са тада важећим чланом 86 (сада чланом 102 УФЕУ) морају бити размотрене, позивајући се на јасно дефинисано географско тржиште у којем је предузеће присутно на тржишту, и где су услови конкуренције довољно хомогени да би се могли процењивати ефекти економске моћи учесника на тржишту. Суд је истакао и да услови за примену тадашњег члана 82 Уговора о ЕЗ на предузећа у доминантном положају претпостављају јасно разграничење значајног дела заједничког тржишта. То је, према ставу Суда, област где објективни услови конкуренције који се примењују на производ у питању морају бити исти за све трговце. При том, Суд је разјаснио да Заједница није установила заједничку организацију пољопривредног тржишта банана. Као резултат тога, аранжмани који су се односили на увоз значајно су се разликовали од државе чланице до државе чланице. Дакле, ефекат националних организација три тржишта, које укључује тржишта Француске, Италије и Велике Британије, је такав да банане компаније *United Brands* не конкуришу под истим условима као друге банане продате у државама. Суд је подржао наводе Комисије и такође искључио три поменута тржишта из географског тржишта. С друге стране, осталих шест држава у предметном случају су била тржишта која су била потпуно слободна, иако су се одредбе о царинама и транспортним трошковима разликовале. По мишљењу Суда, услови конкуренције су били једнаки за све. Стога је Суд заузео став да шест тржишта заједно представљају област довољно униформну да се могу разматрати као целина, односно као географско тржиште.¹³

У случају *Deutsche Bahn*, проблем су представљале разлике у тарифама које су се примењивале на путовања западним пругама и на путовања северним пругама. Тадашњи Суд прве инстанце је заузео став да дефиниција географског тржишта не захтева да објективни услови конкуренције између трговаца буду перфектно хомогени. Довољно је да су они слични или довољно хомогени, тако да само оне области у којима су објективни услови конкуренције хетерогени неће бити сматране да конституишу униформно тржиште. Отуда је Суд прве инстанце заузео став да интензивнија конкуренција на путовањима западним пругама у

12 *Ibidem*, тач. 51–52.

13 Case 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission*, [1978] ECR 207.

односу на путовања северним пругама не значи да су објективни услови конкуренције на путовањима западним пругама били хетерогени. Међутим, могуће је да дође до ограничења понашања предузећа која већ послују на тржишту и путем конкуренције споља, али овог пута са тржишта на којима не владају исти услови конкуренције. Дакле, једино у ситуацији када су објективни услови конкуренције довољно хомогени, географске целине у којима владају такви услови конкуренције биће третиране као део једног географског тржишта.¹⁴

Најзад, приликом утврђивања географског тржишта, Комисија ће такође узети у обзир континуирани процес тржишне интеграције, нарочито у Унији, а посебно када је реч о концентрацијама и заједничким подухватима. Мере које су донете и спроведене према програму унутрашњег тржишта у циљу уклањања трговинских баријера и даље интеграције тржишта Уније не могу се занемарити када се оцењују ефекти концентрација или структурног заједничког подухвата на конкуренцију.¹⁵

Овакав приступ институција Заједнице био је видљив у случају *Pirelli/BICC*¹⁶ који се односио на фузију између два италијанска предузећа која су производила електричне каблове. Управо услед либерализације тржишта електричне енергије, географско тржиште имало је ширу димензију – није обухватало само тржиште Италије, управо услед компетитивних ограничења која су услед либерализације могла да проистекну из других држава чланица.

У пракси је за дефинисање релевантног географског тржишта као фактор коришћена и активност предузећа. Из тога следи да уколико би се утврдило да се активност датих предузећа одвија искључиво на националном тржишту, то би представљало добру полазну основу да се закључи да се релевантно географско тржиште поклапа са националним тржиштем. Разуме се, могуће је да се као релевантно географско тржиште означи и тржиште Уније као целине, уколико се активност предузећа одвија широм Уније.

Тако, у познатом случају *Hoffmann-la Roche*,¹⁷ као релевантно географско тржиште означено је тржиште Уније као целине, с обзиром да је географски опсег злоупотребљавајућег понашања датог предузећа био окарактерисан као општа стратегија на нивоу Уније, јер су витамини продати од стране предузећа били продавани широм Уније.¹⁸

14 Case T-229/94, *Deutsche Bahn AG v. Commission*, [1997] ECR II-1689.

15 Обавештење, тач. 32.

16 Case M.1882 *Pirelli/BICC*, 19.7.2000.

17 Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, [1979] ECR 00461.

18 Doris Hilderbrand, *The Role of Economic Analyses in the EC Competition Rules*, The Netherlands, 2002, стр. 301.

Типичан пример процене географског тржишта са акцентом на активност предузећа представљао је и случај *British Telecommunications case*, где је као релевантно географско тржиште одређено тржиште Уједињеног Краљевства, с обзиром да је поменуто предузеће имало монопол у погледу вршења телекомуникационих услуга у тој држави.¹⁹ Слично је било у случају *AKZO*, где је географско тржиште одређено на основу чињенице да су Велика Британија и Ирска једине државе чланице које су дозвољавале употребу бензол-пероксида, који се користио (и) као средство за избељивање брашна.²⁰

Један од најкомплекснијих случајева који је показао сву тежину одређивања географског тржишта представља случај *Michelin I*,²¹ где је Комисија територију Холандије сматрала релевантним географским тржиштем у погледу нових замењивих (резервних) гума за тешка возила. Став Комисије подржао је и тадашњи Суд прве инстанце. Међутим, оваквом ставу институција Уније упућене су критике, које су се базирале на чињеници да је Комисија границе тржишта ограничила на регион(е) у којима је дошло до повреде правила конкуренције. То значи да уколико би *Michelin* извршио повреду конкурентских норми на подручју неке друге државе чланице, географско тржиште би обухватило границе те државе. Из наведеног се може закључити да Комисија није довољно пажње посветила испитивању могућег компетитивног притиска од стране компанија из осталих држава чланица, то јест да ли су потрошачи могли у датом случају прибавити без већих тешкоћа резервне гуме у некој другој држави чланици, ван Холандије. Уколико би потрошачи били у стању да прибаве резервне гуме из алтернативних извора, филијала компаније *Michelin* у Холандији не би могла убирати монополски профит.

Дакле, чини се да се у појединим ситуацијама, као што су рестриктивна понашања, Комисија базира на тржиште где је дошло до повреде правила конкуренције и где долази до ометања ефективне конкуренције, док у случајевима фузија или заједничких улагања географско тржиште обухвата много шири простор, простор где су компаније укључене у потражњу или испоруку односног производа или услуге.²²

У појединим ситуацијама Комисија је имала резерву у вези са уже одређеним географским тржиштем. Тако је у случају *Alsatec v.*

19 Case No IV/29.877 *British Telecommunications*, [1982] OJ L360/36.

20 Case *Akzo Nobel chemicals Ltd v. Commission* (Cases T-125/03 and T-253/03 R), [2004] 4 CMLR 744.

21 *Michelin*, [1981] OJ L353/33, [1982] 1 CMLR 643; *AKZO*, OJ L375, 1985.

22 Вид. *Уредба Савейта о контроли спајања*, бр. 139/2004, члан 9(7). У погледу рестриктивних понашања, види одлуку у случају *United Brands*, тач. 44.

Novasam,²³ Суд правде стао против става да део Француске као државе чланице представља релевантно географско тржиште за телефонске инсталације. Напротив, Суд правде је сматрао да читава територија Француске представља релевантно географско тржиште, с обзиром да су лиценце за постављање инсталација дате од стране регионалних власти важиле за целу територију Француске, а не само за поједине њене регионе. Такође, одбијени су наводи Комисије у погледу изнајмљивања телекомуникационе опреме, јер су потрошачи могли прибавити неопходну опрему од других испоручилаца. Као што се може видети, овде се пошло од шире дефиниције релевантног географског тржишта, док је у случају *BPB*²⁴ заузет другачији став и као географско тржиште дефинисано тржиште Велике Британије и Ирске, упркос утврђеној могућности увоза робе из других држава чланица. Дакле, овде је чињеница постојања компетитивног притиска била од другоразредног значаја и Комисија се определила за концепт уже одређеног географског тржишта. Слично је било и у случају *Coca Cola/Amalgamated Beverages*,²⁵ који је решен недуго након случаја *Alsattel v. Novasam*, где је Комисија стала на становиште да кока-кола на тржишту Велике Британије чини релевантно географско тржиште.

У случају новијег датума, *Michelin II*,²⁶ Комисија се није сложила са наводима дате компаније да тржиште нових замењивих гума није више национално, већ интернационално (дакле, шире), имајући у виду чињеницу да је структура конкуренције (према мишљењу *Michelin*-а) на тржишту замењивих гума светског карактера, с обзиром на то да главни учесници конкуришу на светском нивоу. Аргументи на којима је Комисија засновала супротан став базирали су се на чињеници да су постојале значајне разлике у тржишним уделитема великих произвођача од државе до државе, укључујући и значајне разлике у ценама. Ово је био доказ да услови конкуренције у датим државама нису били довољно хомогени, па стога географско тржиште не може обухватати ширу област. Овакав закључак додатно је поткрепљен и чињеницом да су велики произвођачи организовали своју дистрибуцију и продају дуж националних граница. Дакле, Комисија је пошла од свог става израженог у Обавештењу у погледу услова довољне хомогености конкурентских услова на тржишту и питања да ли су дилери могли прибављати робу ван својих националних граница. Имајући у виду да конкурентски услови нису задовољили „тест“ довољне хомогености, као и чињеницу

23 Case 247/86, [1988] ECR 5987, [1990] 4 CMLR 434.

24 *BPB Industries*, [1989] OJ L10/50, [1990] 4 CMLR 464.

25 *Coca Cola/Amalgamated Beverages*, M 794, OJ 1997, L218/15, [1997] CEC 2226, [2000] ECR II-1733.

26 *Michelin*, [2001] OJ L143/1, [2002] 5 CMLR 388.

да превозници нису могли куповати резервне гуме, с обзиром на структуру превоза робе у Француској састављену углавном од малих компанија које нису биле у стању да савладају лингвистичке препреке у трговинској размени унутар Уније, Комисија је заузела став да географско тржиште треба одредити уже и везати га за територију Француске. Такође, Комисија је сматрала да тржиште за „обнову“ површине аутомобилских гума представља услугу, а не робу, имајући истовремено у виду да су постојале разлике у структури потражње широм Уније, тако да је тржиште Француске третирано као засебно географско тржиште. Доказ за овакав став је и начин „обнове“ површина аутомобилских гума који је у Француској, за разлику од других држава чланица, вршен у специјално изграђеним постројењима, при чему је сам поступак „обнове“ захтевао контакт са превозницима („*mould-cure*“).

У појединим случајевима као основ за процену релевантног географског тржишта послужили су и трошкови транспорта. Тада географско тржиште може бити одређено и уже, уколико је реч о високим транспортним трошковима, пошто они могу ограничити могућност утицаја конкурената из других држава чланица или других региона. Као што је познато, поједине врсте робе захтевају посебан вид транспорта (на пример, лако кварљива роба), што доводи до високих трошкова превоза. То може онемогућити потенцијалне конкуренте да се појаве на одређеном тржишту, што ће довести до ужег дефинисања географског тржишта. Такође, уже географско тржиште може бити последица склоности потрошача, то јест њиховој наклоњености одређеној роби (на пример, склоност ка куповини робе домаће производње или потрошачки патриотизам). Тако, у случају *Napier Brown-British Sugar*, Комисија је утврдила да приликом процене да ли компанија из Уједињеног Краљевства поседује доминантан положај у погледу производње и продаје шећера, као релевантно географско тржиште треба узети тржиште Уједињеног Краљевства, и то на основу чињенице да су постојали врло ограничени увози који се не би могли сматрати алтернативом британском шећеру.²⁷ Ово је био класичан пример ужег одређивања географског тржишта као резултат високих транспортних трошкова или потрошачких навика.²⁸

Даље, приликом дефинисања релевантног географског тржишта важна је и процена склоности потрошача ка локалним производима. Такве склоности проистичу из културолошких разлика, разлика у стилу живота или језичких разлика.²⁹ Тако, показало се да уже одређено гео-

27 Case No IV/30.178, *Napier Brown/British Sugar*, [1980] OJ L284/41.

28 Paul Craig, Grainne De Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2003, стр. 1000.

29 Robert O'Donoghue, Jorge Atilano Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Portland, 2006, стр. 94.

графско тржиште може обухватати неколико држава чланица или само једну од њих или, пак, део неке државе чланице. На пример, у случају *Nestlé/Perrier*,³⁰ у складу са тада важећом Уредбом о фузијама, Комисија је географско тржиште ограничила на територију једне државе чланице, Француске, управо услед израженог „патриотизма“ француских потрошача који су упорно наставили да купују локалне производе, у овом случају минералну воду. То је један од доказа да све чвршће повезивање привреда држава чланица не мора довести и до ширења географског тржишта.

У пракси су за дефинисање релевантног географског тржишта коришћене и баријере за улазак на тржиште. Разлог за то лежи у чињеници да постојање баријера за улазак на национално тржиште знатно отежава или онемогућава спољним конкурентима да нађу начин за улазак на то тржиште, па се као резултат тога географско тржиште ограничава на национално тржиште.

Овакав став је потврђен у случају *Volvo/Scania*,³¹ где је географско тржиште ограничено на територију Шведске, имајући у виду чињеницу да се техничка регулатива за камионе разликује између држава чланица ЕУ. То је довело до тога да купац који управља камионом из Шведске није могао купити камион из друге државе чланице, уколико технички прописи нису били компатибилни са шведским. Чак ни директива ЕУ која је имала за циљ хармонизацију прописа у овој области није довела до интеграције тржишта земаља чланица. Ово је још један доказ да горе наведену тврдњу (по којој уклањање међусобних трговинских баријера и хармонизација прописа доводи од ширег дефинисања географског тржишта услед веће конкуренције споља) треба схватити условно.

Уже одређивање географског тржишта јавило се и у сектору транспорта. Тако је било у случају *British Midland v. Aer Lingus*,³² где је Комисија као засебно географско тржиште сматрала ваздушну руту између Даблина и Хитроуа, док је у случају *London European-Sabena*³³ као засебно тржиште узела ваздушну руту између Брисела и Лутона. Слично је било и у случају *Sealink/BI Holyhead: Interim Measures*,³⁴ у коме је трајектна рута између *Holyhead* и *Dun Laoghaire* сматрана засебним географским тржиштем. Сем тога, Комисија је дефинисала „северни“, „јужни“ и „централни“ коридор руте између Велике Британије и Ирске, а у оквиру „централног“ коридора разликовала је *Liverpool* и *Holyhead*

30 Case No IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, [1992] OJ L356/1.

31 Case No COMP/M.1672, *Volvo/Scania*, [2000] OJ EPO 143/74.

32 *British Midland/Aer Lingus* [1992] OJ L96/34, [1993] 4 CMLR 596.

33 *London European-Sabena* [1988] OJ L317/47, [1989] 4 CMLR 662.

34 *Sealink/B&I Holyhead: Interim Measures*, [1992] 5 CMLR 255.

руте и тако дошла до закључка да потенцијална конкуренција из Ливерпула не ограничава тржишну моћ компаније *Sealink* на рути *Holyhead*.

У случају *Virgin/BA*³⁵ Комисија је дефинисала релевантно географско тржиште услуга агенција за услуге у ваздушном саобраћају као тржиште Велике Британије. Тадашњи Суд прве инстанце је подржао овакав став Комисије, наводећи да је сама компанија *BA* признала да је највећи део резервација авио-карата извршен у земљи пребивалишта, односно у Великој Британији, односно да број таквих трансакција извршених ван Велике Британије не може бити квантификован. Сем тога, овакав став подржавају и правила *IATA* којима се спречава да се карте, продате ван територије Велике Британије, користе за летове који полазе из те земље.³⁶ Даље, с обзиром да се дистрибуција авионских карата одвија на националном нивоу, следи да ваздушни превозници прибављају услуге за дистрибуцију ових карата на националној основи, што показују уговори које је *BA* потписала са путничким агентима у Великој Британији.³⁷ Овај став поткрепљен је и чињеницом да су спорни финансијски подстицаји примењивани само на продаје авионских карата *BA* у Великој Британији, чак и ако су ови подстицаји били део уговора закључених са путничким агентима чије активности се простиру на више од једне државе чланице.³⁸ Овакав став Комисије да уже дефинише релевантно географско тржиште базирало се још и на чињеници да је *BA* користила шеме награда путничким агентима у Великој Британији на униформан начин на читавој територији ове земље, као и чињеници да је *BA* потписала такозване глобалне уговоре са свега три путничка агента за сезону 1992/1993, а који су само додати локалним уговорима склопљеним у Великој Британији. Управо из тог разлога је Комисија одбацила наводе *BA* да агенти који су склопили глобалне „аранжмане“ са *BA* све више послују на интернационалном нивоу.³⁹ Отуда су Комисија и Суд прве инстанце заузели став да географско тржиште треба ограничити само на територију Велике Британије, а не на шире подручје.

III Закључак

Дакле, на основу свега горе реченог, може се закључити да географско тржиште може бити локално, регионално, национално (када обухвата територију једне државе чланице), веће од националног (уко-

35 *Virgin/BA/BA*, [2000] OJ L30/1, [2004] 4 CMLR 1008.

36 Вид. Одлука Суда прве инстанце, тач. 110.

37 *Ibidem*, тач. 111.

38 *Ibidem*, тач. 114.

39 *Ibidem*, тач. 115.

лико обухвата територију неколицине чланица, али не и целу Унију), као и светско.

Институције Уније су у својој пракси користиле различите критеријуме за одређивање релевантног географског тржишта, као што су критеријум довољно хомогене области, активности предузећа, трговинске баријере, транспортни трошкови, навике потрошача, спољна конкуренција, баријере за улазак на тржиште, цене, и слично.

На пример, у случају *Michelin I*, географско тржиште је ограничено на оне области у којима је дошло до повреде, а у случају *Alsatel v. Novasat* релевантно географско тржиште дефинисано је с обзиром на лиценце за постављање телекомуникационих инсталација, које су важиле за целу територију Француске, а не само за поједине њене регионе.

У циљу јаснијег одређења географског тржишта могуће је, дакле, послужити се „помоћним“ средствима, као што су испитивања да ли је супституција технички изводљива са аспекта испоручилаца са других тржишта, неопходним трошковима и времену за то, да ли имају резервне или слободне производне капацитете и уопште вољу да се одреде за производњу супститута. Уколико су произвођачи везани дугорочним уговорима или оптерећени тешкоћама у прибављању неопходних *input*-а или осигурању дистрибуције, то ће бити ограничавајући фактор за отпочињање производње супституционог производа. Најзад, уз све ово треба поново истаћи навике потрошача на датом тржишту (на пример, у случају *Nestlé/Perrier* француски купци су тврдоглаво куповали минералну воду домаће производње). Дакле, битно је да су услови конкуренције на дефинисаном географском тржишту хомогени, ма колико оно било. На тај начин из посматрања су искључена она тржишта где се услови конкуренције битно разликују. Наравно, не тражи се идентичност услова конкуренције у потпуности, већ да су услови „довољно“ хомогени.

Што се тиче повезаности увоза са одређивањем релевантног географског тржишта, може се на први поглед закључити да висока стопа увоза неког производа значи и шире дефинисано тржиште. То заиста може бити случај, али не и нужно, јер у многим ситуацијама висок увоз неће значити да је тржиште интернационално. На пример, увоз робе може потицати од интернационалних пословних операција домаћих привредних субјеката, што свакако неће представљати ограничење за домаће компаније. Затим, континенти и квоте, односно квантитативна ограничења која лимитирају количину увоза на дату територију могу значити да произвођачи лоцирани изван датог (националног) тржишта неће бити у стању да обезбеде ограничење понашања домаћих снабдевача.

Ипак, не мора увек постојати корелација између малог степена увоза и националног карактера географског тржишта. Могућност увоза може бити значајан фактор супституције у случају раста цена. На пример, уколико не постоје баријере за улазак на тржиште, у случају пораста цена може доћи до увоза из других држава чланица, што ће довести до проширења обима географског тржишта. То је потврђено у случају *Mercedes-Benz/Kassbohrer*,⁴⁰ где је Комисија у погледу фузије два произвођача аутобуса у Немачкој заузела став да, без обзира на чињеницу постојања малог увоза, нису постојале баријере за увоз из других држава чланица у случају пораста цена у Немачкој.

Све у свему, приликом дефинисања релевантног географског тржишта постоје значајне сличности са поступком одређивања тржишта производа, а у сектору транспорта они се чак и преклапају. Какви год принципи буду примењивани, приликом одређивања релевантног географског тржишта мораће се поступити са посебном пажњом, уколико се жели исправно применити члан 102 УФЕУ. Најзад, поставља се и питање да ли ће до сада примењивани критеријуми за одређивање релевантног географског тржишта бити актуелни и у блиској будућности, с обзиром на убрзани развој информационих технологија. То посебно важи за удаљена тржишта, па се може закључити да ће дугорочно доћи до могућег проширења области где је конкуренција хомогена.

Siniša DOMAZET, PhD

Assistant Professor at Educons University, Sremska Kamenica

Associate Member at Institute of Economic Sciences

DETERMINATION OF RELEVANT GEOGRAPHIC MARKET IN EU COMPETITION LAW

Summary

In accordance with the provisions of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the abuse of a dominant position in the internal market is prohibited. In order to make a proper evaluation of the behavior of enterprises, the relevant market must be defined. Relevant market has two dimensions: the production and geographic. In this paper, the emphasis is placed on determining the relevant geographic market. The analysis of positive

40 *Mercedes-Benz/Kassbohrer Case IV/M477 OJ [1995] CMLR 573.*

legal regulations of the Union, as well as the proper practice of the European Commission and the Court of Justice is performed. It was found that in determining the relevant geographic market several different criteria were used: sufficiently homogeneous area, the undertakings' activities, barriers to trade, transportation costs, consumer preferences, outside competition, barriers to entry, prices. The author has, in doing so, led by two methods: positive legal method to analyze the positive rules concerning determination of geographic market, as well as legal and logical method of induction and deduction.

Key words: *law, European Union, competition, dominant position, relevant geographic market.*

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

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

АНЕКС УГОВОРА О РАДУ – ИЗМЕНА УГОВОРЕНИХ УСЛОВА РАДА

Резиме

Послодавац може зайосленом да њонуди измену уговорених услова рада, односно анекс уговора о раду ради њремешњаја на друји одговарајући њосао, ради њремешњаја у друио месџо рада код истџої њослодавца, ради њуџућивања на рад на одговарајући њосао код друиої њослодавца, ако је зайосленом који је вишак обезбедио мере зайџшљавања и у друиим случајевима њуџврђеним џишџим акџиом и ујовором о раду. У случају одбијања зайосленџ да закључи џиакве измене ујоворних услова њослодавац може да џиџкаже ујовор о раду зайосленом.

У раду се њодробније размџирају услови и разлџзи измене ујоворених услова рада, џиравданџсти измене ујоворених услова рада, њроцедуру измене ујоворених услова рада и њравне њоследице анекса ујовора о раду са аџекџиџа зайосленџ и са аџекџиџа њослодавца.

*У закључним размџирањима ауџиор њџврђује да је несџорно њраво њослодавца да услед измењених услова рада њонуди анекс ујовора о раду зайосленом, као израз њрава својине која има свој реалиџиџи у ујовору о раду. Такође, ауџиор истџиџе и њодвлачи несџорно њраво зайослених да се измена ујоворених услова рада мора засниваџи на разлџзима и њроцедури у складу са законом, а њџџом, и џишџим акџиима и ујовором о раду, сходно неџџуђивџсти њудских њрава на раду, начелу њрава на рад и слџбоди рада, а све у циљу *in favor laborem*.*

Кључне речи: *измена ујоворених услова рада, анекс ујовора, закључење анекса ујовора, одбијање закључења, џиџказ.*

I Увод

Послодавац може запосленом да понуди измену уговорених услова рада (у даљем тексту: анекс уговора): (1) ради премештаја на други одговарајући посао, због потреба процеса и организације рада; (2) ради премештаја у друго место рада код истог послодавца; (3) ради упућивања на рад на одговарајући посао код другог послодавца; (4) ако је запосленом који је вишак обезбедио мере запошљавања; (5) ради промене елемената за утврђивање основне зараде, радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и других примања запосленог који су садржани у уговору о раду у складу са чланом 33 став 1 тачка 11) Закона о раду.¹ Послодавац може запосленом да понуди анекс уговора о раду и у другим случајевима утврђеним општим актом и уговором о раду.² Измена уговорених услова може се односити на две правне околности: прва је премештај на други одговарајући посао (код истог или другог послодавца, са модалитетом у исто или друго место рада), а друга је измена уговорних услова у погледу одређивања зараде.

Одбијање запосленог да закључи анекс уговора о раду у остављеном року сматра се, сходно Закону о раду, оправданим отказним разлогом због кога послодавац може да откаже уговор о раду запосленом (чл. 179 ст. 5 тач. 2). Запослени задржава право да у судском поступку оспорава законитост анекса уговора о раду, односно понуђених измењених услова рада и ако потпише анекс уговора и ако одбије понуду анекса уговора.

Измена уговорених услова рада, понуда, разлози, процедура и друге околности релевантне за закључење анекса уговора о раду, утврђене су законом и морају се одвијати у складу са законом, а потом општим актом и уговором о раду. Уколико послодавац са својством правног лица запосленом понуди закључивање анекса уговора супротно одредбама закона казниће се новчаном казном за прекршај.

II Разлози измене уговорених услова рада

1. Премештај на други одговарајући посао

Послодавац може запосленом да понуди анекс уговора ради премештаја *на други одговарајући посао*, због потреба процеса и организације рада. Одговарајућим послом сматра се посао за чије се обављање захтева

1 Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 75/14; у даљем тексту: ЗР), чл. 171 ст. 1.

2 ЗР, чл. 171 тач. 6.

иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду.³ Приликом достављања понуде анекса уговора о раду, послодавац је *дужан да зайосленом детаљније и ближе образложи* које су промене у процесу и организацији рада разлог за понуду анекса уговора о раду услед потреба процеса и организације рада (нпр. повећани обим посла на пословима на којима се запослени премешта и истовремено смањује обим посла на пословима на којима запослени ради, рационалније коришћење радних капацитета запосленог, промена правилника о организацији и систематизацији радних места, и др.), а у циљу спречавања злоупотребе дискреционог права послодавца да запосленом понуди измену уговорних услова рада по овом основу.⁴ Дакле, да би послодавац доставио понуду запосленом за измену уговорних услова није довољно само да се послодавац у разлозима за понуду анекса уговора позове на „потребе процеса и организације рада“. Како би се омогућило несметано одвијање процеса рада, односно да би се избегло одуговлачење са добијањем пристанка запосленог у погледу премештаја законодавац је предвидео изузетак од правила да се за премештај на друге одговарајућа послове мора понудити анекс уговора о раду запосленом. У том смислу, ако је потребно да се одређени посао изврши без одлагања, запослени може бити привремено премештен на друге одговарајуће послове на основу решења, без понуде анекса уговора о раду најдуже 45 радних дана у периоду од 12 месеци (чл. 172а). У случају наведеног премештаја запослени задржава основну зараду утврђену за посао са кога се премешта ако је то повољније за запосленог (чл. 172а ст. 2). Може се закључити да изузетак од обавезе да закључи анекс уговора са запосленим представљају две околности: *хийносии йослова* – послови који се морају обавити без одлагања, и *шрајање исийих* – не дуже од 45 радних дана у току 12 месеци.⁵

3 ЗР, чл. 171 ст. 2.

4 Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-975/2006-07 од 6.9.2006. године.

5 Поступак анексирања се такође не спроводи, односно нема понуде анекса и обавештења ако се анекс закључује на иницијативу запосленог (чл. 172а ст. 3), без обзира да ли су у питању разлози предвиђени у члану 171 – разлози због којих послодавац може понудити анекс уговора (нпр. промена радног времена са пуног на непуно радно време или обратно), али ако је захтев на иницијативу запосленог, а не послодавца). Новина је да се уговор о раду не анексира и када се врши измена личних података о запосленом (нпр. презимена запосленог) и података о послодавцу и других података којима се не мењају услови рада може да се констатује анексом уговора, на основу одговарајуће документације (ЗР, чл. 172а, ст. 4). Без поступка анексирања врши се и замена уговора о раду са свим анексима пречишћеним текстом уговора о раду, који потписују послодавац и запослени (чл. 172а ст. 5).

2. Премештај у друго место рада код истог послодавца

Запослени може да буде премештен у друго место рада: (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 км и ако је организован редован превоз који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада и обезбеђена накнада трошкова превоза у висини цене превозне карте у јавном саобраћају (чл. 173). Запослени може да буде премештен у друго место рада ван наведених случајева само уз свој пристанак (чл. 173 ст. 2). Из наведене законске формулације проистиче да запослени може да буде премештен у друго место рада код истог послодавца уз свој пристанак, или без свог пристанка.⁶ Премда, у основи института премештаја запосленог је да запослени може да буде премештен на рад у друго место рада само уз пристанак. Такав став је у циљу заштите запослених од самовоље послодавца и поштовања принципа *favor laboratoris*.⁷ Међутим, апсолутна заштита запослених у овом случају, дакле инсистирање на добијању сагласности запослених у свим случајевима, могло би поједине послодавце да доведе у положај да не могу да обављају делатност, односно да не могу да остваре одвијање одређених послова.⁸ Зато је Закон *ујврдио изузетке* када *запослени може да буде премештен* на рад у *друго место рада без његове сагласности*: (а) први изузетак је случај ако је делатност послодавца такве природе да се рад обавља у местима ван седишта послодавца, односно његовог организационог дела; (б) други изузетак је случај ако је удаљеност од места у коме запослени ради до места у које се премешта на рад мања од 50 км и ако је организован редован превоз који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада и обезбеђена накнада трошкова превоза у висини цене превозне карте у јавном саобраћају. Запослени који се премешта у друго место рада ван наведених случајева (под (а) и (б)), може да буде премештен само уз свој пристанак.

6 Под термином „друго место рада“, у смислу премештаја запосленог, подразумева се рад у дислоцираном делу послодавца, као што је: испостава, филијала, представништво, канцеларија и друга издвојена организациона јединица послодавца.

7 Пресудом Апелационог суда у Новом Саду бр. Гж. 1725/12, од 25.6.2012. год., утврђена је незаконитост Анекса уговора о раду. Наиме, утврђено је да су послови радног места на које је тужилац премештен одговарајући послови врсти и степену стручне спреме тужиоца, те да тужилац на пословима на које је премештен има већи коефицијент за обрачун плате, међутим ове чињенице немају значај на који жалба указује, јер је утврђено да тужилац у односу на остале елементе за обрачун плате прима мању плату у односу на послове са којих је премештен.

8 О. Милисављевић, Ж. Албанезе, *Коментар Закона о раду*, „Пословни биро“ д.о.о., Београд, 2013, стр. 244.

У првом наведеном изузетку, због *специфичне природе делатности послодавца*, као што су грађевинарство, телекомуникације, електродистрибуција, саобраћај, обављање монтажних радова, и друге врсте послова који се обављају ван седишта послодавца или његове организационе јединице, запослени може да буде премештен у друго место рада код истог послодавца *без свој прилике*. Да би се омогућило неометано одвијање делатности послодавца премештај запосленог у друго место рада врши се без пристанка запосленог (запослених). Премештајем запослени наставља да обавља послове свог радног места али у другом месту рада. Мора се нагласити да у овом случају, управо због „*шакве природе делатности послодавца*“, за премештај запосленог послодавац није условљен даљином до новог места нити обезбеђеним превозом до новог места рада. Акцент је на неометаном обављању одређених послова услед *особене природе делатности* послодавца.

У другом наведеном изузетку, *не ради се о специфичним делатностима послодавца*, нити о делатности такве природе да се често обављају ван седишта послодавца или његове организационе јединице, дакле овај изузетак се примењује на све послодавце. Зато се Законом о раду, у овом случају, изричито захтева од послодавца да може преместити запосленог у друго место рада код истог послодавца без пристанка запосленог, само ако послодавац претходно обезбеди: (а) да *удаљеност* од места у коме запослени ради до места у које се премешта на рад није даље од 50 км; (б) да је *организован редован превоз* који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада, и (в) *накнаду трошкова превоза* у висини цене превозне карте у јавном саобраћају. Законитост анекса у случају премештаја у друго место рада *зависи од удаљености и услова одвијања саобраћаја* до места рада. Уколико послодавац не обезбеди законом прописане услове, запослени није дужан да се премести на новопонуђено место рада, ни у случају да послодавац донесе решење о премештају.⁹

Премештај запосленог из једног у друго место рада код истог послодавца може се спровести једино изменом уговора о раду. У анексу уговора о раду послодавац уноси све нове елементе у односу на основни уговор о раду који се мењају због премештаја запосленог на рад у друго место. С обзиром да запослени наставља да ради свој посао код истог послодавца, али само у другом месту рада, анексом уговора мења се одредба која утврђује „место рада“ запосленог, и мењају се све друге

9 Удаљеност се мери од места у коме запослени ради до места у које се запослени премешта и она мора да буде мања од 50 км (највећа раздаљина је од 50 км). Уз овај услов, захтева се и да је запосленом обезбеђен редован превоз, то значи превоз који му омогућава да уредно стигне на рад – у прописано радно време и редовност превоза по завршетку радног времена.

одредбе, на пример, о радном времену – почетку и крају радног времена, одморима, заради и другим обавезним елементима уговора о раду према закону, уколико се разликују од почетног уговора о раду.

Уколико запослени одбије да са послодавцем закључи анекса уговора о раду (уговор о раду под измењеним околностима), послодавац може запосленом да откаже уговор о раду. У том случају послодавац није обавезан да запосленог писаним путем посебно упозори на постојање разлога за отказ уговора о раду, нити је дужан да размотри мишљење синдиката чији је запослени члан. Такође, у овом случају, послодавац није у обавези да запосленом исплати отпремнину.¹⁰

3. Упућивање на рад код другог послодавца

Запослени може да буде привремено упућен на рад код другог послодавца на одговарајући посао у следећим случајевима: (1) ако је привремено престала потреба за радом запосленог; (2) ако је дат у закуп пословни простор; или (3) ако је закључен уговор о пословној сарадњи. Упућивање запосленог у наведеним случајевима може се обавити *без сагласности запосленог*. Ово упућивање запосленог траје док траје разлог за његово упућивање, а најдуже годину дана (чл. 174 ст. 1). Дакле, „трансфер“ запосленог на рад код другог послодавца је „привремен“ а не трајан.¹¹

Први разлог за привремено упућивање запосленог на рад код другог послодавца јесте привремени престанак потребе за радом запосленог код матичног послодавца. Послодавац из одређених разлога не може запосленом да обезбеди одговарајући посао у једном временском периоду, односно у периоду од годину дана. Ти разлози могу да буду: привремена обустава производње, недостатак сировина, хаварије, кварови, необезбеђени законски услови заштите на раду, виша сила и др. *Такав запослени није „технолошки вишак“ код свој послодавца* (подвукао аутор). Реч је само о привременој немогућности да обавља посао на матичном радном месту. Када се догоди таква ситуација, послодавац има неколико могућности *да привремено реши ситуацију запосленог*

10 Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, бр: 011-00-1236/2006-02 од 14.12.2006. године.

11 Послодавац код кога је упућен запослени може отказати уговор о раду запосленом у случајевима у којима се може отказати уговор о раду запосленом, нпр: ако запослени учини повреду радне обавезе (својом кривицом учини поведу радне обавезе утврђене општим актом или уговором о раду, ако не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца, ако учини кривично дело на раду или у вези са радом, ако злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад).

који за одређени период времена не може да ради на свом радном месту. Послодавац може: (а) да запосленог пошаље на годишњи одмор; (б) да запосленог пошаље на тзв. „принудно плаћено одсуство“ уз накнаду зараде најмање у висини 60 посто просечне зараде у претходних 12 месеци,¹² а најдуже 45 радних дана у календарској години (чл. 116); (в) да одмах, или када искористи све претходне могућности, пошаље запосленог на рад код другог послодавца.

Други разлој за привремено упућивање запосленог на рад код другог послодавца јесте случај када матични послодавац запосленог даје у закуп свој пословни простор (закуподавац) другом послодавцу (закупопримац). Други послодавац или закупопримац се обавезује да преузме на одређено време све или део запослених који су радили у том пословном простору код првог послодавца (закуподавца).

Трећи разлој за привремено упућивање запосленог на рад код другог послодавца јесте случај када је између два послодавца закључен уговор о пословној сарадњи. Овим уговором о пословној сарадњи може се предвидети преузимање једног броја запослених од стране другог послодавца ради реализације одређеног уговореног посла.

Запослени може да буде привремено упућен на рад код другог послодавца и у другим случајевима који су утврђени општим актом послодавца или уговором о раду и дуже од годину дана, али у том случају, само уз сагласност запосленог (чл. 174 ст. 2).

Запослени се привремено упућује на рад код другог послодавца најчешће у истом месту где је и радио, међутим, може се догодити да се запослени привремено упућује код другог послодавца у друго место рада. У том случају, запослени се може упутити на рад код другог послодавца у друго место рада, без сагласности запосленог, ако су испуњени законом прописани услови у погледу удаљености, организованости превоза и накнаде трошкова, у смислу чл. 173 ст. 1 тач. 2,¹³ о чему је било речи у оквиру претходног поднаслови 2. Уколико наведени услови нису обезбеђени, запослени се не може упутити на рад код другог послодавца у друго место рада, без сагласности запосленог – осим ако запослени на то пристане. Уколико су испуњени сви законом прописани услови за анекс уговора о раду (и материјални и процесни), одбијање запосленог да закључи анекс уговора о раду сматра се оправдани разлогом за отказ,

12 Износ овако утврђене зараде не може бити мања од минималне зараде утврђене у складу са овим законом.

13 Сходно наведеној одредби Закона о раду, запослени може да буде привремено премештен у друго место рада: ако је удаљеност од места у коме запослени ради до места у које се премешта на рад мања од 50 км; ако је организован редован превоз који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада, и ако је обезбеђена накнада трошкова превоза у висини цене превозне карте у јавном саобраћају.

тј. послодавац може запосленом да откаже уговор о раду уколико запослени одбије закључење анекса уговора о раду ради упућивања на рад на одговарајући посао код другог послодавца.

Упућивање на рад код другог послодавца повлачи измену уговорених услова у односу на почетни уговор о раду. При томе, са матичним послодавцем, који га упућује, запослени закључује Анекс уговора о раду, а са послодавцем код кога је упућен на рад, запослени закључује уговор о раду на одређено време. Изменама и допунама Закона о раду из јуна 2014. године брисан је одредба у члану 174 ст. 5¹⁴ која је прописивала да се у случају упућивања запосленог на рад код другог послодавца запосленом не могу утврдити мања права од права која је имао код послодавца који га је упутио на рад. Такве измене уговорених услове, као и „Анекс Анекса уговора“ у циљу измене уговора о раду код другог послодавца представљао је повреду Анекса уговора о раду закљученог код матичног послодавца. Међутим, брисањем ове одредбе која је прописивала експлицитну забрану, даје се могућност уговарања права у мањем обиму од оних која је имао код послодавца који га је упутио на рад (матични послодавац). Премда, сматрамо да је Закон прописао „доњи праг“ права која се могу уговорити код послодавца код кога је упућен на рад. Овај став базирамо на принципу *in favor laborem* и одредби члана 171 ст. 2 Закона а у вези са ставом 1 истоименог члана који се односи на разлоге за понуду измене уговорених услова рада, где се као један од разлога за измену уговорених услова рада прописује и *упућивања на рад на одговарајући посао код другог послодавца*. Под одговарајућим послом према чл. 171 ст. 2 у смислу става 1 тач. 1 и 3 овог члана сматра се посао за чије се обављање захтева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду.

Запосленом који је привремено упућен на рад код другог послодавца, сходно закону, мирују права и обавезе из радног односа код матичног послодавца (чл. 79 ст. 1 тач. 3). По истеку рока на који је упућен на рад код другог послодавца запослени има право да се врати на рад код послодавца који га је упутио (чл. 174 ст. 5), а најкасније у року од 15 дана од дана престанка рада код другог послодавца.¹⁵ Запослени има право да се у наведеном року врати на рад код матичног послодавца на исто или друго радно место које одговара степену и врсти његове стручне спреме, одређене врсте занимања, знања, способности. Право запосленог да се врати на рад је уједно и обавеза запосленог јер, сходно Закону о раду, уколико се не врати на посао у наведеном року, престаје му радни однос код матичног послодавца (чл. 179 ст. 1 тач. 3).

14 Закон о раду РС, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13.

15 Рок од 15 дана – подразумева календарске дане, а не радне дане.

4. Анекс уговора о раду запосленом који је вишак

Послодавац је дужан да предузме одговарајуће мере како би запослене који су технолошки вишак запослио. То значи да пре доношења програма решавања вишка запослених послодавац је дужан да обезбеди мере за ново запошљавање вишка запослених. Те мере за запошљавање су: премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, непуно радно време али не краће од половине пуног радног времена и друге мере (чл. 155 ст. 1 тач. 5). Послодавац може запосленом да откаже уговор о раду уколико запослени одбије закључење анекса уговора у циљу спровођења мера за решавање технолошког вишка. Наравно, ако запослени потпише анекс уговора о раду у остављеном року, задржава право да пред надлежним судом оспорава законитост тог уговора.

5. Анекса уговора којим се мења елемент утврђивања зараде

Послодавац је обавезан да у уговору о раду, поред осталог, наведе и новчани износ основне зараде који важи на дан закључења уговора о раду (чл. 33 ст. 1 тач. 10), све елементе за утврђивање основне зараде, радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања на која запослени има право у складу са законом (чл. 33 ст. 1 тач. 11), рокове за исплату зараде и других примања на која запослени има право (чл. 33 ст. 1 тач. 12). Уколико дође до промене неког од елемената за утврђивање основне зараде који су *ујврђени (садржани) у уговору о раду* (подвукао аутор), послодавац је у обавези да *достави понуду анекса уговора о раду*. Ако су елементи за утврђивање основне зараде *ујврђени законом, колективним уговором, правилником о раду* (подвукао аутор) или другим актима послодавца, *не врши се анексирање уговора о раду*. Обзиром да се Законом утврђује новчани износ основне зараде у уговору о раду наводи се само новчани износ основне зараде у висини која важи у тренутку његовог закључења, стога, промена висине основне зараде, због промене неког елемента за њен обрачун, није више разлог анексирање уговора о раду. За разлику од досадашњег законског решења, послодавац нема обавезу да анексира уговор о раду сваки пут када се мења новчани износ основне зараде. Дакле, поступак анексирања уговора о раду се спроводи само ако су ови елементи утврђени уговором о раду. Исти принцип важи и за измену режима исплате када се са редовне прелазе на минималну зараду. Наиме, анексирање уговора о раду више није обавезно ни у случају када се режим исплате редовне зараде (утврђене на основу елемената који су утврђени општим актом), прелази на ми-

нимални зараду, с обзиром да се исплата минималне зараде више не уговара већ се њена исплата врши на основу одлуке послодавца.¹⁶

Послодавац може запосленом да откаже уговора о раду ако запослени одбије закључење анекса уговора којим се мења неки од елемената за утврђивање зараде. Одбијање запосленог да закључи анекс уговора о раду представља оправдани разлог за престанак радног односа који се односи на потребе послодавца, у смислу члана 179 ст. 5 тач. 2 Закона о раду.

6. Анекс уговора о раду у другим случајевима

Поред разлога за анексирање уговора о раду утврђених Законом о раду, уговор о раду може да се анексира и у другим случајевима утврђеним законом, општим актом и уговором о раду (чл. 171 тач. 6). Који ће ти други случајеви бити зависи од послодавца, односно од врсте послова и специфичности рада и пословања послодавца и његових потреба. Непотписивање анекса уговора о раду у овим случајевима није разлог за отказ уговора о раду.¹⁷

III Поступак за закључивање анекса уговора о раду

Уз анекс уговора о раду послодавац је дужан да запосленом достави *писано обавештење* (чл. 172)¹⁸ које садржи: 1) *разлоге за њонуђени анекс уговора*; 2) *рок у коме запослени треба да се изјасни а који не може бити краћи од осам радних дана*; и 3) *јравне последице које могу да настану нејојписивањем анекса уговора*. Законом је поступак анексирања уговора о раду прецизиран, с обзиром да је у пракси било нејасноћа око тога да ли се уз понуду за закључивање анекса уговора запосленом истовремено доставља и анекс уговора о раду. Сада је јасно прописано да је послодавац дужан да уз анекс уговора о раду запосленом достави писано обавештење, уместо понуде.¹⁹ 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.²⁰

16 Нав. према: *Водич за примену Закона о раду*, 2014, стр. 68–69.

17 *Водич за примену Закона о раду*, стр. 68.

18 Одредбе члана 172 овог закона не примењују се и у случају закључивања анекса уговора на иницијативу запосленог.

19 *Водич за примену Закона о раду*, стр. 69.

20 Пресуда Врховног касационог суда, Рев2. 1379/2013 од 18.12.2013. године.

- *Достављање писаног обавештења уз анекс уговора је у циљу упознавања запосленог о измени уговорних услова. Анекс уговора о раду као и обавештење је писани акт (писана форма је услов пуноважности анекса уговора) којим га послодавац обавештава, информише о измени уговорних услова, о разлозима за измену уговорених услова, рок у коме запослени треба да се изјасни, правне последице непотписивања анекса уговора, односно да је непотписивање анекса разлог за отказ уговора о раду. То значи да изјашњавање запосленог на писано обавештење нема карактер оспоравања разлога у понуди (обавештењу), већ само упознавање са анексом. Његове предлоге, мишљења и сугестије, које буде дао у свом изјашњавању, послодавац може да узме у обзир, али и не мора.²¹*
- *Понуда се доставља на начин као и сва остала њравна акција.²² Послодавац може да закључивање анекса уговора понуди запосленом и док је запослени одсутан са рада због привремене спречености за рад. Међутим, тек прихватањем понуде од стране запосленог, може да се закључи анекс уговора са запосленим.²³*
- *Запослени је дужан да се изјасни о понуђеним условима за закључивање анекса уговора у року који одреди послодавац, а који не може бити краћи од осам радних дана. Сматра се да је запослени одбио понуду анекса уговора о раду ако не потпише анекс уговора у року који је одредио послодавац у писаној понуди, а који не може бити краћи од осам радних дана (чл. 172 ст. 4). Уколико запослени одбије понуду за потписивање анекса уговора, стичу се законски услови да му послодавац откаже уговор о раду. Одбијање запосленог да потпише анекс уговора о раду сматра се оправданим разлогом за отказ који се односи на потребе послодавца (чл. 179 ст. 5 тач. 2).*
- *Послодавац је дужан да запосленог писаним путем уиозори на њравну њоследицу одбијања закључења анекса уговора, а то је отказ уговора о раду.²⁴*

21 О. Милисављевић, *нав. дело*, стр. 243.

22 Сматра се да је уредно достављена понуда за закључење уговора о раду по измењеним условима, када запослени после више безуспешних достава одбије да исту прими, независно од евентуалних пропуста послодавца да му ово писмено остави на радном месту. Из решења Врховног суда Србије, Рев. 43/05 од 17.2.2005. године.

23 Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-843/2005-02 од 29.9.2005. године.

24 Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-672/2006-02 од 26.10.2006. године.

Потписивањем анекса долази до његове реализације, односно до измене уговорених услова рада. Ако запослени потпише анекс уговора у остављеном року, дакле уколико прихвати понуду за измену уговорених услова рада, задржава право да пред надлежним судом оспорава законитост тог анекса (чл. 172 ст. 2). Потребне праксе су наметнуле и потребу прописивања да у случају отказа уговора о раду због одбијања понуде анекса уговора о раду, запослени задржава право да у судском поступку против таквог отказа, оспорава и законитост анекса уговора о раду, односно законитост понуђених измењених услова рада. Изменом члана 172 у Закону о раду од 2014. године (претходни Закон о раду предвиђао је у наведеном члану могућност оспоравања законитости анекса уговора пред надлежним судом само ако запослени прихвати понуду за закључивање) је уткан закључак Врховног касационог суда који гласи: „Запослени који не прихвати анекс уговора о раду задржава право да у радном спору поводом поништаја одлуке о престанку радног односа оспорава законитост понуђених измењених услова рада“.²⁵ Сходно реченом, судски поступак пред надлежним судом којим се оспорава законитост анекса уговора, запослени може да води и у случају када прихвати анекс уговора о раду, и када одбије понуду анекса уговора у остављеном року – у поступку због незаконитог отказа.

У смислу са претходно реченим, неопходно је истаћи да *потписивањем анекса уговора о раду (уговора са измењеним условима рада) запослени не губи право на искретање пословица пред надлежним судом за оспоравање законитости анекса*. То право задржава и уколико не потпише анекс уговора о раду, али у овом случају у судском поступку поводом отказа уговора о раду (чл. 172 ст. 3).

Уколико послодавац са својством правног лица запосленом понуди закључивање анекса уговора супротно одредбама закона казниће се новчаном казном за прекршај (чл. 274 тач. 13). Уговор о раду са анексом који су саставни део тог уговора могу да се замене пречишћеним текстом уговора о раду, који потписују послодавац и запослени (чл. 172а ст. 5).

IV Закључне напомене

Послодавац може да понуди анекс уговора о раду запосленом уколико дође до измене уговорених услова рада. То је неспорно право послодавца, које проистиче из односа субординације у радном односу, односно подређености и надређености запосленог и послодавца. Запо-

25 Закључак усвојен на сеници Грађанског одељења Врховног касационог суда од 4.10.2010. године.

слени је подређен послодавцу и економски и правно. Надређеност послодавца у радном односу произлази из права својине. Својина, право својине у радном односу (*de iure-de facto*) долази до изражаја у уговору у раду. Према Хегелу: „својина као реални опстанак и као позитивно одношење, јесте узајамно признавање да се свест о властитој личности има у идентитету са другим слободним лицима. Појам признавања, и то као својина, има свој реалитет у уговору“.²⁶ И као таква, уговорна слобода је део опште слободе као природног права човека. Дакле, запослени, иако економски слабија страна радноправног односа, није објект већ субјект права. Уговором, слобода једног граница је слободе другог субјекта. Сходно томе, и на њу се протежу правила самосвесне, ограничене, детерминисане, природне слободе. На основу реченог може се закључити да, послодавац не може једностраним актима, без понуде анекса мењати уговором о раду утврђена права и обавезе. Не може то чинити ни доношењем општег, нити појединачног акта, уколико је то у супротности са законом. Законске одредбе против неоправданог отказа, лако се могу изиграти ако се послодавцу да слобода да врши притисак на раднике да дају отказ уместо да га добију. Анекс уговора може да представља једно моћно средство у рукама послодавца, којим се веома једноставно може ослободити непожељног/их запослених, или вишка, под изговором „потреба процеса и организације рада“. Понудом анекса уговора о раду запослени се „добровољно присиљава“ да прихвати уговор под измењеним околностима, јер иако постоји могућност оспоравања законитости анекса уговора, непотписивања анекса у остављеном року има за последицу отказ уговора о раду. Наиме, у смислу чл. 179 ст. 5 тач. 2 Закона о раду непотписивање анекса сматра се оправданим разлогом за отказ који се односи на потребе послодавца. У том смислу, неопходно је заштити радника, као слабију страну у радном односу, обезбедити заштиту од самовоље послодавца, а при том, обим те заштите не сме умањити економску активност послодавца – несметано одвијање процеса рада. Стога, измена уговорених услова рада, понуда, разлози, процедура и друге околности релевантне за закључење анекса уговора о раду морају се утврдити законом и одвијати се у складу са законом.

Slobodanka KOVAČEVIĆ-PERIĆ, PhD
Assistant Professor at the Faculty of Law University of Priština,
Kosovska Mitrovica

ANNEX TO THE LABOUR LAW – CHANGE OF THE AGREED WORK CONDITIONS

Summary

The employer may offer the employee a change in the agreed work conditions, that is, an annex to the work contract due to: a transfer to another suitable position; transfer to another city with the same employer; transfer to another employer; if the employer has provided the employee with employment measurements; and in other cases determined by a general agreement and a work contract. In case the employee refuses to accept such changes to the work contract the employer can terminate employee's work contract.

Circumstances and reasons for change of agreed conditions of work will be thoroughly explained in this paper, as well as justification of the changes, the procedure for changes of work conditions and legal consequences of the annex to the work contract from the point of view of the employee and from the point of view of the employer.

In closing remarks the author confirms the employer's right to – due to the changed work conditions – offer the employee an annex to the work contract, as a sign of the right of property which finds its reality in the work contract. Also, the author emphasizes and underlines undoubted right of the employees that the change of the agreed conditions must be based on reasons and procedures foreseen in the law, and also, in the general acts and the work contract, in line with the principle of the human rights at work, the right to work and freedom of work, and all in favor labore.

Key words: *change of the agreed work conditions, annex to the work contract, conclusion of the annex to the work contract, refusal of the conclusion, termination of the contract.*

Др Драгана РАДОВАНОВИЋ
доцент Привредне академије у Новом Саду

РЕАФИРМАЦИЈА РАДНОГ ОДНОСА СА НЕПУНИМ РАДНИМ ВРЕМЕНОМ

Резиме

Радни однос са непуним радним временом суштински одређује радно време које је краће од пуног радног времена, због чега се квалификује као изузетак од правила о заснивању радног односа са пуним радним временом и атипични радни однос. Радни однос у овом модалитету има бројне особености. Радним законодавством, ошуда, треба успоставити шири правни оквир за закључивање уговора о раду са непуним радним временом. Радним законодавством треба и заштитити запослене који раде са непуним радним временом, што претставља елиминацију дискриминације запослених на основу дужине радног времена, побољшање услова рада запослених који раде са непуним радним временом и спречавање злоупотреба прековременог рада.

Кључне речи: *флексибилност, атипични радни однос, радни однос са непуним радним временом.*

I Претходне напомене

Последњих двадесетак година, услед приватизације, економске кризе, велике незапослености, сиромаштва великих размера, проблема породице и младих, тешкоћа са покретањем инертне и неефикасне привреде, али и јачања процеса глобализације и великог технолошког напретка, у нашој земљи јача свест о потреби за флексибилнијим

уређивањем радних односа. То из разлога што се успостављањем еластичнијег режима радних односа може обезбедити брзо, ефикасно и квалитетно прилагођавање насталим околностима, што већа економска успешност на макро и микро нивоу и максимална запосленост у датим околностима.¹ У том светлу афирмишу се флексибилни облици запошљавања, међу којима посебно место заузима радни однос са непуним радним временом. Радни однос у овом модалитету омогућава скраћивање дужине радног времена, сходно потребама процеса рада, чиме се остварују вишеструки позитивни ефекти,² али и већу диверсификацију режима организације непунног радног времена.³

Радни однос са непуним радним временом је маргинализован, посебно у јавном сектору.⁴ Према Анкети Републичког завода за ста-

1 Сенад Јашаревић, „Флексибилизација рада – решење или заблуда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2012, стр. 179–181.

2 На нивоу друштва, радни однос са непуним радним временом има потенцијала да допринесе решавању бројних проблема, пре свега, проблема незапослености, рада на црно, сиве економије и дечијег рада, али и унапређивању једнаких могућности жена и мушкараца. Посредством радног односа са непуним радним временом послодавци могу организацију радног времена прилагодити потребама процеса рада. Нису занемарљиве ни значајне уштеде које они остварују тиме што запослени који раде са непуним радним временом остварују права из радног односа сразмерно времену проведеном на раду, осим ако је за поједина права законом, општим актом и уговором о раду другачије одређено. Остварене уштеде директно утичу на смањење трошкова пословања, остваривање већег профита и већу конкурентност, умањење притиска рационализације и интензивирање продуктивности, што се посредно одражава на друштвени раст. Радни однос са непуним радним временом доноси корист и запосленима. Радећи са непуним радним временом, они имају више времена за одмор и разоноду, али и за образовање, бављење породицом, приватним активностима и другим пословима. С. Јашаревић, *нав. чланак*, стр. 183.

3 Када природа посла или организација рада допушта, почетак и завршетак радног времена може се утврдити, односно уговорити у одређеном временском интервалу (такозвано „клизно радно време“). Код послодавца код кога се рад обавља у сменама или када организација рада захтева, непуну радно време не мора бити распоређено једнако по радним данима, већ се може утврдити као просечно недељно радно време на месечном нивоу. Послодавце треба стимулисати на ширу примену клизног радног времена предузимањем потребних мера, које морају бити праћене мерама које обезбеђују запосленима оба пола једнак приступ добро плаћеним пословима и једнак третман у зарадама, повластицама и унапређењу. Министарство рада и социјалне политике, Сектор за родну равноправност, Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређење равноправности за период 2009–2015, Београд, 2009, доступно на адреси: http://www.minrzs.gov.rs/.../strategije/AP_Strategija_rodna_ravnovnopravnost, 25.12.2015, стр. 18.

4 Као основни разлог наводимо преуски оквир и непрецизне услове за ангажовање са непуним радним временом и недостатак додатних гаранција за спречавање злоупотреба и изједначавање запослених који раде са непуним радним временом и запослених који раде са пуним радним временом. Радни однос са непуним радним временом донео је запосленима смањење права и погоршавање услова рада, мању

тистику из 2013. године, са непуним радним временом радило је 11% од укупног броја запослених лица. Међу запосленима са непуним радним временом преовлађивали су млади, особе које излазе из света рада и жене, а оних који су се налазили на руководећим позицијама готово да није било. Већина запослених са непуним радним временом била је сконцентрисана у просвети, здравству, занатству, угоститељству и услужном сектору опште.⁵

II Национални стандарди

Национални стандарди о радном односу са непуним радним временом садржани су, пре свега, у Закону о раду,⁶ који је матични закон у области рада и има својство општег закона. При њиховом доношењу уважени су, али фрагментарно, међународни стандарди о раду са непуним радним временом. Из тог разлога, и даље треба радити на усаглашавању националних стандарда са међународним у овом области. Посебно треба радити на усаглашавању националних стандарда са комунитарним, с обзиром на то да је инкорпорирање „*Acquis communautaire*“ у национални поредак један од услова који наша земља мора испунити да би била примљена у чланство Европске уније.

III Дефиниције и начелна полазишта

Према дужини радног времена, разликује се радни однос са пуним радним временом и радни однос са непуним радним временом. Радни однос са пуним радним временом представља основни облик радног односа, модел радног односа по коме је радно и социјално законодавство традиционално конципирано.⁷ То из разлога што је пуно

сигурност, пад животног стандарда и *de facto* „другоразредни“ положај у односу на запослене који раде са пуним радним временом. Из тих разлога, они су прихватили рад са непуним радним временом због немогућности да се запосле са пуним радним временом. Али, нису били мотивисани за рад, често су одсуствовали са посла и остваривали мању продуктивност, што је послодавцима стварало компететивне и друге проблеме. Уз то, послодавцима је било скупо да запосле два радника са непуним радним временом, него једног са пуним радним временом, јер запослени који раде са непуним радним временом, по правилу, остварују права из радног односа у пуном обиму. С. Јашаревић, *нав.чланак*, стр. 190.

5 Републички завод за статистику, Анкета о радној снази за 2013. годину, Београд, 2013, доступно на: http://www.webrzs.stat.gov.rs/WebSite/resporitory/.../SB-578_ARS_2013-SAJT.pdf, 10.12.2014, стр. 61 и 62.

6 Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14).

7 Љубинка Ковачевић, „Уговор о раду са непуним радним временом: однос начела једнакости и начела сразмерности“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2008, стр. 224.

радно време својеврсна мера радног дана потребна да се у пуном обиму остваре интереси запослених, послодаваца и друштва; што се једино заснивањем радног односа са пуним радним временом могу спречити покушаји изигравања запослених у вези са стицањем и остваривањем права одређених у функцији радног времена.⁸ У појединим случајевима радни однос се, са разлогом, заснива са непуним радним временом. Када се на појединим радним местима обављају послови недовољног обима, а послодавац правилником о организацији и систематизацији радних места предвидео рад са непуним радним временом на тим радним местима, радни однос се може засновати са непуним радним временом.⁹ Радни однос у овом модалитету је, отуда, прихватљив као одговор на недовољан обим послова и изузетак од правила о заснивању радног односа са пуним радним временом.¹⁰ Истовремено, може се квалификовати као атипични радни однос, пошто се од радног односа са пуним радним временом разликује према дужини радног времена.¹¹

Радно законодавство не дефинише радни однос са непуним радним временом, али *prima facie* отвара могућност одређивања појма „радног односа са непуним радним временом“ на екстензиван начин, одређујући да израз „непуно радно време“ означава „радно време које је краће од пуног радног времена“.¹² Користећи ову могућност, радно-правна теорија дефинише радни однос са непуним радним временом као „рад који је краћи од пуног радног времена“,¹³ пренебрегавајући чињеницу да се рад који је краћи од пуног радног времена не може свести и симплифицирати само на радни однос са непуним радним временом.¹⁴ Са друге стране, радно-правна теорија заступа став да се радним одно-

8 П. Јовановић, *Радно право*, 6. издање, Нови Сад, 2012, стр. 242.

9 Зоран Ивошевић, *Радно право*, 2. издање, Београд, 2006, стр. 113.

10 П. Јовановић, *нав. дело*, стр. 220.

11 Бојан Урадервић, „Атипичне форме запошљавања у условима глобалне економске кризе“, у: Љиљана Ђуровић (уредник), *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европске уније IV*, Крагујевац, 2009, стр. 72.

12 Закон о раду, чл. 51 ст. 4.

13 Б. Урдаревић, *нав. чланак*, стр. 73.

14 Такав рад суштински одређује и: радни однос који се заснива ради обављања послова са повећаним ризиком, будући да нарочито тешки, напорни и за здравље штетни послови излажу запослене штетним дејствима, и поред примене одговарајућих мера, због чега се радно време на таквим пословима скраћује сразмерно штетном дејству услова рада, а најдуже 10 часова недељно; радни однос који се заснива ради обављања сезонских послова, у хипотези да се као референтни период за дефиницију и поређење са стандардним радним односом узима годишњи, месечни или недељни фонд радних сати, што не значи да се радни однос са непуним радним временом не може засновати на одређено време; рад по основу уговора о привременим и повременим пословима, иако се такав рад обавља ван радног односа. Љ. Ковачевић, *нав. чланак*, стр. 231.

сом са непуним радним временом сматра: радни однос који се заснива са радним временом које траје најдуже 39 часова недељно, пошто је радно време у трајању од 40 часова недељно прописано као пуно радно време;¹⁵ радни однос који се заснива са радним временом које је краће од пуног радног времена чија је дужина утврђена општим актом, када је општим актом утврђено пуно радно време краће од 40 часова недељно, али не краће од 36 часова недељно;¹⁶ радни однос који се заснива са радним временом које је краће од 35 часова недељно, када су у питању младе особе које нису напуниле 18 година, пошто њихово пуно радно време не може трајати дуже од 35 часова недељно.¹⁷ У литератури се среће и констатација да се радни однос са непуним радним временом заснива са радним временом које може трајати најкраће један час у радној недељи, колика је најмања јединица трајања пуног радног времена. Истовремено, трајање непуног радног времена одређује послодавац респектујући обим послова, искуства других послодаваца, итд. и, по правилу, утврђује правилником о организацији и систематизацији послова.¹⁸

Радни однос са непуним радним временом представља комплексан институт, имајући у виду различите циљеве који се остварују његовом применом, те различите правне последице које се везују за запослене који се налазе у таквом радном односу.¹⁹

Радни однос са непуним радним временом заснива се на неодређено време и траје док се не стекне услов, утврђен законом, за његов престанак; по правилу, престаје по вољи запосленог, а против воље запосленог може престати у случају и на начин предвиђен законом. Тиме се обезбеђује трајност запослења, што је значајно са аспекта обезбеђивања зарада и других претпоставки за материјалну и социјалну сигурност запослених и чланова њихових породица. Изузетно, када постоје објективни разлози, оправдани роком, извршењем одређеног посла или наступањем одређеног догађаја, радни однос са непуним радним време-

15 Закон о раду, чл. 51 ст. 1.

16 Закон о раду, чл. 50 ст. 2.

17 Закон о раду, чл. 87.

18 П. Јовановић, *нав. дело*, стр. 220.

19 Посредством овог института појединци могу остварити зајамчено право на рад и када из објективних разлога не постоји потреба за заснивањем радног односа са пуним радним временом, а они који раде са непуним радним временом могу остварити пуно радно време заснивањем двојног радног односа и радом ван радног односа. Примену овог института прати питање целовите и потпуне заштите запослених који раде са непуним радним временом, што посебно претпоставља елиминацију дискриминације на основу дужине радног времена, спречавање злоупотреба прековременог рада и побољшање услова рада запослених који раде са непуним радним временом. Иво Розић, „Флексибилни облици запошљавања у складу са *Acquis Communautaire*“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2013, стр. 51.

ном заснива се на одређено време и престаје истеком рока, извршењем одређеног посла или наступањем одређеног догађаја.²⁰

Радни однос са непуним радним временом заснива се под условима под којима се заснива и радни однос са пуним радним временом.

Радни однос са непуним радним временом заснива се закључењем уговора о раду. Уговор о раду садржи и податке о радном времену и трајању дневног и недељног радног времена. Уколико је трајање дневног и недељног радног времена утврђено општим актом послодавца, у уговор о раду се означава тај акт.²¹

IV Остваривање пуног радног времена заснивањем двојног радног односа и радом ван радног односа

Запослени који ради са непуним радним временом може остварити пуно радно време заснивањем радног однос код другог послодавца „за остатак радног времена“ (до пуног),²² пошто радећи са непуним радним временом, по правилу, остварује права из радног односа сразмерно времену проведеном на раду, што се непосредно одражава на његову и економску и социјалну сигурност чланова његове породице. Успостављање двојног радног односа, при том, зависи од стања на тржишту рада, реалних потреба и могућности како запослених, тако и послодаваца, итд.²³ Уколико се успостави, двојни радни однос може бити хомоген или хетероген. Хомоген, уколико су оба радна односа заснована на неодређено или одређено време или се на оба радна односа примењује исти режим. Хетероген, уколико је један радни однос заснован на одређено време, а други на неодређено време, или се на оба радна односа не примењује исти режим.²⁴ Сваки од радних односа је самосталан. Он се заснива, постоји и престаје независно од другог. Запослени који ради са непуним радним временом заснова радни однос код другог послодавца „за остатак радног времена“ (до пуног) без сагласности послодавца код кога ради са непуним радним временом, а у сваком радном односу остварује права, обавезе и одговорности сразмерно времену проведеном на рад, осим ако је законом, општим актом и уговором о раду предвиђено другачије.²⁵

20 П. Јовановић, *нав. дело*, стр. 198.

21 Закон о раду, чл. 33 ст. 1 и 2.

22 Закон о раду, чл. 41.

23 Жељко Албинезе, Секула Новаковић, *Коментар Закона о раду*, 5. издање, Београд, 2014, стр. 46.

24 З. Ивошевић, *нав. дело*, стр. 73.

25 Корисно је да послодавци и запослени постигну споразум, којим ће уредити сва питања од заједничког интереса. Тим споразумом они могу ускладити почетак и

Запослени који ради са непуним радним временом може остварити пуно радно време и обављањем привремених и повремених послова.²⁶ Остваривање пуног радног времена ван радног односа је, међутим, неповољније за њега, јер радећи по уговору о привременим и повременим пословима он не остварује сва права која би остваривао по основу уговора о раду.²⁷

V Преображај радног односа

Радни однос са пуним радним временом може се трансформисати у радни однос са непуним радним временом, а радни однос са непуним радним временом у радни однос са пуним радним временом, уз сагласност запосленог и послодавца. Тиме се још једном потврђује став да је начело добровољности једно од основних начела на којима се базира радни однос, а запосленом обезбеђује већи степен индивидуалног избора током радног века.²⁸ Одбијање запосленог да пређе са пуног радног времена на непуно радно време или са непуног радног времена на пуно радно време само по себи не може бити оправдан разлога за отказ уговора о раду од стране послодавца.²⁹

Преображај радног односа је могућ на иницијативу запосленог³⁰ и послодавца,³¹ и то на свим радним местима,³² а мора бити потпомогнут

завршетак радног времена у току дневног рада, коришћење годишњег одмора и одсуства, мировање радног односа, али и предвидети асиметричан распоред радног времена тако да трајање дневног рада у радној недељи буде различито или да запослени једне радне недеље ради код једног, а друге радне недеље код другог послодавца, и решити питање чувања радне књижице. З. Ивошевић, *нав. дело*, стр. 73.

26 Закон о раду, чл. 197 ст. 1.

27 Запослени нема право на годишњи одмор и накнаду зараде за време привремене спречености за рад.

28 Бранко Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалној права*, Београд, 2013. стр. 127.

29 То не доводи у питање отказ уговора о раду од стране послодавца из оправданог разлога. Послодавац може отказати уговор о раду запосленом који је вишак и одбије рад са најмање половином пуног радног времена.

30 Запослени може поднети захтев за прелазак са пуног на непуно радно време из породичних или других разлога. Када престане да постоји тај разлог, он може поднети захтев за прелазак са непуног на пуно радно време. Б. Лубарда, *нав. дело*, стр. 127.

31 Послодавац може понудити запосленом рад са најмање половином пуног радног времена када утврди да ће због економских, технолошких или организационих промена престати потреба за његовим радом. Рад са најмање половином пуног радног времена је мера запошљавања вишка запослених, мера којом се број отказа уговора о раду смањује на најмању меру, пошто запослени и даље могу радити код

обавештавањем запослених о доступним пословима са пуним и непуним радним временом. Ово обавештавање послодавац мора извршити благовремено, у року који је утврђен општим актом, објављивањем доступних послова на огласној табли и *web* страници или на други прикладан начин.³³ Послодавац је дужан и да *bona fide* размотри захтев запосленог за прелазак са пуног радног времена на непуну радно време и обрнуто. Уколико прихвати захтев запосленог, закључиће анекс уговора о раду, али без спровођења редовне процедуре, пошто је иницијатива за преображај радног односа потекла од запосленог. При преображају радног односа са пуним радним временом у радни однос са непуним радним временом велику улогу има синдикат, због чега ће се колективним уговором код послодавца уредити сарадња и информисање синдиката о доступним пословима са непуним радним временом.³⁴

VI Правни положај запослених који раде са непуним радним временом

Правни положај запослених који раде са непуним радним временом у средишту је конфронтације између захтева флексибилности и захтева сигурности. Помирење ових наизглед противуречних захтева представља изазов за радно право на који оно мора адекватно одговорити, промовисањем концепта флексигурности и пристојног рада, да би се постигао одрживи економски развој и већа социјална кохезија и обезбедили већи изгледи за запошљавање и бољи услови рада.³⁵

послодавца код кога су проглашени вишком, али са најмање половином пуног радног времена. Послодавац може понудити запосленом рад са пуним радним временом, ако се, на пример, привремено или трајно повећа обим послова. „У случају преласка са непуног на пуно радно време за унапред утврђени временски период, не постоје сметње да се запосленом понуди анекс уговора о раду до одређеног датума по чијем би истеку аутоматски важили првобитно уговорени услови рада, без потребе закључивања новог анекса уговора о раду.“ Мишљење министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-284/2012, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com>, 25.12.2014.

32 „Нема законских сметњи да лице, које је именовано за директора на основу акта скупштине јединице локалне самоуправе, закључи уговор о раду са непуним радним временом за обављање послова директора, под условима и на начин прописан законом, актима скупштине јединице локалне самоуправе и актима оба послодавца.“ Мишљење министарства рада и социјалне политике Републике Србије, бр. 011-00-561/2009; доступно на адреси: <http://www.propisionline.com>, 10.1.2015.

33 Закон о раду, чл. 40 ст. 3.

34 Закон о раду, чл. 40 ст. 5.

35 Љ. Ковачевић, *нав. чланак*, стр. 226.

Правни положај запослених који раде са непуним радним временом суштински одређују два начела, начело једнакости и начело *pro rata temporis*.

Начело једнакости потврђује став да „сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима“. Ово начело подразумева да „запослени који раде са непуним радним временом имају право на зараду, право на друга примања и друга права из радног односа“, али и да је послодавац дужан да запосленима који раде са непуним радним временом обезбеди исте услове рада као и запосленима са пуним радним временом који раде на истим или сличним пословима.³⁶ Синтагма „услови рада“ може се (про)тумачити на екстензиван начин, пошто радно законодавство не одређује њено значење и не наводи области на које се односи. Могућност њеног тумачења, ипак, није неограничена. Радно законодавство уводи стандард упоредивог запосленог са пуним радним временом који ради на истим или сличним пословима, пошто су услови рада у кореалном односу са пословима које запослени обавља.

Начело једнакости не искључује различито поступање према запосленима који раде са непуним радним временом и запосленима који раде са пуним радним временом у погледу обима у којем остварују права из радног односа. Пошто дужина радног времена опредељује обим остваривања права из радног односа, запослени који раде са непуним радним временом остварују права из радног односа у мањем обиму у односу на запослене који раде са пуним радним временом. Обим у којем остварују права из радног односа мора бити пропорционалан времену проведеном на раду, осим ако за поједина права законом, општим актом или уговором о раду није другачије одређено.³⁷

36 Закон о раду, чл. 40 ст. 1 и 2. Иако Закон о раду не садржи одредбе о обавезама и одговорностима запослених који раде са непуним радним временом, то не значи да ова категорија запослених нема никаквих обавеза и одговорности. Пошто су права у кореалном односу са обавезама и одговорностима, запослени који ради са непуним радним временом има обавезе и одговорности сразмерно времену проведеном на раду, осим ако је законом, општим актом и уговором о раду другачије одређено. Примера ради, он не може исти удео у колективном проузрокованом мањку као и запослени који ради са пуним радним временом због неједнаког временског учешћа у проузроковању мањка.

37 Пропорционално се могу смањивати дељива права из радног односа, као што су право на одмор у току дневног рада и право на зараду, пошто су условљена дужином радног времена. У пуном обиму остварују се недељива права из радног односа, као што су право на накнаду трошкова за исхрану у току рада, право на безбедност и здравље на раду, право на посебну заштиту, право на заштиту личног интегритета и достојанства личности. Таква права нису условљена дужином радног времена и њихова суштина била би нарушена, ако би се остваривала сразмерно времену проведеном на раду. Интересантно је да су права из пензијског и инвалидског осигурања условљена стажом осигурања, који се везује за календарско време проведено у рад-

De facto запослени који раде са непуним радним временом изложени су ризику дискриминације зато што раде краће од пуног радног времена.³⁸ Радно законодавство настоји да отклони овај ризик, афирмишући једнакост запослених који раде са непуним радним временом и запослених који раде са пуним радним временом и забрањујући дискриминацију запослених с обзиром на њихова лична својства.³⁹ Међутим, они се, и поред тога, суочавају са бројним проблемима.⁴⁰ Из тог разлога, њима треба обезбедити посебну заштиту, установљавањем гаранција предвидљивости (и сигурности), попут обавезе послодавца да благовремено обавести запослене о промени распореда радног времена.⁴¹

VII Уместо закључка

Актуелни Закон о раду је омогућио ширу примену радног односа са непуним радним временом и установио додатне гаранције за за-

ном односу, па је са аспекта прописа о пензијском и инвалидском осигурању ирелевантно да ли је осигураник радио са пуним или непуним радним временом. Ипак, дужина радног времена утиче на висину пензија, пошто се пензије обрачунавају и на основу зараде, а време проведено на раду је један од елемената за обрачун зараде. Ж. Албинезе, С. Новаковић, *нав. дело*, стр. 68.

- 38 То из разлога што радно и социјално законодавство, традиционално конципирано по моделу радног односа са пуним радним временом, не уважава у довољној мери специфичности рада са непуним радним временом; што су послодавци склони да претпоставе да су запослени који раде са непуним радним временом, самим тим што раде краће од пуног радног времена, слабије интегрисани у радну средину у односу на запослене који раде са пуним радним временом. Љ. Ковачевић, *нав. чланак*, стр. 235.
- 39 Забрана дискриминације запослених с обзиром на њихова лична својства је важан сегмент заштите запослених који раде са непуним радним временом, јер се они стављају или могу ставити у неповољнији положај у односу на друга лица и на основу личног својства. Б. Лубарда, *нав. дело*, стр. 185.
- 40 Запослени који раде са непуним радним временом имају ограничене могућности за напредовање, образовање, оспособљавање и стручно усавршавање, а суочавају се и са тешкоћама да испуне услове за остваривање права који се тичу дужине радног времена. Такав ризик постоји, пре свега, у погледу права на увећану зараду по основу прековременог рада, будући да ово право могу остварити тек када раде дуже од пуног радног времена. Уз то, послодавци прибегавају злоупотреби института прековременог рада, захтевајући од запослених да раде дуже од уговореног (непуног) радног времена, и то у обиму који не прелази пуно радно време, у намери да остваре додатне уштеде неисплаћивањем увећане зараде по основу прековременог рада. Љ. Ковачевић, *нав. чланак*, стр. 243.
- 41 На то упозорава и Европски комитет за социјална права, утврђујући услове под којима је допуштено флексибилно уређивање дужине радног времена. European Committee of Social Rights, Conclusionis XIV – 2; доступно на адреси: <http://www.coe.int/./socialcharter/conclusionis/Conclusus>, 20.1.2015, стр. 32–35.

штиту запослених који раде са непуним радним временом. Иако је доношењем овог закона учињен корак даље ка хармонизацији домаћег права са међународним стандардима у овој области, шира примена радног односа са непуним радним временом није могућа без успостављања одговарајућег баланса између флексибилности и социјалне сигурности. Тиме ће се и суштински, а не само формално може допринети флексибилности рада.⁴²

Dragana RADOVANOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Bussines Academy, Novi Sad

REAFFIRMATION OF PART-TIME EMPLOYMENT

Summary

Part-time employment essentially determines the working time that is less than full time, which qualifies as an exception from rules of full-time employment and atypical employment. The working relationship in this modality has many potential. Labor legislation, here of, should establish a wider legal framework for concluding a contract of employment for part-time work. Labor legislation should also protect employees who work part-time, which implies the elimination of discrimination against employees on the basis of working time duration, improvment of working conditions for part-time work and preventing abuse of overtime working.

Key words: *flexibility, atypical employment, part-time employment.*

42 С. Јашаревић, *нав. чланак*, стр. 191.

Филип БОЈИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

УГОВОР О ПРИПРАВНИЧКОМ РАДУ vs УГОВОР О СТРУЧНОМ ОСПОСОБЉАВАЊУ – КРИЗА ИНСТИТУТА ПРИПРАВНИШТВА У САВРЕМЕНОМ ДРУШТВУ*

Резиме

Предмет овог рада је анализа институција приправничтва у данашњим условима са посебним освртом на уговор о приправничком раду. Аутор покушава да проблематизује основне семене овог института и да укаже на лошу праксу осposбљавања лица за самосталан рад на основу уговора о стручном осposбљавању. Указује се на одређене недостицајке у актуелним прописима и нуди се нови нормативни оквир којим би се побољшао положај приправника у савременом друштву.

У оквиру рада врши се свеобухватна анализа прописа којима се уређују радни односи приправника, првенствено се анализирају радни односи приправника у оштом режиму радних односа, а затим и радни односи приправника у државним органима, правосудним органима и коначно, у посебном делу рада анализира се положај адвокатских приправника. Посебна пажња посвећена је уговору о стручном осposбљавању, врсти уговора којима се не заснива радни однос, а којем послодавци данас све више прибегавају.

Аутор се нарочито бави питањем запошљавања приправника и могућношћима за заснивање радног односа по окончању приправничког стажа и положеног стручног испита.

* Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду под називом „Идентитетски преображај Србије“.

Кључне речи: *приправници, уговор о раду, уговор о стручном оспособљавању, послодавац, приправнички стаж.*

I Увод

Актуелне су дилеме које се јављају у погледу правног положаја приправника и њихових права, обавеза и одговорности из радног односа, као и у погледу правног основа за заснивање радног односа. Да ли је институт приправништва, који се првенствено заснива на обуци приправника у оквиру радног односа, превазиђен и да ли послодавци све чешћим одлучивањем на закључивање уговора о стручном оспособљавању занемарују основне постулате на којима се изграђује природа института приправништва? Све више се избегава заснивање радног односа са приправницима и изграђују се флексибилнији системи у којима се толерише обука лица за самосталан рад посредством уговора којима се не заснива радни однос, а како би се послодавац ослободио терета финансијске природе. Иако су многи мишљења да је уговор о приправничком раду једини правни основ за заснивање радног односа приправника, у савременом друштву, институт приправништва далеко је развијенији у посебном режиму радних односа државних службеника, где приправништво и даље представља незаобилазан услов за даље напредовање у каријери, а где је правни основ за заснивање радног односа решење надлежног старешине по спроведеном јавном конкурс. Исто важи и за правосудне професије, односно судијске и тужилачке приправнике, где је завршен приправнички стаж услов за полагање правосудног испита. Међутим, адвокатски приправници обављају приправнички стаж код адвоката и оспособљавају се за самосталан рад на основу закљученог уговора о приправничком раду.

Анализа института приправништва у данашњим условима, са посебним освртом на уговор о приправничком раду биће предмет овог рада. Прописи који регулишу положај приправника могу се квалификовати у три групе: прописи који се примењују на приправнике у општем режиму радних односа, прописи који се примењују на приправнике који заснивају радни однос у државним органима а сходно одредбама Закона о државним службеницима и прописи који се односе на приправнике који обављају приправнички стаж у оквиру правосудних органа, судова и тужилаштва, али и у самосталној правосудној професији – адвокатури.¹ Занимљиво је да сви наведени прописи садрже одредбе и

¹ Сличну квалификацију наводи и професор Теофил Поповић. Вид. Теофил Поповић, *Приручник о приправницима*, Београд, 1968, стр. 3–5.

о стручном оспособљавању, односно о могућности закључивања уговора којима се не заснива радни однос, а са истим циљем као код уговора о приправничком раду – обуке за самосталан рад и полагање стручног испита. Предмет анализе неће бити прописи који регулишу приправнички стаж здравствених радника и здравствених сарадника, а у складу са одредбама Закона о здравственој заштити.

Професор Тинтић сматра да је циљ институције приправништва да се особи која је завршила високу, вишу или средњу школу омогући да на радном месту стекне радно искуство потребно за самосталан рад у одређеној струци, која је одређена врстом завршене школе.² Основна сврха института приправништва, према професору Теофилу Поповићу, почива на два битна елемента. С једне стране, „стручна обука приправника има за сврху да приправник путем практичног рада и изучавања послова које треба да обавља на раду под надзором и по утврђеном програму, стекне потребно радно искуство и што потпунија практична знања, како би се оспособио за самостално обављање послова одговарајућег занимања у својој струци“.³ Други битан елемент, који је у савременим условима занемарен, осим у појединим посебним законима, је обезбеђивање запослења по завршетку приправничког стажа и положеног стручног испита.

II Приправници у општем режиму радних односа

У оквиру својих класификација уговора о раду, професор Лубарда уговор о приправничком раду сврстава, заједно са уговором о пробном раду, у уговоре о раду под раскидним, односно одложним условом.⁴ Професор поставља хипотезу да је централно обележје и једини циљ приправништва, оспособљавање за самосталан професионални рад и да та чињеница битно разликује уговор о приправничком раду од класичног уговора о раду који се закључује између запосленог и послодавца. Уочава се да уговор о приправничком раду садржи све битне елементе радног односа – приправници ступају добровољно у радни однос са послодавцем, лично извршавају рад за послодавца, подређени су послодавчевој власти и за свој рад остварују право на зараду. Међутим, слободни смо да уговору о приправничком раду додамо још један битан елемент, односно каузу, а то је управо оспособљавање за самосталан професио-

2 Никола Тинтић, *Радно и социјално право, књиџа права: радни односи* (I), Загреб, 1969, стр. 463.

3 Т. Поповић, *нав. дело*, стр. 3.

4 Бранко Лубарда, *Радно право, расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2012, 346–347.

нални рад. Уговор о приправништву се закључује са циљем обуке особа које први пут заснивају радни однос у својој струци ради професионалног оспособљавања. Закључује се да уговор о приправничком раду као посебна врста уговора о раду има специфичности које га разликују у односу на друге посебне врсте уговора о раду. Закључивањем уговора запослени остварује двоструки циљ – заснива радни однос са послодавцем и обезбеђује себи основне егзистенцијалне приходе посредством зараде, а поред тога, оспособљава се за самосталан рад и стиче услов за полагање стручног испита.

Иако многи аутори уговор о приправничком раду сврставају у посебну групу уговора о раду, Закон о раду Републике Србије не садржи одредбе о посебном уговору о приправничком раду, већ у делу посвећеном уговору о раду, наводи и да послодавац може засновати радни однос са лицем које први пут заснива радни однос, у својству приправника, за занимање за које је то лице стекло одређену врсту и степен стручне спреме, ако је то као услов за рад на одређеним пословима утврђено законом или правилником.⁵ Следствено наведеном, правни основ за заснивање радног односа у општем режиму радних односа је уговор о раду који послодавац закључује са лицем које први пут заснива радни однос у својој струци у својству приправника.

Положај приправника, односно њихова права, обавезе и одговорности из радног односа, регулисани су законима, а неретко и општим актима код послодавца – правилницима и колективним уговорима. Током периода самоуправног социјализма, у великом броју радних организација, раднички савети су доносили посебне правилнике о приправницима.⁶ Данас су нарочито значајни правилници о организацији и систематизацији послова код послодавца у оквиру којих се експлицитно наводе послови на којима послодавац запошљава приправнике, као и посебни услови за заснивање радног односа. Као посебан услов, правилницима се неретко наводи и завршен приправнички стаж, односно положен стручни испит. Ако се изузму посебни закони којима се предвиђа обавезан приправнички стаж као услов за полагање стручног испита, у општем режиму радних односа послодавцима се оставља могућност да самостално правилницима о организацији и систематизацији послова предвиде као посебне услове за заснивање радног односа завршен приправнички стаж, односно да утврде да ли ће се за одређено радно место захтевати да се пре заснивања радног односа на неодређено време прво обави приправнички стаж код посло-

5 Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, даље у фуснотама: ЗР), чл. 47 ст. 1.

6 Опширније вид. Љубомир Божиновић, *Приручник о њимању и стручном оспособљавању њиравника*, Београд, 1980, стр. 49–61.

давца. Наравно, не искључује се могућност да је приправнички стаж већ обављен код другог послодавца.

Закон о раду као матични закон у области радних односа експлицитно посвећује само један члан положају приправника, док се допунске законске одредбе могу уочити и у делу Закона који регулише право на зараду, а посредно и у одредбама којима се регулише престанак радног односа. Иако су се у периоду самоуправног социјализма положају приправника посвећивали посебни закони, данас законодавац оставља да се права, обавезе и одговорности приправника уређују и разрађују претежно општим актима послодавца. Начелно, приправник има сва права из радног односа као и други запослени код послодавца, између осталог, и права у вези са радним временом, право на одморе и одсуства, право на заштиту здравља и безбедности на раду. У погледу примања приправника, Законом се штити право приправника на зараду и ограничава се могућност послодавца да утврди износ зараде нижи од законом утврђеног износа. Приправник остварује право на зараду најмање у висини од 80% основне зараде за послове за које је закључио уговор о раду, као и право на накнаду трошкова и друга примања у складу са општим актом и уговором о раду.⁷

У периоду самоуправног социјализма, посебним законима, и савезним и републичким, регулисан је положај приправника.⁸ Анализом наведених прописа, уочава се да је положај приправника био знатно повољнији него што је данас. Правило је било да приправник заснива радни однос на неодређено време, јер је законом била утврђена обавеза организације удруженог рада да под одређеним условима примају приправнике на неодређено време.⁹ Рад на одређено време је представљао изузетак и јављао се једино у ситуацији ако у основној организацији нису постојали услови да се по завршеном приправничком стажу и

7 ЗР, чл. 109.

8 Опширније вид. Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радној йрава Јујославије, сисџем самоујравних међусобних радних односа и основни йроблеми социолојије рада*, Београд, 1979, стр. 184–185; Слободан Тамиловић, *Приручник о йријравницима*, Београд, 1973; Основни закон о обавезном примању приправника у радним организацијама (*Службени лисџ СФРЈ*, бр. 54/67); Закон о обавезном примању приправника у организацијама удруженог рада (*Службени йласник СР Србије*, бр. 48/1971).

9 Ранијим прописима, уочавао се и модел квотног запошљавања приправника, сличан квотном запошљавању особа са инвалидитетом који је предвиђен актуелним Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом. У самоуправном социјализму, у Војводини је било предвиђено да радници у основној организацији у којој је запослено 30 радника морају током сваке календарске године да заснују радни однос на неодређено време са најмање једним приправником, а на сваких наредних 50 радника још са по једним приправником. Вид. *Правна енциклопедија*, Београд, 1979, стр. 1114–1115.

положеном стручном испиту приправник распореди на одговарајуће послове.¹⁰ Међутим, како је професор Тинтић наводио, „приправнички однос је по својој природи (и циљу) радни однос на одређено време, и ту не може бити изузетака, јер радни однос приправника на неодређено време у суштини није у складу с природом и циљем приправништва“.¹¹ Посебно се мора имати у виду да је у наведеном периоду постојала изражена сигурност запослења и да се приправништво начелно посматрало као мера активне политике запошљавања, односно да се приправницима гарантовало радно место у организацији у којој су обављали приправнички стаж, под условом да су успешно положили обавезан стручни испит.

Основна карактеристика домаће савремене легислативе о уговорима о приправничком раду је да се радни однос са приправником закључује на одређено време. Законом о раду је предвиђено да приправнички стаж траје најдуже годину дана, ако посебним законом није другачије одређено.¹² Из наведне одредбе се закључује да се трајање приправничког стажа уређује посебним законима или општим актима послодавца. У наставку рада биће више речи о трајању приправничког стажа у државним и правосудним органима, где се законским прописима детаљно уређује трајање приправничког стажа. Насупрот томе, у општем режиму радних односа, послодавац самостално својим актима уређује трајање приправничког стажа, а најчешће се трајање приправничког стажа везује за одређени степен стручне спреме који се захтева за послове за које се заснива радни однос.¹³ Истеком рока на који је уговор о приправничком раду закључен, приправнику престаје радни однос код послодавца, што се може уочити и из одредбе закона којима се регулише престанак радног односа.¹⁴

По престанку радног односа, приправник је у обавези да полаже стручни испит ако је то посебним законом предвиђено, а ради самосталног обављања послова. Често се поставља питање, да ли је послодавац у обавези да запосли приправника који је успешно завршио приправнички стаж, а потом и положио стручни испит или послодавчева обавеза према приправнику престаје истеком приправничког стажа. Ако би

10 А. Балтић, М. Деспотовић, *нав. дело*, стр. 185.

11 Н. Тинтић, *нав. дело*, стр. 466.

12 ЗР, чл. 47 ст. 3.

13 Према професору Ивошевићу „горња граница трајања приправничког стажа је годину дана, доња граница није одређена. Колико ће приправнички стаж трајати одређује акт о систематизацији и организацији послова, у зависности од њихове садржине, односно степена потребне стручне спреме“. Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2015, стр. 136.

14 Закон о раду наводи да радни однос престаје истеком рока на који је заснован. Вид. ЗР, чл. 175 ст. 1.

Закон садржао одредбу којом би послодавац био у обавези да запосли приправника који је успешно завршио приправнички стаж, појављује се дилема да ли ће се послодавац као страна која сноси терет пословања, одлучити да заснује радни однос са приправником ако би имао обавезу да приправника задржи у радном односу по окончању приправничког стажа. Закључује се да послодавац сам одлучује да ли ће закључити са приправником који је успешно окончао приправнички стаж уговор о раду на неодређено време.

Уочава се и дилема која се јавља приликом заснивања радног односа приправника, а у вези са провером радних способности пре заснивања радног односа. Послодавац може приликом разговора са кандидатом да проверава радне способности кандидата, као и његова знања и вештине. Поставља се питање да ли послодавац може и током разговора са кандидатом са којим намерава да закључи уговор о приправничком раду, проверавати његове вештине и знања. На који начин ће се успоставити критеријуми за заснивање радног односа приправника приликом доношења одлуке о заснивању радног односа. Сходно природи уговора о приправничком раду, а то је обука и оспособљавање за самосталан рад, спорно је да ли послодавац има право да проверава радне способности приправника. Послодавац, несумњиво, може да проверава знања стечена током школовања, али провера радних способности довела би приправнике у неравноправан положај, имајући у виду чињеницу да приправници не поседују радно искуство које се неретко поставља као један од посебних услова за заснивање радног односа. На то указује и одлука Суда удруженог рада Војводине у којој се наводи да „се институција претходне провере радних способности не може примењивати приликом заснивања радног односа приправника, јер по правилу приправник не поседује радну способност стечену радом и он се управо запошљава да би је стекао током трајања приправничког стажа“.¹⁵ Значајна је и одредба Закона о државним службеницима, која се могла уочити и у неким ранијим законима којима је регулисан положај приправника, а којом се забрањује послодавцу да предвиди пробни рад приправника. Наш законодавац изоставља ову важну одредбу, којом би се штитио положај приправника од могућих злоупотреба. Заборавља се основни циљ уговора о приправничком раду, оспособљавање за самосталан рад и полагање стручног испита, а не стављање у равноправан положај са осталим запосленима код послодавца.

Термин приправник, често се везује за млађе особе које ступају у радни однос по окончању редовног школовања. И програми које организује Национална служба за запошљавање, најчешће се односе на запошљавање младих особа ради обављања приправничког стажа

15 Одлука Суда удруженог рада Војводине, Сж. 206/79. Вид. Драгољуб Симоновић, *Раднојравна чињанка, прва књига*, Београд, 2009, стр. 200.

код послодавца. Међутим, приправник не мора бити само млада особа. Као што је већ наведено, приправник је лице које по први пут заснива радни однос у својој струци. Може се догодити ситуација да особа заснује радни однос у својој струци и у познијим годинама. Како професор Ивошевић наводи „приправник може бити и лице у поодмаклим годинама, ако стекне школску спрему за занимање којим се раније није бавило, јер је и њему као и младом човеку потребно да се оспособи за рад у новој струци“.¹⁶ Наведени ставови, доводе до могућности да се у пракси појаве одређени облици старосне дискриминације, јер програми запошљавања, у организацији Националне службе за запошљавање, особа, које по први пут заснивају радни однос у својој струци, су се у једном периоду већином односили на особе млађе од 30 година, те су се старији аутоматски искључивали из оваквих врста програма без могућности да у истима и учествују.

Правилником о начину и критеријумима за спровођење мера активне политике запошљавања, који је донео управни одбор Националне службе за запошљавање фебруара 2012. године, предвиђено је финансирање програма којима се стичу искуства за самосталан рад у струци и полагање приправничког, односно, стручног испита. Утврђена су два различита програма – програм приправника и програм стручне праксе. Програм приправника намењен је послодавцима који запошљавају незапослена лица која први пут заснивају радни однос у својству приправника за занимања за која су стекла одређену врсту и степен стручне спреме. Послодавцу који заснује радни однос са приправником обезбеђује се државна помоћ мале вредности, а послодавац има обавезу да приправника оспособи за самосталан рад у струци, као и да приправника задржи у радном односу најмање у дужини трајања уговорне обавезе.¹⁷ Одредба Правилника која је изазвала контраверзе односи се на услове које незапослено лице мора да испуни како би било укључено у програм. Између осталог, као услов се наводи да незапослено лице може бити укључено у програм ако има мање од 30 година старости, чиме се у питање доводи прихваћен став у теорији и пракси да приправник може бити и лице у познијим годинама које је стекло школску спрему за занимање којим се није бавило. Међутим, изменама Правилника из 2015. године, спорна дискриминишућа одредба је измењена, те данас право на укључивање у програме за приправнике имају сва лица без обзира на године живота.¹⁸

16 З. Ивошевић, М. Ивошевић, *нав. дело*, стр. 134.

17 Правилник о начину и критеријумима за спровођење мера активне политике запошљавања (*Службени гласник РС*, бр. 12/2012, 20/2013 и 69/2014), чл. 63–69.

18 Правилник о изменама и допунама Правилника о начину и критеријумима за спровођење мера активне политике запошљавања (*Службени гласник РС*, бр. 27/2015).

III Уговор о стручном оспособљавању – уговор којим се не заснива радни однос

Закон о раду предвиђа могућност закључивања уговора о стручном оспособљавању ради приправничког стажа, односно полагања стручног испита, кад је то законом, односно правилником предвиђено као посебан услов за самосталан рад у струци.¹⁹ Реч је о уговорима којима се не заснива радни однос. Изменама Закона, дошло је до раздвајања уговора о стручном оспособљавању и уговора о стручном усавршавању који су пре измена и допуна посматрани као један уговор – уговор о стручном оспособљавању и усавршавању. Законодавац сада у одвојеним ставовима наводи карактеристике уговора о стручном оспособљавању и уговора о стручном усавршавању.²⁰ Уговор о стручном оспособљавању има идентичан циљ, као и уговор о раду који се закључује са приправником, а то је оспособљавање за самосталан рад и стицање услова за полагање стручног испита. Период који лице проведе код послодавца рачуна се у приправнички стаж. Основна разлика је у чињеници да се не заснива радни однос са послодавцем, па самим тим лице које закључује овај уговор нема својство запосленог и не остварује основна права из радног односа.

Иако већина аутора прихвата став да је рад који обавља лице током стручног оспособљавања волонтерски, послодавац може лицу на стручном оспособљавању да обезбеди новчану накнаду и друга права у складу са законом, општим актом или уговором о стручном оспособљавању. Међутим, у пракси се уочава да највећи број послодаваца не обезбеђује новчану накнаду за лица која закључују наведени уговор.²¹ Мишљења

19 ЗР, чл. 201.

20 За уговор о стручном усавршавању наводи се да се може закључити ради стручног усавршавања и стицања посебних знања и способности за рад у струци, односно обављања специјализације, за време утврђено програмом усавршавања, односно специјализације, у складу са посебним прописом. Из наведене одредбе се закључује да овај уговор нема исте циљеве као уговор о приправничком раду и да, сходно томе, време проведено код послодавца ради стручног усавршавања се не може посматрати као приправнички стаж. ЗР, чл. 201 ст. 2.

21 Национална служба за запошљавање у складу са одредбама Правилника о начину и критеријумима за спровођење мера активне политике запошљавања предвиђа програм стручне праксе за незапослена лица која се први пут стручно оспособљавају за занимање за које су стекла одређену врсту и степен стручне спреме. Иако се у Правилнику експлицитно не наводи, закључује се да незапослено лице са послодавцем закључују уговор о стручном оспособљавању. Основна идеја стручне праксе је обезбеђивање новчане накнаде за лице које је закључило уговор о стручном оспособљавању. На основу закљученог уговора између директора Националне службе за запошљавање и послодавца код којег се обавља стручно оспособљавање, послодавац ће лицу са којим је закључио уговор о стручном оспособљавању исплаћивати новчану помоћ, коју ће му рефундирати Национална служба за

су да је довољно што су им обезбедили да на основу закљученог уговора обаве приправнички стаж и стекну услов за полагање стучног испита. Сходно наведеном, а имајућу у виду да приправници неретко немају могућност избора, уговори о стручном оспособљавању се веома често закључују у савременом друштву. Дакле, послодавцима се више исплати да са незапосленим лицем закључе уговор о стручном оспособљавању, него да закључе уговор о приправничком раду. Закључивањем уговора о стручном оспособљавању добијају, за одређени период, лице које ће обављати послове, а према којем немају обавезе финансијске природе, као ни обавезу да са истим по истеку уговора и полагању стучног испита заснују радни однос. Истеком рока на који је уговор закључен, престаје свака обавеза послодавца према лицу са којим је закључио уговор. Услед високих стопа незапослености, лица која морају да заврше приправнички стаж као посебан услов за заснивање радног односа или полагање стучног испита, пристају на закључивање наведеног уговора што их доводи у неповољну егзистенцијалну ситуацију.

IV Приправници у државним органима

Специфичан режим радних односа државних службеника, карактерише и различит правни основ за заснивање радног, а у односу на општи режим радних односа. Државни службеници, а аналогно томе и приправници не заснивају радни однос закључивањем уговора о раду, већ на основу решења надлежног органа по спроведеном конкурс. Такође, посебан режим радних односа који се примењује на државне службенике, а сходно одредбама Закона о државним службеницима, на прецизнији начин у односу на општи режим радних односа, уређује положај приправника у државним органима. Посебан одељак Закона посвећен је институту приправништва. Као услов за заснивање радног односа на извршилачким радним местима се између осталог експлицитно наводи и завршен приправнички стаж, а сходно томе и положен државни стручни испит.²² Наравно, за приправнике у државним органима предвиђени су исти услови за запослење који се примењују на све

запошљавање. Такође, након закључивања уговора са послодавцем, Национална служба за запошљавање ће закључити и уговор са лицем на стручној пракси којим се регулишу међусобна права и обавезе. По окончању уговора, послодавац је у обавези да изда потврду о обављеном приправничком стажу. Правилник о начину и критеријумима за спровођење мера активне политике запошљавања (*Службени гласник РС*, бр. 12/2012, 20/2013 и 69/2014), чл. 70–76.

22 За заснивање радног односа на извршилачким радним местима – млађи саветник и млађи сарадник као један од посебних услова, алтернативно се поставља завршен приправнички стаж или најмање пет година радног стажа у државним органима. За рад на пословима у звању млађи референт као услов је предвиђен завршен

државне службенике, сходно одредбама Закона.²³ Већи број одредаба Закона посвећен је дефинисању појма приправника. Слично Закону о раду наводи се да је приправник лице које први пут заснива радни однос у својој струци и оспособљава се за самосталан рад, али прописује се и да се радни однос у статусу приправника може засновати и са лицем које је код другог послодавца било у радном односу краће од времена утврђеног за приправнички стаж у степену образовања који је услов за рад на тим пословима.²⁴ Због специфичности послова које обављају државни службеници, време provedено у радном односу код другог послодавца не урачунава се у приправнички стаж.

Познато је да је сходно идеји деполитизације и професионализације државне службе, Закон о државним службеницима Србије из 2005. године, већином постављен на концепту каријерног система, па се извршилачка радна места у државној служби попуњавају првенствено на основу интерног конкурса. У случају да интерни конкурс није успео, спроводи се јавни конкурс, који је карактеристичан за системе позиција. Иако Закон то експлицитно не наводи, логично је да приправници, који по први пут ступају у радни однос у својој струци, заснивају радни однос на одређено време, после спроведеног јавног конкурса. Приправнички стаж у државној служби траје сходно претходно стеченом нивоу образовања и посебним условима потребним за обављање рада на извршилачким радним местима. Законом је прецизно утврђено трајање приправничког стажа – „приправнички стаж на радним местима са високим образовањем студија другог степена, односно са основним студијама у трајању од најмање четири године траје једну годину; на радним местима са високим образовањем студија првог степена, односно са студијама у трајању до три године девет месеци, а на радним местима са средњим образовањем шест месеци“.²⁵ Наводи се и да се посебним законом може одредити приправнички стаж који траје дуже или краће него што се предвиђа Законом о државним службеницима.

Узима се у обзир да приправници по окончању приправничког стажа у државној служби стичу право на полагање државног струч-

приправнички стаж. Закон о државним службеницима (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005... 99/2014; даље у фуснотама: ЗДС), чл. 39, 41 и 43.

23 Као државни службеник може да се запосли пунолетни држављанин Републике Србије који има прописану стручну спрему и испуњава опште услове одређене законом, другим приписом и правилником о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места у државном органу, ако му раније није престајао радни однос у државном органу због теже повреде дужности из радног односа и није осуђиван на казну затвора од најмање шест месеци. Вид. ЗДС, чл. 45.

24 ЗДС, чл. 103.

25 ЗДС, чл. 104.

ног испита, те се од тренутка ступања на рад оспособљавају за самосталан рад у складу са општим актом о увођењу приправника у рад. Сваке године се кадровским планом предвиђа број приправничких места у државним органима. За разлику од општег режима радних односа, постоје тенденције наставка рада приправника на неодређено време по завршетку приправничког стажа и положеног државног испита. Поред положеног стручног испита, претпоставка да би приправник могао да настави рад на неодређено време јесте да постоји одговарајуће радно место на које може бити распоређен и да се распоређивање уклапа у донесени кадровски план.²⁶

Новина у службеничком законодавству је и могућност закључивања уговора о стручном оспособљавању. Као и у општем режиму радних односа, реч је о уговору којим се не заснива радни однос. Уговор може закључити руководилац са незапосленим лицем а ради стручног оспособљавања, односно стицања радног искуства и услова за полагање државног стручног испита.²⁷ Предвиђено је да лице које закључи уговор са руководиоцем, не остварује право на накнаду. Позитивна одлика службеничког система је и немогућност прописивања пробног рада за приправнике, што се не предвиђа у општем режиму радних односа.

V Приправници у правосудним органима

У оквиру рада, посебно ће бити анализиран положај судијских и тужилачких приправника, а сходно прописима који регулишу уређење судова и јавних тужилаштава. Прописима из периода СФРЈ, положај судијских и тужилачких приправника био је регулисан јединственим Законом о јавним службеницима, којим је регулисан положај приправника у органима управе, установама и судству.²⁸ Данас се положај судијских приправника првенствено уређује посебним делом Закона о уређењу судова, као и подзаконским актима и судијским правилницима. Законодавац не одређује појам приправника, за разлику од Закона о раду и Закона о државним службеницима, па се не види да је основни циљ ангажовања приправника обука за самосталан рад и полагање стручног, у овом случају правосудног испита. За судијског приправника прима се лице које је завршило правни факултет и испуњава опште услове за рад у државном органу.²⁹ Наведена одредба указује на спону Закона о уређењу

26 ЗДС, чл. 106.

27 ЗДС, чл. 106а.

28 Т. Поповић, *нав. дело*, стр. 4.

29 Законодавац води рачуна и о уставном начелу о заступљености националних мањина, те се предвиђа да се при пријему приправника води рачуна о национал-

судова са Законом о државним службеницима. Такође, у Закону се експлицитно наводи да ће се у вези са заснивањем радног односа, као и на права, обавезе, стручно усавршавање, оцењивање и одговорности судског особља примењивати прописи који уређују радне односе државних службеника и намештеника. У вези са тим, правни основ за заснивање радног односа судијских приправника неће бити уговор о раду, већ као и у систему државних службеника, решење старешине, односно председника суда. Међутим, законом се прописује да дипломирани правник може бити примљен на обуку у суд ради стицања радног искуства и услова за полагање правосудног испита без заснивања радног односа, а на основу већ поменутог уговора о стручном оспособљавању.

Судијски приправник се прима у радни однос у трајању од три године у основни, виши, привредни или прекршајни суд, а после спроведеног јавног конкурса. Иако законодавац предвиђа да се поступак пријема судијских приправника уређује актом министра надлежног за правосуђе, не уочава се наведени акт у нашем правном систему, што доводи до бројних недоумица приликом спровођења поступка за заснивање радног односа приправника. Неопходни су јасни критеријуми које кандидат за приправника мора да испуни како би на правичан начин дошло до заснивања радног односа, посебно имајући у виду чињеницу да су конкурси у судовима ретки и да се на исте пријављује велики број квалитетних кандидата. Специфичност положаја судијских приправника огледа се и у чињеници да приправник заснива радни однос на одређено време, али у случају да приправник на правосудном испиту буде оцењен са „положио са одликом“, примиће се у радни однос на неодређено време у звање судијског сарадника.³⁰

Идентичне одредбе које се примењују на судијске приправнике, уочавају се и у Закону о јавном тужилаштву, када је реч о правима и обавезама тужилачких приправника. Тужилачки приправник прима се у радни однос на три године у основно или више јавно тужилаштво на основу решења основног, односног вишег тужиоца после спроведеног јавног конкурса.³¹ И у тужилаштвима се уочава пракса закључивања уговора о стручном оспособљавању, односно уговора о волонтерском раду, без заснивања радног односа, услед недовољног броја приправничких места а и повећаног обима посла. Такође, законодавац предвиђа

ном саставу становништва, одговарајућој заступљености припадника националних мањина и познавању стручне правне терминологије на језику националних мањина, који је у службеној употреби у суду. Закон о уређењу судова (*Службени гласник РС*, бр. 116/2008... 101/2013; даље у фуснотама: ЗУС), чл. 65.

30 ЗУС, чл. 66.

31 Закон о јавном тужилаштву (*Службени гласник РС*, бр. 116/2008... 117/2014), чл. 122–124.

да ће тужилачки приправник, по окончању приправничког стажа, а под условом да буде оцењен на правосудном испиту са „положио са одликом“, бити примљен на неодређено време у звању тужилачког сарадника.

VI Положај адвокатских приправника

За разлику од приправника у државним органима, као и судијских и тужилачких приправника, адвокатски приправници заснивају радни однос на основу уговора о раду који се закључује са адвокатом код којег приправници обављају приправнички стаж. Закон о адвокатури посвећује институту приправништва посебан одељак и детаљно уређује положај приправника, као и услове за заснивање радног односа што није случај у претходно анализираним прописима. Из дефиниције адвокатског приправника, по којој је „адвокатски приправник дипломирани правник уписан у именик адвокатских приправника, који се обављањем приправничке вежбе код адвоката, оспособљава за рад у адвокатури“, уочава се да законодавац користи термин приправничка вежба који није присутан у другим законима који регулишу положај приправника. Термин приправничка вежба има корене у нашој правној традицији и користио се и у Закону о адвокатима за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца из 1929. године.³² Закони усвојени у периоду ФНРЈ и СФРЈ користили су термин приправничка пракса, односно адвокатско-приправничка пракса.³³ Адвокатски приправник може отпочети обављање приправничке вежбе само ако је уписан у именик адвокатских приправника, који води надлежна адвокатска комора, и ако је положио заклетву адвокатског приправника.³⁴

Прецизирају се и посебни, примећује се строги, услови које кандидат за приправника мора да испуњава ради уписа у именик адвокатске коморе: 1) диплома правног факултета стечена у Републици Србији или диплома правног факултета стечена у иностраној држави и призната у складу

32 Закон о адвокатима, објављен у Службеним новинама бр. 65-XXVIII од 19. марта 1929. године, чл. 9–19.

33 Закон о адвокатури, усвојен 1957. године, предвиђао је да приправничка пракса траје три године. Приправник је морао провести најмање једну годину на пракси у адвокатској канцеларији и најмање једну годину на пракси у суду (редовном, привредном или војном). После завршене приправничке праксе приправник је стицао право на полагање адвокатског испита. Закон о адвокатури (*Службени листи ФНРЈ*, бр. 15/1957), чл. 15–18; види и Закон о адвокатури и другој правној помоћи (*Службени гласник СР Србије*, бр. 51/1971), чл. 61–69.

34 Закон о адвокатури (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011 и 24/2012 – одлука УС; даље у фуснотама: ЗА), чл. 53.

са прописима који уређују област високог образовања; 2) држављанство Републике Србије; 3) општа здравствена и потпуна пословна способност; 4) непостојање радног односа; 5) неосуђиваност за кривично дело које би кандидата чинило недостојним поверења за бављење адвокатуром; 6) непостојање друге регистроване самосталне делатности или статуса статутарног заступника или директора у правном лицу, председника управног одбора у добитном правном лицу, члана или председника извршног одбора банке, заступника државног капитала, прокуристе и лица које уговором о раду има утврђену забрану конкуренције; 7) непостојање положеног правосудног испита или радног искуства које кандидату даје право на полагање правосудног испита; 8) достојност за обављање адвокатске службе и 9) закључен уговор о раду са адвокатом који има најмање три године адвокатске праксе, седиште канцеларије на територији исте адвокатске коморе и важећу адвокатску легитимацију или закључен уговор о раду са друштвом у коме исте услове испуњава адвокат који је означен да ће бити задужен за реализацију плана и програма обуке адвокатског приправника и надzirати његов рад и стручно усавршавање.³⁵ Из наведених услова, закључује се да је правни основ за заснивање радног односа приправника уговор о раду. Недостају одредбе Закона о адвокатури у којима се јасно наводи да се права, обавезе и одговорности током трајања приправничке вежбе уређују уговором о раду. Због тога, било би целисходно да у неким будућим изменама и допунама Закона, законодавац прецизира да је правни основ за заснивање радног односа уговор о раду који се закључује између адвокатског приправника и адвоката код кога приправник обавља приправничку вежбу. Приправник по упису у именик адвокатских приправника полаже приправничку заклетву пред председником надлежне адвокатске коморе, а затим добија и приправничку легитимацију.

Током трајања приправничке вежбе, адвокатски приправник има право на одговарајуће услове рада и на обуку у складу са сврхом приправничке вежбе, као и право на зараду и остала права из радног односа утврђена законом и уговором о раду који је приправник закључио са адвокатом.³⁶ Законом је предвиђено да адвокатском приправнику престаје статус приправника ако ни после две године од стицања права на полагање, не положи правосудни испит, али такође, и да након положеног правосудног испита приправнички стаж може трајати најдуже још годину дана. По истеку наведених рокова надлежна адвокатска комора доноси решење о брисању приправника из именика адвокатских приправника. Уочава се да законодавац не наводи да ли се уговор о раду

35 ЗА, чл. 54.

36 ЗА, чл. 59.

између приправника и адвоката закључује на одређено или неодређено време. Међутим, имајући у виду да је услов за полагање правосудног испита приправнички стаж у трајању од две године и да по полагању правосудног испита приправнички стаж може трајати најдуже још годину дана, нелогично је што поједини адвокати закључују са својим приправницима уговор о приправничком раду на неодређено време. Суштински је уговор са приправником у адвокатури уговор на одређено време, посебно ако се има у виду да је адвокатура независна и самостална служба.

Сходно лошој пракси, прихваћеној у већини посебних закона који предвиђају обавезан приправнички стаж као услов за полагање стручног испита или заснивање радног односа на одговарајућем радном месту, и Закон о адвокатури уводи појам адвокатског приправника волонтера. Адвокатски приправник волонтер не закључује уговор о раду са адвокатом, већ иако то експлицитно није наведено у оквиру Закона, уговор о стручном оспособљавању. Самим тим се не заснива радни однос код адвоката. Већина адвоката ће се одлучити на наведену законску могућност, јер неће бити у обавези да приправнику волонтеру исплаћују зараду која се гарантује за приправнике који су закључили уговор о раду, што доводи до закључка да је и у адвокатури занемарена основна идеја приправништва и уговора о приправничком раду, те се приправнички стаж у већини ситуација данас обавља као рад ван радног односа. Послодавац адвокат ће сам одлучити да ли ће, сходно одредбама Закона о раду, предвидети одговарајућу новчану накнаду и друга права приправнику волонтеру са којим је закључио уговор.

VII Закључак

Неопходно је поставити нови нормативни оквир и детаљније регулисати положај приправника најпре у Закону о раду као матичном закону у области радних односа. Прецизним законским одредбама јасније би се уредио положај приправника, а нарочито њихова, права, обавезе и одговорности из радног односа. Законодавац је требало да, приликом измена и допуна Закона о раду из 2014. године, посвети више пажње институту приправништва, који је као што се могло видети из рада у једном периоду био уређен и посебним законом. Истина је да приправнички стаж више није обавезан, ако се не предвиђа посебним законима или правилницима о организацији и систематизацији послова код послодавца, али управо из тог разлога је битно да постоје јасне законске одредбе о приправницима, као и о трајању приправничког стажа. На држави је да посредством Националне службе за запошљавање обе-

збеди континуитет програма којима ће се послодавцима исплаћивати субвенције за запошљавање приправника, како би се одустало од све присутније лоше праксе ангажовања лица на основу уговора о стручном оспособљавању. Управо такав тренд, закључивања све већег броја уговора о стручном оспособљавања, а на рачун уговора о приправничком раду, доводи до масовог напуштања земље школованог кадра.

Filip BOJIĆ, M.A.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

AGREEMENT ON INTERNSHIP WORK vs AGREEMENT ON PROFESSIONAL TRAINING – THE CRISIS OF INTERNSHIPS IN MODERN SOCIETY

Summary

The subject of this paper is to analyze the internships in today's conditions, with special reference to the agreement of internship work. The author tries to problematize the basic segments of this concept and to point out the bad practice of training people to work independently under an agreement of professional training. It points to certain deficiencies in the current regulations and provides a new regulatory framework to improve the situation of trainees in the modern society.

The paper contains a comprehensive analysis of regulations governing labor relations of trainees, primarily to analyze labor relations of trainees in the general regime of labor relations and labor relations of trainees in governmental agencies, judicial authorities, and finally, a separate part of the paper analyzes the position of attorney trainees. Special attention is paid to the agreement on professional training, type of contract which is not a base for employment, and which employers are increasingly resorting to.

The author is particularly concerned with the issue of employment of trainees and opportunities for employment upon completion of internship and passed professional state exam.

Key words: *trainees, employment contract, an agreement on professional training, employers, internship.*

Бошко ЛАТКОВИЋ, мастер права
Национална служба за запошљавање

ЗАКЉУЧИВАЊЕ УГОВОРА О РАДУ СА СТРАНЦЕМ: ДОСАДАШЊИ РАЗВОЈ И АКТУЕЛНА РЕШЕЊА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Потреба доношења новог Закона о запошљавању странаца у Републици Србији може да се сведе на три најважнија аргумента: европску миграцију, растући значај економских миграција у односу на друга миграциона кретања и значај радних миграција за развој Србије и регулисање тржишта рада. Доношењем овог закона постављен је темељ свеобухватније државне политике и ефикасног и оперативног оквира за запошљавање странаца у Србији, односно успостављен је правни и институционални оквир за јединствено управљање овом врстом миграције радника. Њиме су подржани практични напори усмерени на промовисање запошљавања странаца у складу са потребама тржишта рада Србије и поједностављени услови за улазак и запошљавање одређених категорија странаца (студената, истраживача и наставника, пословних људи, висококвалификованих стручњака). Закон укључује два кључна елемента: прво, деловорни нормативни оквир усклађен са међународним правним инструментима и стандардима у вези са слободом кретања лица, и, друго, ефикасан институционални оквир са јасним разграничењима надлежности између државних органа и организација које спроводе различите аспекте запошљавања странаца (издавање радних дозвола странцима, инспекција рада, систем правне и социјалне подршке и сл.). Имајући у виду да ове функције постоје под надлежност различитих

чињих институција, административни оквир укључује сарадњу свих институција, како би се обезбедило остваривање формулисаних приоритета.

Кључне речи: заључивање уговора о љубави услуга, квота за запошљавање, независни професионалац, радна дозвола, уговор о раду, упућена лица.

I Кратак осврт на запошљавање странаца у Србији

Први видови организованог запошљавања странаца у Србији забележени су у периоду између 1917. и 1921. године, када су избеглице из Русије, по отпочињању револуције у својој држави, пристигле на територији Србије, одмах након њеног ослобођења. Организовано запошљавање руских цивилних избеглица са Крима,¹ које је започето крајем 1921, чињено је на специфичан начин и мимо постојећих домаћих институција.

Главни напори тадашње југословенске владе и руских избегличких организација били су усмерени у правцу запошљавања емиграната и стварања услова да се они интегришу у југословенско друштво и сами издржавају. Један од најприроднијих путева за остварење тог циља било је њихово запослење у струци. Да би се тај процес убрзао, прибегло се оснивању својеврсних руских берзи рада, тако да је почетком маја 1919. основан руски Биро рада,² који се налазио при Управи главног државног опуномоћеника за руске избеглице у Београду.

Посредничку улогу у запошљавању руских избеглица имале су берзе рада при разним стручним и професионалним удружењима и друштвима руских избеглица,³ као и српске берзе рада, које су поступа-

1 Избеглице из Русије пристигле су у Србију у пет великих таласа. Након последњег петог таласа новембра 1921, на територији Србије боравило је око 44.000 тзв. „кримских избеглица“. Од укупног броја, 75% пунолетних емиграната имало је средње и високо образовање, нав. према Милица Миленковић, Тома Миленковић, *Запошљавање у Србији – од зачета до ослобођења земље 1944*, књига I, Републички завод за тржиште рада, Београд, 2002, стр. 98.

2 *Ibidem*, стр. 98.

3 Најилустративнији пример у том погледу пружио је Савез руских инжењера у Југославији. Делујући врло енергично његови угледни чланови су посећивали министарства и друге државне институције препоручујући високообразовне и високостручне техничке кадрове. Захваљујући чињеници да се тада у Србији осећала велика потреба за инжењерима у министарствима, дирекцијама, управама, окрузима, срезovima и општинама запослено је око 460 инжењера и техничара најразличитијих специјалности и 300 учитеља, наставника и професора. Иако није

ле у складу са препоруком Министарства социјалне политике о потреби да се „изађе у сусрет повереницима Управе савеза руских инжењера у Југославији, када им се буду обраћали са молбом, да се нађе служба руским избеглицама, и да по могућству што више њих добију посао, уколико то не би искључивало интересе нашег радништва“.⁴

Будући да је велики број руских држављана пристигао у Србију без докумената о завршеној школској спреми и стеченим стручним квалификацијама, при Управи савеза руских инжењера, као и при другим струковним управама, формиране су посебне комисије које су на основу других докумената, изјава лица познатих научној и стручној јавности, али и на основу провере знања заинтересованих, издавала одговарајућа уверења. Без таквих уверења ниједан високообразовани руски стручњак није могао да добије запослење у Србији.

1. Прве правне кодификације у области запошљавања странаца у Србији

Запошљавање странаца у Србији добило је на интензитету у периоду 1919–1932, односно до наступања привредне кризе, тако да је број странаца који су боравили због посла у Србији привлачио све већу пажњу Министарства социјалне политике и народног здравља.⁵ Међутим, тадашње законодавство није придавало посебну пажњу странцима који су боравили по основу рада на територији државе, односно каснило је у односу на друге европске државе у погледу доношења одговарајућих законских прописа из ове области. Како би се анулирали негативни ефекти прилива све већег броја страних радника на тржиште рада Краљевине СХС, Влада је 24. новембра 1925. године донела Правилник о упослењу страних радника. Наведеним правилником, као и

прецизно установљено колико је тачно руских научних радника и универзитетских професора стигло у Краљевину СХС, према непотпуним подацима на Правном факултету у Београду, у међуратном периоду, предавало је 9 руских професора, на Филозовском 19, на Богословском 6, на Техничком 25 и на Медицинском 6.

- 4 Српске берзе рада нису у том периоду водиле статистику запошљавања на домаћем тржишту рада по националној припадности заинтересованих, тако да не постоје подаци о томе да ли су незапослени Руси уопште користили њихове услуге. Стога је почетком 1922. године Биро рада при Управи Савеза руских инжењера у Југославији израдио прву комплетну информативну документацију о руским избеглицама који траже посао у Србији. Анкетни лист је, осим личних података, садржао податке о стручној спреми, специјалности и радном искуству.
- 5 У време велике економске кризе и незапослености 1932. године, у привреди Србије радило је око 25 хиљада страних радника, што је са члановима породица укупно чинило око 50 хиљада страних држављана, нав. према: Љубомир Ж. Петровић, *Југословенско међурајно друштво у мрежи власћи*, Институт за савремену историју – библиотека студије и монографије, књига 63, Београд, 2009, стр. 102.

финансијским и буџетским законима за 1928/29, 1932/33. и 1933/34. годину, министар надлежан за социјалну политику имао је овлашћења да може посебним правним актом уредити поступак издавања дозвола за запослење странцима.

Међутим, тек Уредбом о запослењу страних држављана⁶ по први пут се у нашем правном систему започело са уређењем положаја страних радника на свеобухватнији начин. Ова уредба је од велике важности и због тога што садржи одредбе које се односе на заштиту домаћег тржишта рада од све већег прилива страних радника у условима оштре привредне кризе.⁷ Основна намера законодавца је била да у држави могу боравити само они страни радници који су захваљујући својем знању и специјалностима неопходни домаћој привреди. Ова уредба је утолико значајнија јер је прописивала обавезу страним радницима да, поред обављања свог посла, стручно оспособљавају и усавршавају домаће раднике, како би се они припремили за самосталан рад. Такође, Уредбом, Правилником за примену Уредбе о запослењу страних радника, који је донет 21. септембра исте године, као и Упутством за издавање и евидентирање дозвола на неодређено време, по први пут је јасно прецизиран начин издавања дозвола за запослење страних радника, одређени су износи такси који су послодавци били обавезни да плате приликом запошљавања страних радника и обавезане су службе за посредовање рада да воде евиденцију о свим запосленим страним радницима. Наведеним прописима одређено је да је инспекција рада надлежна за издавање радних дозвола, искључиво квалификованим радницима, на период који није дужи од годину дана. Одобрења странцима за рад дужи од годину дана, као и контрола и оверавање уговора о радном ангажовању између послодавца и страног радника, било је у искључивој надлежности Министарства социјалне политике.⁸

2. Запошљавање странаца у Србији након Другог светског рата

Ангажовање страних радника након Другог светског рата било је у надлежности Савезне управе за радну снагу, која је образована при Министарству рада ФНРЈ, односно у оквиру надлежности Управе за

6 Уредба је објављена у *Службеним новинама Краљевине Југославије* од 11. априла 1935.

7 Многе европске државе су у то време доносиле прописе које су ограничавале пријем страних радника. Тако су, рецимо, Турска, Белгија и Француска 1932. године законом предвидели забрану запошљавања у одређеним секторима привреде.

8 Ненад Ђорђевић, *Закони, Уредбе и остали йройиси, издани од 1. XII 1918. до 31. XII 1936*, Београд, 1936, стр. 329–330.

радну снагу НР Србије. Начин и поступак укључивања стручних радника из иностранства у привреду Србије регулисан је Правилником о организацији и надлежности управе за радну снагу из 1946. године. Радне јединице у оквиру Управа (тзв. реферате) имале су улогу у прихватању стручњака из иностранства и њиховом упућивању заинтересованим организацијама у оквиру одређене привредне делатности, склапању и оверавању уговора са страним радницима, издавању сагласности за обављање послова наведених у уговору и вођење евиденције о склопљеним уговорима и издатим сагласностима са странцима. Практика оверавања уговора и давања сагласности страним радницима за рад у Србији настављена је током 50-их, 60-их и 70-их година прошлог века, с тим да су ти послови били поверени Републичким бироима за посредовање рада, односно у надлежност Завода за запошљавање Народне Републике Србије и Републичког завода за запошљавање.⁹

Промене у привредном систему започете 1964. и 1965. године условиле су потребу за нормативним уређењем области запошљавања странаца. Тако је у циљу свеобухватнијег уређења ове области донет Правилник о посебним условима за ступање страног држављанина на рад у радну организацију,¹⁰ а 16. јануара 1974. године донета је и Уредба о посебним условима за ступање страног држављанина у удружени рад.¹¹ Осим наведеног, рад и запошљавање странаца у Србији у области грађевинске оперативе регулисан је Законом о уступања изградње инвестиционог објекта страном извођачу из 1976. године.¹² Наиме, Закон је прописивао да страни извођач може за изградњу инвестиционог објекта, односно за извођење појединих радова на инвестиционом објекту, запошљавати стране држављане само за инжењерско-техничке руководеће послове и за руковање специјалним средствима рада, уколико таквог профила нема у нашој држави.¹³ Наведеном одредбом је само потврђено раније прокламовано право првенства у запошљавању домаћих држављана у односу на стране држављане.

Даљи развој домаће привреде условио је да се по први пут област запошљавања странаца регулише законом. Закон о условима за заснивање радног односа са страним држављанима¹⁴ из 1978. године при-

9 Момчило Павловић, *Запошљавање у Србији – од јавне берзе до тржишта рада 1945–2000*, књига II, Републички завод за тржиште рада, Београд, стр. 275.

10 *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1965.

11 *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/1974.

12 *Службени лист СФРЈ*, бр. 24/1976.

13 Вид. чл. 17 ст. 1 Закона.

14 *Службени лист СФРЈ*, бр. 11/1978 и 64/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 42/1992, 24/1994 и 28/1996 и *Службени гласник РС*, бр. 101/2005 – др. закон.

хвата институцију одобрења за заснивање радног односа,¹⁵ тако да је њиме дозвола за рад сама по себи постала услов за правоваљано заснивање радног односа са страним радником, и која се издавала ако су били испуњени материјални услови прописани позитивним законодавством. Као један од услова Закон је прописивао обавезу претходног закључивања уговора о заснивању радног односа или уговора о вршењу привремених и повремених послова пре ступања страног радника на рад код послодавца. Одредбе Закона нису садржале норме које су изричито предвиђале право првенства домаћих радника у односу на стране раднике. Тек је Правилником о условима и начину издавања дозволе за рад странцу и лицу без држављанства¹⁶ из 2010. године покушано да се „на мала врата“ уведе тзв. тест тржишта рада, што представља устаљену праксу у већини држава развијене индустријске демократије. Наиме, наведено решење је дало могућност Националној служби за запошљавање да одбије захтев послодавца уколико у претходном поступку утврди да на тржишту рада има домаћих држављана који имају исте квалификације, знања и вештине као и страни држављанин, а које су наведене у захтеву послодавца. Новину у овом закону представљало је и увођење колизионе норме.¹⁷ Закон је прописао да се меродавно право за рад и радне односе у целини треба уредити према месту пословања правног лица, са којим се остварује рад и радни однос са страним елементом.¹⁸ Дакле, место пословања као чињеница релевантна у домаћој колизионој норми квалификује се и тумачи у складу са домаћим прописима, одређујући домаће право као меродавно.

Појам запошљавања са страним елементом у нашем праву показује суштинске разлике у односу на исте појмове у другим земљама. Наиме, за разлику од капиталистичких земаља и других социјалистичких земаља, у Србији се запошљавање посматрало у склопу удруженог рада и самоуправних принципа као јединствене целине, уз обавезно закључивање уговора о радном ангажовању, док се у западним земљама одвојено регулише однос између послодавца и радника.

15 Чланом 2 Закона прописано је да страни држављанин може засновати радни однос ако има одобрење за стално настањење, односно привремени боравак у СФР Југославији и ако добије одобрење за заснивање радног односа.

16 *Службени гласник РС*, бр. 22/2010.

17 Закон о условима за заснивање радног односа са страним држављанима, чл. 7.

18 Милан Пак, *Радни односи и социјално осигурање – унутрашњи и међународни сукоб закона*, Савремена администрација, Београд, 1979, стр. 44.

II Нови правни оквир за закључивање уговора о раду са мигрантима у Србији – Закон о запошљавању странаца

У протеклих неколико година дошло је до одређених промена у нашем друштву које су условиле измену низа прописа из области рада и радних односа, запошљавања, кретања и боравка странаца, социјалног осигурања и заштите, заштите на раду и пензијског и инвалидског осигурања. Миграције радника, технолошке, економске и организационе промене које савремена економија доноси у великој мери су утицале на интензивно мењање целокупних друштвено-економских односа у нас. Законска регулатива која се односила на могућности заснивања радног односа, рада ван радног односа и флексибилних облика рада, оснивање огранака и представништава страних правних лица, кретање радника у оквиру великих мултинационалних компанија, регулатива која се односи на боравак и кретање странаца, преговори око приступања Светској трговинској организацији, одлука о хармонизацији прописа у смислу приступања Европској унији и други разлози узроковали су потребу доношења новог закона којим би се на свеобухватнији начин регулисала област запошљавања странаца, у складу са позитивним европским законодавством.

Сагледавањем броја странаца којима је одобрен боравак по основу рада, запошљавања, обављања привредне или друге делатности долази се до готово идентичног податка, односно просечно годишње се изда око 2.500 одобрења за заснивање радног односа.¹⁹ У поређењу са бројем издатих радних дозвола земаља у окружењу, које вишеструку премашују број радних дозвола издатих у Србији,²⁰ можемо закључити да Србија свакако није имиграционо подручје, али то не значи да се стање неће у будућности променити, што представља још један разлог због којег ову област треба регулисати на савременим принципима, истовремено

19 Потребно је такође указати да су поједини прописи у Србији различито термилошки дефинисали појам акта којим се одобрава заснивање радног односа са странцем. Наиме, Закон о условима за заснивање радног односа са страним држављанима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 11/1978 и 64/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 42/1992, 24/1994 и 28/1996 и *Службени гласник РС*, бр. 101/2005 – др. закон) наводи да је то „одобрење за заснивање радног односа“, Закон о републичким административним таксама (*Службени гласник РС*, бр. 43/2003, 51/2003 – испр., 61/2005, 101/2005 – др. закон, 5/2009, 54/2009, 50/2011, 70/2011 – ускл. дин. изн., 55/2012 – ускл. дин. изн., 47/2013 – ускл. дин. изн., 65/13 – др. закон и 55/2014 – ускл. дин. изн.) наводи да се ради о „радној дозволи“, док Правилник о условима и начина издавања дозволе за рад странцу и лицу без држављанства (*Службени гласник РС*, бр. 22/2010) наводи да се ради о „дозволи за рад“.

20 Нав. према: Извештај о раду Националне службе за запошљавање за 2011. годину, бр.: 012-1-1/2012, стр. 40.

поштујући права која поједине категорије странаца треба да остварују (лица изузета од примене закона, држављани Европске уније, Европског економског простора и Швајцарске конфедерације, лица под различитим облицима међународне заштите и чланови њихових породица и сл.). Управо из тих разлога Народна скупштина Републике Србије је на предлог Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања донела Закон о запошљавању странаца.²¹ У односу на Закон о раду²² који представља општи закон којим се уређују радни односи у општем правном режиму и који се примењује како на домаће тако и на стране држављане, Закон о запошљавању странаца спада у категорију посебних закона *ratione personae* који се доноси у посебном режиму радних односа са странцима.²³

Уређивање области запошљавања странаца налази у искључивој надлежности Србије као суверене државе.²⁴ И поред тога, Србија је дужна да приликом нормативног уређивања области радних миграција примењује стандарде који су утврђени у међународним конвенцијама које је ратификовала.²⁵ Такође, Споразумом о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Републике Србије, који је потписан 29. априла 2008. године, преузете су две најважније обавезе и то успостављање зоне слободне трговине и усклађивање законодавства са правом Европске уније. Споразумом се ствара зона слободне трговине између Републике Србије и Европске уније у прелазном периоду од шест година, поштујући, између осталог одговарајуће одредбе Светске трговинске организације, Општи споразум о царинама и трговини (енгл. *General Agreement on Tariffs and Trades – GATT 1994*) и Општи споразум о трговини и услугама (енгл. *General Agreement on Trade and Services – GATS 1995*), где се Модус 4. бави прекограничним кретањима физичких лица у сврхе пружања услуга. Посебним Насловом V Споразума уређено је кретање радника, пословно

21 Службени гласник РС, бр. 128/2014.

22 Службени гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014.

23 Бранко Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 226.

24 Уставни основ за доношење Закона о запошљавању странаца садржан је у чл. 97 тач. 5 Устава Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 98/2006), према коме Република Србија, поред осталог, уређује и обезбеђује положај странаца и страних правних лица, као и у тач. 8 истог члана, према коме Република Србија уређује и обезбеђује систем у области запошљавања, као и радних односа, заштите на раду, социјалног осигурања и других облика социјалне сигурности.

25 Конвенција Међународне организације рада бр. 97 о миграцији у циљу запошљавања (Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и групе споразуми, бр. 5/1968); Конвенција Међународне организације рада бр. 143 о миграцијама у условима злоупотребе и унапређењу једнаких могућности и третмана радника миграната (Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 12/1980).

настањивање, пружање услуга, кретање капитала где су дате основе за уређивање положаја радника и чланова њихових породица, приступ стручном усавршавању, пословном настањивању, положај привредних друштава и њиховог пословања, кретања кључног особља и физичких лица која пружају услуге. Будући да се Споразумом изричито предвиђа обавеза да се у договореним роковима усклади домаће законодавство са прописима који спадају у правне тековине Европских заједница, приликом израде овог закона узете су у обзир бројне директиве Европске уније које се првенствено односе на слободу кретања и боравка, запошљавања и обезбеђивања права на рад под одговарајућим условима.²⁶

Закон уређује различите аспекте слободе кретања радника по угледу на решења из Директиве 2004/38 Европског парламента о праву грађана Уније и чланова њихових породица да се слободно крећу и бораве на територији држава чланица, којом се допуњује Уредба Комисије ЕЕЗ 1612/68 о слободи кретања радника у оквиру Заједнице.²⁷

Решавајући питања статуса држављана трећих земаља који имају одобрење за стално настањење у Републици у погледу спајања породице, законодавац је преузео решења из Директиве 2003/109 Европског парламента о статусу држављана трећих држава који су дугорочни становници,²⁸ док је у случају лакшег пријема студената и ученика, решење потражено у оквиру Директиве 2004/114 Европског парламента о условима пријема држављана трећих држава у циљу студирања, размене ученика, оспособљавања без накнаде и волонтирања,²⁹ како би се одредбе Закона ускладиле и са одредбама Закона о странцима.³⁰

Питање слободног приступа тржишту рада странцима који су поднели захтев за азил, избеглицама којима је признато право на уточиште и странцима којима је одобрена супсидијарна заштита у Србији до сада није било решено на одговарајући начин. Ова проблематика којој се придаје све већи значај захтевала је усклађивање не само са међународним конвенцијама и одговарајућим директивама Европске уније, већ и са важећим Законом о азилу.³¹ Наиме, одредбе Закона о азилу прописују изједначавање статуса избеглица којима је признато право на уточиште са странцима који имају одобрење о сталном бо-

26 Уговор о функционисању Европске уније, у чл. 45 наводи се да се слобода кретања обезбеђују у оквиру ЕУ, као и да таква слобода кретања повлачи укидање било какве дискриминације засноване на националности између радника држава чланица по питању запослења, накнада и других услова рада и запошљавања.

27 *Сл. лисџ*, бр. L 158, 30.4.2004, стр. 77–123.

28 *Сл. лисџ*, бр. L 16, 23.1.2004, стр. 44.

29 *Сл. лисџ*, бр. L 375, 13.12.2004, стр. 12–18.

30 *Службени гласник РС*, бр. 97/2008.

31 *Службени гласник РС*, бр. 109/2007.

равку у Србији у погледу права на рад. Законодавац се и у овом случају ослонио на решења које пружају релевантне директиве које уређују питања имиграције и статуса лица под међународном заштитом и њихов слободан приступ тржишту рада, као што су: Директива 2013/33 Европског парламента о успостављању стандарда за пријем подносилаца захтева за међународну заштиту;³² Директива 2001/55 Европског парламента о минималним стандардима за давање привремене заштите у случајевима масовног прилива расељених лица и мерама којима се промовише равнотежа између држава чланица које примају та лица;³³ Директива 2004/81 Европског парламента о издавању дозвола боравка држављанима трећих држава који су жртве трговине људима и који сарађују са надлежним властима;³⁴ Директива 2011/95 Европског парламента о утврђивању стандарда за држављане трећих држава или лица без држављанства као корисницима међународне заштите, односно за утврђивање једнообразног статуса за избеглице или за лица која стичу услове за супсидијарну заштиту.³⁵ Одредбе Закона, такође, дају свој допринос у борби против нерегуларних миграција по угледу на Директиву 2009/52 Европског парламента о минималним стандардима у погледу санкција и мера против лица која запошљавају држављане трећих држава са незаконитим боравком,³⁶ јер уводе казнене мере против послодавца који запошљавају странце без потребних одобрења.

Приликом уношења основних института у овај закон, а који су неопходни за окончање процеса приступања Републике Србије Светској трговинској организацији, посебно се водило рачуна о решењима која је Светска трговинска организација прописала за своје чланице Општим споразумом о трговини и услугама и захтевима чланица те организације који су постављани током процеса приступања. Иако ГАТС споразум не садржи дефиницију услуге, он ипак предвиђа четири начина њеног пружања и то: прекогранично пружање услуга (пружање услуга са територије једне на територију друге чланице); коришћење услуга у иностранству (када корисник услуге одлази у иностранство и тамо користи услугу); комерцијално присуство (оснивање предузећа на територији друге чланице са циљем пружања услуга); и присуство физичких лица (привремено присуство пружаоца услуге који није правно лице) на тржишту друге чланице ради пружања услуге. С обзиром да овај закон директно регулише начин пружања услуга кроз присуство физичких лица, посебна пажња је посвећена уношењу основних прин-

32 *Сл. лист*, бр. L 180, 26.6.2013, стр. 96–116.

33 *Сл. лист*, бр. L 212/21-212/23, 20.7.2001, стр. 12–23.

34 *Сл. лист*, бр. L 261, 29.4.2004, стр. 19–23.

35 *Сл. лист*, бр. L 337/9-337/26, 13.12.2011, стр. 9–23.

36 *Сл. лист*, бр. L 168/24, 18.6.2009, стр. 24–32.

ципа Светске трговинске организације који се односе на овај начин пружања услуга.

У складу са тим, Закон предвиђа четири поткатегорије начина пружања услуга кроз присуство физичких лица који су обавезни за све чланице Светске трговинске организације, и то: пословни посетиоци (физичка лица које привремено бораве у Републици, без стицања накнаде и без тражења запослења ради успостављања пословних контаката или присуствовања пословним састанцима и обављања других пословних активности које се односе на припреме страног послодавца да успостави присуство и отпочне са радом у Републици); кретање у оквиру привредног друштва (односи се на привремено премештање физичког лица, од стране правног лица основаног на територији друге чланице Светске трговинске организације у коме је запослен најмање годину дана од дана уласка у Републику, а ради пружања услуге на њеној територији и то искључиво унутар правног лица, филијале, огранка или представништва, које ефективно пружа исте или сличне услуге у Републици; упућена лица (физичка лица које привремено бораве у Републици на основу уговора о пружању услуга између страног послодавца, код кога је упућено лице запослено најмање годину дана, и домаћег послодавца у оквиру чијег пословања ће упућено лице пружати услуге на територији); независни професионалци (самозапослена физичка лица/ предузетници регистровани у иностранству који на основу непосредно закљученог уговора са домаћим послодавцем, односно крајњим корисником услуга, обављају послове на територији Републике). Дакле, у оквиру ове категорије, уговор се може закључити само са страним физичким лицима која поседују одговарајућа академска звања и/или техничке квалификације и релевантно радно искуство у струци.

III Кључне новине у законодавству о запошљавању странаца

За разлику од претходних прописа, одредбе овог закона недвосмислено указују да странци у Србији имају једнака права у погледу рада, запошљавања, самозапошљавања и незапослености као и домаћим држављанима. Осим тога, Закон уређује појмове запошљавања, самозапошљавања, држављана Европске уније, послодавца, страног послодавца, упућеног лица, избеглице, лица из посебне категорије странаца, студента, сезонских послова као и независног професионалца, односно јасно упућује на које категорије странаца се његове одредбе не примењују.

1. Услови за запошљавање странца

а) Услови за запошљавање држављана Европске уније

Решења која су коришћења приликом дефинисања услова за запошљавање држављана Европске уније произашла су из Директиве 2004/38. Право на слободан приступ тржишту рада у Републици, односно на запошљавање и samozapošljavanje, у складу са овим законом имају: држављани Европске уније и чланови њихове породице који нису држављани Европске уније и имају одобрење за привремени боравак за чланове породице или стално настањење у тим државама. Наведена лица, у складу са директивом и овим законом, имају слободан приступ тржишту рада и ако им радни однос престане због привремене неспособности за рад због болести или повреде на раду; ако без своје кривице остане без посла, који је у Републици трајао најмање годину дана и ако су пријављена као незапослена лица организацији надлежној за послове запошљавања; и у случају да су укључена у програме додатног образовања и обуке. Држављанину Европске уније право на слободан приступ тржишту рада траје и шест месеци након престанка запослења ако им је престао радни однос на одређено време краће од 12 месеци и ако је пријављен као незапослено лице организацији надлежној за послове запошљавања или ако у првих 12 месеци боравка без његове кривице престао радни однос на неодређено време и пријављен је као незапослено лице организацији надлежној за послове запошљавања.

На основу Директиве 1996/71 Европског парламента о упућивању радника у циљу пружања услуга,³⁷ регулисано је и право страног послодавца који има седиште у држави чланици Европске уније, Европског економског простора или Швајцарске Конфедерације, да упути странца који није држављанин Европске уније на рад у Србију без дозволе за рад.

Одредбе које се односе на услове за запошљавање држављана Европске уније донете су под одложним условом, односно примењиваће се од дана стицања пуноправног чланства Републике Србије у Европску унију, уколико Уговором о приступању не буде другачије предвиђено.

б) Услови за запошљавање странца

Запошљавање странца остварује под условом да поседује одобрење за привремени боравак или стално настањење у складу са законом којим се уређује боравак странаца и дозволу за рад. На овај начин је

37 *Сл. лист*, бр. L 18, 16.12.1996, стр. 1–6.

обезбеђено да се претходним добијањем одобрења за боравак сагледају, односно претходно провере сметње за дозволу боравка које се односе на: заштиту јавног реда и поретка, безбедности и заштите здравља становништва, као и постојање материјалних средстава довољних за издржавање странца и чланова његове породице за време боравка у Републици. Ово практично значи да је претходни услов за издавање дозволе за рад дозвола боравка коју издаје Министарство унутрашњих послова. Надлежно министарство том приликом проверава евентуално постојање претходно наведених сметњи, и уколико оне постоје, има овлашћење да одбије издавање дозволе боравка. Докази о испуњавању услова за запошљавање странца у складу са законом обавезно се чувају у пословном простору у коме странац ради из разлога надзора над применом прописа, односно како би инспектор рада могао, приликом контроле да има увид у основ за запошљавање конкретног странца.

2. Врсте дозвола за рад

Дозволом за рад сматра се акт на основу којег странац може да се запошљава или samozapoшљава, а законом је предвиђено постојање више различитих врста дозвола за рад. Наиме, дозвола за рад се може издати као лична радна дозвола и радна дозвола.³⁸

а) Лична радна дозвола

Лична радна дозвола је врста дозволе за рад која омогућава странцу слободно запошљавање, samozapoшљавање и остваривање права по основу незапослености у Србији. Ова дозвола издаје се на период док траје стално настањење, односно лична карта издата странцу који има стално настањење, или док траје привремени боравак, односно док лице има одговарајући статус у Републици. Неподељено је мишљење да странци који испуњавају услове за добијање овог статуса оправдано треба да имају слободан приступ тржишту рада, односно да остварују сва права као и домаћи држављани, што је предвиђено и Директивом 2003/109.

Лична радна дозвола се издаје на захтев самог лица, ако има одобрење за стално настањење, ако има статус избеглице, или припада посебној категорији странца. Оно што представља новину је да се лична радна дозвола издаје и на захтев члана породице странца који има одобрење за стално настањење, статус избеглице под условом да

38 Више о овоме вид. у: Правилник о дозволама за рад (Службени гласник РС, бр. 136/2014).

тај члан породице има важећу дозволу за боравак ради спајања породице, или је странац члан уже породице домаћег држављана или странца српског порекла до трећег степена сродства у правој линији, уколико лице испуњава услов у погледу минималних година живота за заснивање радног односа. И у овом случају издавање дозволе за рад следи након одобреног боравака, с обзиром да се и при давању дозволе боравак води рачуна о спајању породице.

Лична радна дозвола издаје се и посебној категорији странаца, и то тражиоцима азила, особама са привременом заштитом, жртвама трговине људима и особама са супсидијарном заштитом. Дужина трајања ове врсте дозволе зависи од дужине трајања статуса самог лица, а ситуација на тржишту рада може бити узета у обзир приликом издавања ове дозволе, уколико се донесе одлука о квоти. Међутим, разматрање статуса посебне категорије странаца не би било потпуно уколико не би поменули Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици.³⁹ Наиме, у Поглављу VII Конвенције које говори о миграцијама и азилу наводи се обавеза државе чланице Савета Европе која је ратификовала ову конвенцију да обезбеди да жртви чији боравишни статус зависи од супружника у складу са националним законодавством, у случају раскида брака односно везе, и посебно тешких околности, на захтев добију дозволу боравака без обзира на дужину трајања брака или везе. Будући да је Србија ратификовала наведену конвенцију, она је тиме прихватила обавезу да продужи привремени боравак страном држављанки жртви насиља⁴⁰ и да јој омогући слободан приступ тржишту рада издавањем одговарајуће личне радне дозволе за период трајања привременог боравака.

б) Радна дозвола

Радна дозвола је врста дозволе за рад која се може издати као: радна дозвола за запошљавање, радна дозвола за посебне случајеве запошљавања и радна дозвола за самозапошљавање. Законом је предвиђено да странац са радном дозволом може у Републици да обавља само послове за које је добио дозволу. То заправо значи да послодавац не може странца за кога је добио радну дозволу да распореди на друго радно место или послове за које се захтева другачија квалификација, знања и способности, искуство и др.

39 Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 4/2014. Конвенција је ратификована 21. новембра 2013, а ступила на снагу 1. августа 2014.

40 Чл. 26 ст. 1 тач. 4 Закона о странцима прописује да се привремени боравак може одобрити дуже од 90 дана због других оправданих разлога у складу са законом или међународним уговором.

Закон прописује и одређене обавезе послодавца. Наиме, послодавац на чији је захтев издата радна дозвола не може да упути странца на рад код другог послодавца, у обавези је да пријави странца на обавезно социјално осигурање и сноси трошкове издавања радне дозволе. Послодавац који је запослио странца без одговарајућег одобрења за боравак и радне дозволе дужан је да му исплати сва новчана потраживања, у складу са прописима о раду, са припадајућим порезима и доприносима за обавезно социјално осигурање.

1) Радна дозвола за запошљавање

Радна дозвола за запошљавање издаје се на захтев послодавца, у складу са стањем на тржишту рада, што значи да је могуће квотом ограничити број ових дозвола. И ова радна дозвола издаје се за запошљавање странца који има одобрење за привремени боравак и испуњава све услове из захтева послодавца који се односе на одговарајућа знања и способности, квалификације, претходно искуство за запошљавања управо тог лица на конкретним пословима.

Послодавац на чији захтев је издата радна дозвола за запошљавање је у обавези да обавести организацију за запошљавање ако странац не отпочне са радом у року од 15 дана од дана издавања радне дозволе за запошљавање. Одредбе овог закона дају могућност послодавцу да може запослити студента, с тим да обављање послова у периоду када трају наставне активности може да траје најдуже 20 сати недељно, односно 80 сати месечно. Такође, услови за издавање радне дозволе за обављање сезонских послова су да странац има одобрење за привремени боравак, закључен уговор о раду са послодавцем, као и акт послодавца којим се утврђује начин смештаја и исхране за време боравка и рада у Републици.

2) Радна дозвола за посебне случајеве запошљавања

Радна дозвола за запошљавање издаје се на захтев послодавца и у посебним случајевима запошљавања, и то: када се ради о упућеним лицима која су запослена код страног послодавца, кретања у оквиру привредног друштва и рада независних професионалаца. Овим чланом су у оквиру посебних случајева запошљавања набројана три института које предвиђа ГАТС споразум и чије је законско регулисање захтевано од стране чланица Светске трговинске организације током процеса приступања.

Радна дозвола за упућена лица издаје се на захтев послодавца ради обављања послова или вршења услуга са упућеним странцем који је запослен код страног послодавца који има уговор са домаћим по-

слодавцем на основу кога обавља послове на територији Републике. На упућена лица од стране страног послодавца регистрованог за обављање делатности у држави са којом Република има закључен међународни споразум којим се регулише упућивање, примењују се одредбе тог споразума.⁴¹ Ова радна дозвола издаје се ако је странцу одобрен привремени боравак, ако постоји закључен уговор између послодавца за кога се врше услуге и страног послодавца који обавезно садржи место и рок за обављање посла и ако је упућени радник запослен код страног послодавца најмање једну годину а за упућивање поседује акт свог послодавца на основу кога се сагледава начин остваривања права и обавеза из рада, као и начин смештаја и исхране за време боравка и рада у Републици. Ова дозвола издаје се за период који није дужи од једне године, односно за период за који је закључен уговор између послодавца за кога се врше услуге и страног послодавца.

Радна дозвола за кретање у оквиру привредног друштва издаје се на захтев огранка страног послодавца, односно зависног друштва које је регистровано у Републици, у циљу привременог премештања свог запосленог на рад у тај огранак, под условом да је странац у том привредном друштву запослен најмање годину дана на пословима руководиоца, менаџера или специјалисте за поједине области (кључно особље), као и да ће у Републици обављати исте послове. Ова дозвола се издаје на период док траје привремени боравак, али не дуже од једне године.

Радна дозвола за независног професионалца, односно страног физичко лице – предузетник регистрован у иностранству који на основу непосредног уговора са домаћим послодавцем или крајњим корисником услуга обавља послове на територији Републике, издаје се на захтев тог корисника услуга. Ова дозвола издаје се под условима да независни професионалац поседује одобрење за привремени боравак, да има закључен уговор са домаћим послодавцем или крајњим корисником услуга који обавезно садржи рок за обављање посла не дужи од годину дана и да поседује одговарајуће високо образовање или техничке квалификације и релевантно радно искуство у струци. Период на који се издаје ова дозвола је онај који је потребан за обављање посла али не дуже од годину дана.

3) Радна дозвола за самозапошљавање

Радна дозвола за самозапошљавање издаје се на захтев странца који има одобрење за привремени боравак у Републици. Приликом по-

41 Више о овом питању вид. у: Бошко Латковић, *Билајтерални споразуми о социјалном осигурању, с посебним освртом на заштитну миграцију за случај незапослености*, мастер рад (необјављен), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, стр. 118–119.

дношења захтева за издавање ове радне дозволе, странац доставља: изјаву о врсти, трајању и обиму активности којима планира да се бави; доказ да има одговарајуће квалификације за обављање конкретне делатности; предуговор или уговор о располагању пословним простором у смислу власништва или закупа; доказ да располаже одговарајућом опремом за обављање конкретне делатности; изјаву о броју и структури држављана Републике, лица која имају слободан приступ тржишту рада или странаца са личном радном дозволом које планира да запосли. Странац који добије радну дозволу за samozапoшљавање у обавези је да у року од 90 дана од дана добијања радне дозволе отпочне обављање делатности, односно да се samozапoсли, у супротном ће дозвола бити поништена.

Период на који се издаје радна дозвола за samozапoшљавање зависи од дужине боравка коју то лице поседује. Тако, радна дозвола за samozапoшљавање издаје се на период док траје одобрење за привремени боравак, а најдуже на годину дана уз могућност продужења под условом да странац докаже да наставља обављање истог посла под условима под којима је добио дозволу.

3. Ограничавање запошљавања странаца

Прописи који регулишу област запошљавања странаца у државама чланицама Европске уније садрже одредбе којима се прописује обавеза спровођења поступка процене домаћег тржишта рада за запошљавањем странаца. Овај поступак је поверен јавним службама за запошљавање у чијој надлежности се налази издавање радних дозвола странцима. Јавним службама за запошљавање су у том поступку на располагању две мере: тест тржишта рада и квотни систем. Увођењем ових мера законодавац настоји да: заштити домаће тржиште рада од већег и неконтролисаног запошљавања странаца; омогући запошљавање странаца само у оноликом броју који је потребан развоју домаће економије; дозволи запошљавање странаца само у секторима привреде где је уочен недостатак домаћих радника; учини лакши приступ тржишту рада само оним странцима чија су занимања у држави домаћина означена као дефицитарна. Како постоје извесне недоумице у погледу значења ових термина, за потребе овог реферата неопходно је указати на следеће разлике. Наиме, квотни систем представља унапред утврђено ограничење за пријем радника миграната у државу домаћина који се утврђује на годишњем нивоу на основу претходно утврђене потребе тржишта рада за ангажовањем страних радника. С друге стране, тест тржишта рада је осмишљен као инструмент којим се утврђује да ли на домаћем тржишту рада има довољно радника који могу обављати послове за које се траже

страни радници. Тест тржишта рада увек захтева од послодавца који жели да запосли странца да огласи слободно радно место преко јавне службе за запошљавање, односно да понуди доказе да је претходно предузео одређене кораке у циљу запошљавања домаћих радника ради обављања послова за које тражи стране раднике.

И овај закон уводи могућност ограничавања броја странаца којима се издају дозволе за рад путем система квота што је у складу са правилима Светске трговинске организације и Европске уније. Тако, Закон предвиђа да Влада одлуком може да ограничи број странаца којима се издаје дозвола за рад, односно утврди квоту, у складу са миграционом политиком и стањем и кретањем на тржишту рада, што може бити у следећим случајевима: наглог повећања стопе незапослености или смањења обима послова у Републици, у појединим делатностима, гранама, на појединим подручјима или у појединим занимањима; постојања великог броја вишка запослених код послодаваца на територији Републике; мање потребе за запошљавањем и радом странаца која је резултат активне политике запошљавања; или у случају постојања других поремећаја на тржишту рада, ако је извесно да ће на тај начин поремећаји бити ублажени.

IV Закључак

Поред тога што је извор емиграционих кретања, Република Србија такође преживљава искуства других земаља Централне и Источне Европе које су, током сопственог пута ка уласку у Европску унију, приметиле повећање прилива миграната како су се ближиле чланству у Европској унији. Тренутно кретање ка приступу Европској унији и текуће тржишне реформе су већ почеле, мада у релативно умереном степену, да привлаче раднике мигранте у Србију, претварајући је у земљу одредишта. Постоји општи консензус да одлике и обим процеса запошљавања странаца лежи у директној спрези са општим привредним развојем земље. Управо из тих разлога нова законска решења постављају основ за стварање позитивног амбијента за страна улагања због једнообразности регулативе, свеобухватно регулисање могућности заснивања радног односа закључивањем уговора о раду са странцима али истовремено и закључивање других уговора којима се остварују права по основу рада, изједначавање страних држављана који имају стално настањене на територији Републике са домаћим држављанима у погледу могућности запошљавања на свим пословима и остваривања права по основу незапослености, убрзано и поједностављено издавање дозвола за рад када су оне услов за рад појединих категорија странаца, омогућавање спајања

породице радника мигранта у одређеним случајевима, могућност доношења одлуке о ограничавању броја странаца који се могу запослити у Републици, односно утврђивања квота, у циљу вођења активне политике запошљавања држављана Републике, вођење евиденција које се односе на издате дозволе за рад и остваривање права на рад странаца у циљу добијање тачне слике стања у Републици када се ради о радним миграцијама, специфичан и делотворан надзор над остваривањем права на рад странаца и друга питања од значаја за запошљавање.

Потребно је напоменути да је пре ступања на снагу Закон био на јавној расправи, а на његове одредбе мишљење су дале сви релевантни органи и организације, као и Социјално-економски савет, док су у радној групи за његову израду учествовали представници: Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Министарства унутрашњих послова, Министарства спољних послова, Министарства унутрашње и спољне трговине и телекомуникација, Комесаријата за избеглице и миграције и Националне службе за запошљавање, а током његове израде обављене су и консултације са страним експертима у оквиру пројекта под називом: „Припрема институција тржишта рада Републике Србије за Европску стратегију запошљавања“.

Boško LATKOVIĆ, M.A.
National Employment Service

CONCLUSION OF THE CONTRACT OF EMPLOYMENT WITH FOREIGNER: PAST DEVELOPMENTS AND CURRENT SOLUTIONS IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The need for a new Law on Employment of Foreigners in the Republic of Serbia hinges on the three most important arguments: the European integration process, the growing significance of economic migrations relative to other migration types and the importance of labour migrations for Serbia's development and labour market regulation. The passage of this law has set the foundations of a more comprehensive public policy and an efficient and operational framework for employment of foreigners in Serbia, i.e. the law has established a legal and institutional framework for integrated management of this type of labour

migrations. It supports practical efforts aimed at promoting the employment of foreigners in accordance with the needs of the Serbian labour market and simplifies the requirements for immigration and employment of certain categories of foreigners (students, researchers, academics, businesspersons, highly qualified experts). The law envisages two key elements: firstly, an effective legal and normative framework harmonized with international legal instruments and standards relating to the freedom of movement and, secondly, an efficient institutional framework for clear demarcations of competences among the public bodies and organizations responsible for various aspects of the employment of foreigners (issuance of work permits to foreigners, labour inspection, the legal and social support system and the like). Since these functions fall under the competence of various institutions, the administrative framework envisages the cooperation of all institutions, with a view to ensuring the achievement of the formulated priorities.

Key words: *conclusion of contracts on the provision of services, employment contract, independent professional, secondment, quota, work permit.*

ПОРЕСКО ПРАВО

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

ПОГЛЕД НА ОПШТИ ПОРЕСКИ ПРОЦЕСНИ ЗАКОН^{*} – неке одабране управне дилеме –

Резиме

Аутор *предлаже доношење бољијуно новој бољшеј пореској процесној закона Србије који би био краћи, једноставнији, савременији, прецизнији, уз јасан и доследан однос са Законом о бољшем ујравном бољуйку (даље у тексту: ЗУП). Њиме би се нарочито допринело деловорнијем задовољењу и припадајућеј јавној – фискалној интереса, и појединачних интереса грађана и јравних лица у пореским ујравним стварима; лакшем и бољијунијем остварењу и заштити како законности, тако и слобода и права грађана у процесу непосредне примене прописа у овој слојевитој и деликатној ујравној материји. Нови бољши порески ујравно-процесни пропис имао би у бољеду својих начела (предвиђених круцијалних принципа) примати над другим посебним процесним пореским законима, али не и у односу на начела ЗУП-а. Ова бољоња оствају да вреде једнако и обавезујуће у свим ујравним областима, па и у оној пореској.*

De lege ferenda, аутор сматра прикладним нови назив закона – Закон о пореском бољуйку, при чему пореска ујрава треба да буде уређена посебним организационим законом.

Кључне речи: *lex specialis, пореска ујравна ствар, странка, порески ујравни акти, жалба, принудна наплата, ујравни спор.*

^{*} Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду (2015).

I Увод

Две су стандардне категорије ујравних јосиујака – општи управни поступак и посебни поступци. Опште управно-процесне норме важе за сва питања поступка за која, у односу на сваку управну материју понаособ, није установљена нарочита регулатива. А процедура поступања пореских органа приликом извршавања/спровођења пореских закона може се назвати пореско-процесно право.¹ Специјалне процесне клаузуле не би смеле да буду у суйројности са основним јравним начелима ујравној јосиујања. Ово вели и одредба члана 3 ЗУП-а Србије. Међутим, у домаћем праву, Закон о јореском јосиујуку и јореској администирацији,² на пример, као специјалан закон (премда општег карактера у односу на друге законе из пореске области), садржи темељну одредбу о „односу према другим законима“ (члан 3) којом се овај пропис ставља изнад ЗУП-а, чак и у погледу његових начела (о чему нешто касније).

Текст који следи нема за предмет ни пореску управу (администрацију), а ни правно уређење пореских деликата; узгред, налазим да пореска управа и припадајућа правила (тако, порески информациони систем и друго) треба убудуће да буду садржана у посебном организационом закону. Речју, анализирао сам постојећи текст ЗПППА малтене искључиво са гледишта ЗУП-а.

II Однос ЗПППА и других сродних процесних закона

Однос ЗУП-а и посебних управно-процесних закона почива на два принципа. Прво – суйсидијарности ЗУП-а при примењивању његових процесних правила у посебним управним областима. Посебна правила имају приоритет у датој области у односу на правила ЗУП-а, под претпоставком поштовања начела општег управног поступка. Друго – правила ЗУП-а имају дојунски карактер у погледу питања која одговарајућим посебним законом није било потребно регулисати (на

1 За шире упознавање вид. Antonio Berliri, *Principi di diritto tributario*, I, Milano, 1952; *Data processing in Taxation*, Proceedings of the 42. Congress of the International Fiscal Association in Amsterdam 1988, Deventer 1989; Achille Donato Giannini, *Instituzioni di diritto tributario*, Milano, 1974; Дејан Поповић, *Коментар Закона о јореском јосиујуку и јореској администирацији*, Београд, 2003; Luigi Rastello, *Diritto tributario, Principi generali*, Padova, 1994; Мирко Кулић, *Пореско процесно јраво, јорески јосиујак*, Београд, 2007; Зоран Томић, „Извори података за утврђивање пореске обавезе“, у: Мирослав Петровић, Дејан Поповић (уредници), *Ојорезивање и јореско јраво*, Београд, 1989, стр. 267–277.

2 Закон о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени јласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, даље у тексту: ЗПППА).

пример, код достављања, решавања претходног питања, повраћаја у пређашње стање, изузећа, одржавања реда у поступку и сл.).

ЗПППА прописује (члан 3 – *Однос са дружим законима*): „Ако је другим законом питање из области коју уређује овај закон уређено на друкчији начин, примењују се одредбе овог закона“ (члан 3 став 1). „Ако овим законом није друкчије прописано, порески поступак се спроводи по начелима и у складу са одредбама закона којим се уређује општи управни поступак“ (став 2). Ова одредба је директно у супротности са нормом члана 3 ЗУП-а која ће по свој прилици остати и у наредном тексту ЗУП-а. Јер, начела ЗУП-а морају да вреде и за све посебне управне области – не смеју се дерогирати нормама посебних управно-процесних закона. Међутим, у делокруг Уставног суда Србије *prima facie* не улази оцењивање законитости закона: у правном систему Србије начелно нема виших – основних, и нижих законских текстова; сви закони су једнаке правне снаге.³ Дакле, нареченим одредбама члана 3 ЗПППА-а, утврђен је *primarily* ЗПППА-а у *процесним и иштањима пореске области* у односу на све *друге домаће не-судске законе* (sic!) чије би се норме могле применити на порески поступак; не и погледу судовања у пореским управним стварима (вид. члан 140 ЗПППА, о чему на одговарајућем месту). Ту правно вреди Закон о управним споровима (ЗУС).⁴

С друге стране, Устав Србије утврђује да је „правни поредак јединствен“.⁵ Уставни суд у примени ових одредба цени и „законитост појединих закона“ њихову међусобну усклађеност са становишта јединства правног система. При томе се појединим законима даје квалификатив скоро „системских“ од којих одредбе других, такође меродавних у датој материји не смеју одступати.⁶ Посебно са становишта

3 По члану 167 Устава Републике Србије и на њему заснованом Закону о Уставном суду (*Службени гласник РС*, број 109/07, 99/11).

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

5 Устав Србије, чл. 4 ст. 1. Исто је наведено и у одредби Устава, чл. 194 ст. 1.

6 а) Утврђује се да одредбе члана 20 став 12 у делу који гласи: „и сматра се да је достављено странкама у поступку даном објављивања“ и члана 20 став 13 у делу који гласи: „односно објављивања у Службеном гласнику Републике Србије“ Закона о експропријацији (*Службени гласник РС*, бр. 53/95, 23/01 и 20/09), нису у сагласности са Уставом и потврђеним међународним уговором. Из образложења: „Решењем Уставног суда број Пуз-17/2011 од 31. октобра 2012. године, поводом поднете иницијативе, покренут је поступак за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговором одредаба члана 20. став 12. и 13. Закона о експропријацији“ (*Службени гласник РС*, бр. 53/95, 23/01 и 20/09). Доносећи наведено решење, Уставни суд је оценио да има основа за покретање поступка нормативне контроле наведених одредаба оспореног акта и да се као спорна могу поставити следећа уставноправна питања:

...да ли је оспорена одредба члана 20 став 12 Закона у сагласности са начелом јединства правног поретка, утврђеним чланом 4 став 1 Устава, имајући у виду да

снижавања утврђених људских слобода и права у одређеној области. Тако, примерице, посебни закони у погледу појединих управних области

уставно начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду поштовани и у посебним законима, па и у случају када је системским законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања;

...Уставом Републике Србије утврђено је: да је правни поредак јединствен (члан 4 став 1); да се јемчи једнака заштита права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе и да свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу (члан 36); да се јемчи мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона, да право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне, да се законом може ограничити начин коришћења имовине и да је одузимање или ограничење имовине ради наплате пореза и других дажбина или казни, дозвољено само у складу са законом (члан 58); да Република Србија уређује и обезбеђује остваривање и заштиту слобода и права грађана и уставност и законитост поступка пред судовима и другим државним органима, као и својинске и облигационе односе и заштиту свих облика својине (члан 97 тачка 2 и 7); да сви закони и други општи акти донети у Републици Србији морају бити у сагласности са Уставом, да закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права (члан 194 став 3 и 5); да појединачни акти и радње државних органа, организација којима су поверена јавна овлашћења, органа аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, морају бити засновани на закону и да законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита (члан 198).

У односу на достављање писмена у управном поступку, Уставни суд истиче да је неспорно да оно треба и мора да трпи промене које су наметнуте динамичним темпом савременог живота, новим технолошким могућностима и потребом да вођење поступка буде ефикасно и економично. Сагласно наведеном, у појединим законима у Републици Србији је већ предвиђено одступање од начина доставе какве познаје Закон о општем управном поступку. Тако је одредбама члана 36 Закона о пореском поступку и пореској администрацији прописано да се порески акти у писменом облику достављају на начин уређен овим законом (став 1), док је ставом 5 овог члана предвиђена могућност доставе пореских аката и електронским путем преко и-мејла. Законом о планирању и изградњи је, такође, предвиђена могућност доставе појединих управних аката, поред прибијања на огласну таблу надлежног органа, и прибијањем на објекат који се гради, односно употребљава (члан 182 Закона).

Међутим, увођењем промена у начину достављања писмена у појединим управним поступцима, према схватању Уставног суда, не могу се довести у питање основна начела управног поступка, као што су заштита странака у поступку, односно заштита права појединаца, с једне стране и заштита јавног интереса, са друге стране, нарочито у случајевима када понашање странке онемогућава уредно достављање управног акта. Наиме, чланом 6. Закона о општем управном поступку прописано

којима се одступа од норми ЗУП-а⁷ морају да буду складу са основним начелима опште управне процедуре. Наиме,⁸ „достигнути ниво људских и мањинских права не може се снижавати“.

је да су органи дужни да при вођењу поступка и решавању у управним стварима, странкама омогуће да што лакше заштите и остваре своја права и правне интересе, водећи рачуна да остваривање њихових права и правних интереса не буде на штету права и правних интереса других лица, нити у супротности са законом утврђеним јавним интересима.

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

Дакле, ако се посебним законом, односно у овом случају Законом о експропријацији, уведе специфичности којима се одступа од општих правила управног поступка, Уставни суд је оценио да се таквим решењима не може слабити (угрозити) положај једне стране у поступку и тиме довести у питање остварење заштите њених права у поступку, односно уводити неједнако поступање према странкама у поступку. Наиме, Уставни суд сматра да уколико се у одређеном управном поступку предвиде сва наведена одступања из Закона о општем управном поступку, тада се одређеним правним решењима мора обезбедити баланс којим би се предвиђена заштита правног интереса појединца, односно, у конкретном случају, власника непокретности и фактички могла остварити. С тим у вези, Уставни суд истиче да предвиђени начин доставе Владиног решења из оспорене одредбе Закона о експропријацији, не омогућава власнику непокретности да се на примерен начин фактички (стварно) упозна са актом којим је посредно одлучено и о његовом правном интересу, како би квалитетно и у року могао сачинити поднесак, тј. тужбу, којом ће покренути управни спор и тако заштити свој интерес, на начин утврђен Уставом. Ово је, по оцени Суда, посебно битно и због тога што једном утврђен јавни интерес за експропријацију одређене непокретности, који није оспорен вођењем управног спора, представља неспорну чињеницу, која се не може побијати у другој фази поступка експропријације, када надлежни орган управе доноси решење о експропријацији конкретне непокретности и на које странка у поступку може уложити жалбу министарству надлежном за послове финансија...“ (УС број: IУз – 17/2011).

б) Утврђује се да одредбе члана 19 тачка 3 и 4 Закона о кинематографији (*Службени гласник РС*, бр. 99/11 и 2/12-исправка) нису у сагласности са Уставом. Из Образложења: „...Уставом Републике Србије утврђено је: да је правни поредак Републике Србије јединствен (члан 4 став 1 и члан 194 став 1); да Република Србија уређује и обезбеђује, између осталог, системе у областима културе и јавног информисања и финансирање остваривања права и дужности Републике Србије, утврђених Уставом и законом (члан 97 тачка 10 и 15).

У будућем новом/промењеном општем пореском процесном закону, морају се битно другачије одредити законски приоритети: а) Потврдити примат начела ЗУП-а над свим другим – па и оним пореским – процесним законима, при чему се тим осталим прописима не би смело ићи испод нивоа правне заштите постављеног ЗУП-ом. Дакле, легитиман је став да се поједина питања управног поступка могу посебним законом другачије уредити ако је то неопходно за поступање у појединим управним областима, ако то није у супротности са основним начелима утврђеним овим законом и ако се тиме не снижава ниво заштите права и правних интереса странака обезбеђен овим законом; б) *De lege ferenda*, примат посебних пореских закона у погледу њима предвиђених неопходних процесних специфичности у односу на општи порески процесни закон – у којем би се међутим тачно навели они темељени пореско-процесни принципи, кључне одредбе од којих се не може одступити у посебној пореској процесној регулативи.

III Начела ЗПППА-а

Актуелни текст ЗУП-а у основи потиче још из 1997. године. До доношења новог ЗУП-а – чија је израда одавно у току – он се, уз мање измене и терминопипча усклађивања (из 2010. године) примењује се као закон Србије. Општи управни поступак је садржи више основних начела.⁹ Поред њих, неопходно је и у ЗУП и у ЗПППА (непосредно

Полазећи од свега наведеног, Уставни суд је оценио да се прописаним начином обезбеђења средстава за подстицање домаће кинематографије из члана 19 тачка 3 и 4 Закона о кинематографији, тј. издвајањем дела прихода агенција из области радиодифузне делатности и делатности у области електронских комуникација, нарушава начело јединства правног поретка из члана 4 став 1 и члана 194 став 1 Устава, имајући у виду да овакав вид издвајања средстава не само да није предвиђен системским законима из ових области, већ се његовим успостављањем нарушавају системска решења из ових закона везана за финансирање агенција којима је законом поверено вршење јавних овлашћења у овим областима. С тим у вези, Уставни суд посебно истиче да наведеним системским законима није предвиђена могућност уређења појединих питања на другачији начин од решења предвиђених у тим законима...“ (УС број: ИУз-128/2012).

7 По овлашћењу ЗУП, чл. 3.

8 Према Уставу Републике Србије, чл. 20 ст. 2.

9 То су: 1) о примени ЗУП-а – о његовом важењу (члан 1–2) и односу са законима који садрже посебна процесна правила (члан 3); 2) начело законитости (члан 5); 3) начело заштите права грађана и заштите јавног интереса (члан 6); 4) начело ефикасности (члан 7); 5) начело истине (члан 8); 6) начело саслушања странке (члан 9); 7) оцена доказа при утврђивању чињеничног стања (члан 10); 8) самосталност у решавању (члан 11); 9) начело двостепености поступка – начело о праву на жалбу (члан 12); 10) правноснажност решења (члан 13); 11) начело економичности по-

или посредно) уградити европска начела ваљане управе (енгл. *good administration*).¹⁰ Она треба да обезбеде, нарочито:¹¹ а) владавину права (енгл. *the Rule of Law*) током управне процедуре (енгл. *the principle of legality of public administration*); б) коректно понашање органа према странкама у поступку, посебно заштиту њиховог достојанства и приватности, праћену етичношћу, објективношћу и политичком неутралношћу управних службеника (енгл. *faire procedure – due process*); в) сразмерност употребљених средстава и мера спрам циља који се жели постићи, не дирајући прекомерно и непотребно (већ само неопходно) у интегритет позиције грађана и правних лица у поступку (енгл. *proportionality*);¹² г) начело забране дискриминације, тј. начело једнакоправности; д) начело предвидивости и извесности – заштите легитимних очекивања, као и поузданости и уједначености (конзистентности) управних мера (одлука и радњи);¹³ ђ) начело обзирног и брижљивог вођења поступка – целовито и непристрасно сагледавање сваког релевантног састојка конкретног

ступка (члан 14); 12) начело пружања помоћи неукој странци (члан 15); 13) начело о употреби језика и писма (члан 16).

- 10 Посебно издавајам Повељу основних права Европске уније (енгл. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*) из Нице 2000. године, члан 41 (Право на ваљану управу). Илустрације ради, из обиља меродавне правне књижевности овде упућујем само на Paul Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006; Guy Issac, *Droit Communautaire Général*, Paris, 1983; John A. Usher, *General Principles of EC Law*, London, 1997; Hilf Grabitz, *Das Recht der Europäischen Union*, Kommentar, I–V, München, 2005; Trevor C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1998; Helmut Lecheler, *Einführung in das Europarecht*, 2. Auflage, München, 2003; Будимир Кошутић, *Увод у љраво Евројске уније*, Београд, 2006, стр. 48 и 170; Радован Д. Вукадиновић, *Право Евројске уније*, 4. издање, Крагујевац, 2006, стр. 120 и даље; Марко Давинић, *Евројски омбудсман и лоша уљрава (маладминисљрашион)*, докторска дисертација (необјављено), Београд, 2008, стр. 90–99; Александра Рабреновић, „Начела ‘квалитетне управе’ у праву Европске уније“, *Јавна уљрава*, бр. 1/02, стр. 155–173.
- 11 Зоран Р. Томић, *Коменљар Закона о уљравним сљоровома са судском љраксом*, 2. издање, Београд, 2012, стр. 60–63.
- 12 У једном Нацрту новог ЗУП-а Србије (из 2013. године) – који ћемо цитирати у даљем тексту – пише (*Начело сразмерности – члан 6*): „1) Свака активност органа која може да ограничи право појединца или да утиче на његов правни интерес мора бити у складу са начелом сразмерности. Управна активност је у складу са начелом сразмерности само када је прикладна и потребна да се постигне сврха коју је прописао закон, а нема начина да се иста сврха постигне мањим ограничењем права, при чему се њоме не задире у суштину зајемченог права. 2) Када се странкама и другим учесницима у поступку налажу обавезе, орган је дужан да примени оне од мера предвиђених прописима које су за њих повољније, ако се и таквим мерама постиже сврха закона“.
- 13 Према истом Нацрту новог ЗУП-а Србије (*Начело зашљитиље лејљитимних очекивања сљранана* – члан 5), „орган је дужан да поступа у складу са ранијим одлукама које је донео у истим или сличним стварима, осим када је оправдано и на закону засновано да поступи другачије, што се мора посебно образложити“.

случаја (и у правном и у чињеничном погледу); е) истражно начело;¹⁴ ж) начело приступа подацима и заштите података;¹⁵ з) коришћење савремених информационих поступака у управној делатности, посебно у општењу са странкама у управном поступку („е-управа“); и) пружање управних услуга на једном месту – јединствено управно место као допринос концентрацији поступка и олакшање комуникације странака у поступку (енгл. *point of single contact*).

Суштина европских управноправних стандарда јесте да се управни поступак скрати, поједностави, одмерено дерегулише/деформализује, концентрише, рационализује и убрза (енгл. *efficient*), али не на штету делотворности (ефективности, енгл. *effective*) правне сигурности, законитости и начела истине. Уз то, нарочито, пресудан је *активан њоложај сйранке у ѡрозрочно ѡројектйованој уйравној ѡроцедури ка својејврсног процесног сарадника органа у примени права*.

Потребно је ревидирати и већ постојећа пореско-процесна начела. На пример, начело истине је *de lega lata* уклопљено у начело законитости (ЗПППА, чл. 4 ст. 3), а треба да буде издвојено, уочљиво. А начело законитости код поступања у на основу дискреционог овлашћења (ЗПППА, чл. 4 ст. 2) своди се на избор између предвиђених законских солуција, предлажем – и то у „границама датог овлашћења, уз поштовање његове сврхе/циља“ (а не „у границама закона“, како сада прешироко пише). Код начела омогућувања увида у чињенице (члан 6), то право припада не само пореском обвезнику, већ и свим заинтересованим лицима, на њихов захтев. Такође, начело „поступања у доброј вери“ је нејасно (члан 8 став 1), сматрам и непотребно: оно је тешко примењиво и проверљиво, делује строго едукативно, чак моралистички. Узгред, исправно је у том контексту говорити о странама у пореском односу, а не у пореском поступку (како сада пише). У пореском поступку је, пак, реч о учесницима: порески орган (пореска управа), странка итд. Уз то, принцип „поступања у доброј вери“ је у важећем тексту помешан са начелом пропорционалности (члан 8 став 2). Рецимо, уместо садање

14 По дотичном Нацрту домаћег ЗУП-а (*Истйражно начело – члан 10*): „1) Орган самостално одлучује о начину утврђивања чињеница и оцењује да ли је чињеница или околност од утицаја на предмет поступка. 2) Орган је дужан да по службеној дужности изврши увид, прибави и обради податке из доступних евиденција, односно регистара које у складу са посебним прописима воде државни органи, органи територијалне аутономије, јединица локалне самоуправе и имаоци јавних овлашћења. 3) Орган може да захтева од странке само податке неопходне за њену идентификацију и документе који потврђују чињенице и околности о којима се не води службена евиденција“.

15 У Нацрту ЗУП-а (*Начело ѡрситйуиа ѡодацима и зашйтйиће ѡодайтака – члан 15*) пише: „1) Органи су дужни да у управном поступку странкама и другим лицима омогуће приступ информацијама од јавног значаја у складу са законом. 2) У поступку се морају заштитити лични и тајни подаци, у складу са законом“.

формулације – „учесталост и трајања пореске контроле ограничавају се на нужну меру“, предлагем („Начело пропорционалности“): „У погледу трајања, понављања, начина и средстава обављања, пореска контрола се руководи стандардом разумности и неопходности вршења према мерилу остварења и заштите јавног интереса, као и уважавања права и интереса физичких и правних лица према којима се спроводи“.

IV Учесници пореског поступка

Главни субјекти у управном поступку јесу орган – пореска управа и странка, лице о чијим правима, обавезама или правним интересима треба да буде одлучено у датом случају. У управном поступку могу да се појаве и различити заступници, односно представници странке, као и њени стручни помагачи – у пореском поступку су то порески саветници – затим сведоци, вештаци, тумачи итд.

С обзиром на речено, наслов главе III првог дела ЗПППА је погрешан: није реч о „странкама“ у пореском поступку, већ о странама у пореском (и процесном, и материјалном) односу. О пореској управи и странци у пореском поступку (правном или физичком лицу). То је видљиво и из садржине припадајућих чланова (члан 10 и даље). Но, у постојећем ЗПППА су измешана процесна и садржинска права и обавезе, те овај део треба и концепцијски радикално ревидирати: права и обавезе које се утврђују решењем треба навести и спецификовати. Укратко, држим да (и) тај део закона ваља написати наново у целини.

У пореском поступку треба јасно одвојити *главну странку и заинтересовано лице*. Код главне странке, предлагем да се постојећи недоследни термиолошки дуалитет „порески обвезник – порески дужник“ отклони: да остане једино категорија пореских обвезника, разврстаних по различитости природе обавезе (што треба набројати). Код судске заштите права и обавеза пореских обвезника (ЗПППА, члан 24–25), важно је прецизирати да судска заштита у случају повреде тих права обухвата: не само а) накнаду претрпљене штете, већ и евентуално измакле добити; б) омогућавање пореском обвезнику да оствари права из пореског односа (повезаност чланова 24 и 140 став 3 ЗПППА).

V Покретање пореског поступка

Покретање поступка од стране надлежног органа врши се, *de lege lata*, или по службеној дужности, у предвиђеним ситуацијама (ЗУП, члан 114) или по захтеву странке, када је такав захтев неопходан услов за покретање поступка (ЗУП, члан 116). У пореском поступку други на-

чин иницијативе је само изузетак (ЗПППА, члан 33 став 1). Управни поступак *зайочиње* било којом радњом надлежног органа усмереном на вођење поступка и решавање управне ствари (ЗУП, члан 115 и ЗПППА, члан 33 став 2).

De lege ferenda, предлажем да се порески поступак покреће или по иницијативи органа, или самим захтевом странке. У првој групи ситуација, разликовало би се пократање поступка по службеној дужности (када то закон наређује) од покретања по дискреционој оцени органа (кад он оцени да ради заштите јавног интереса треба покренути поступак). Тако би се првом радњом поступка сматрала било која предузета службена радња у циљу вођења поступка, односно сам захтев странке (у прописаним случајевима). У сваком случају, *ratio legis* је да се поступак убрза, да се не чека свакад на прву службену радњу органа. То би било на линији очувања *разумној рока за окончање ујравној њосџуйка* у сваком конкретном случају, као респектабилног европског стандарда. А пореска управа би имала овлашћења да закључком обустави сваки порески поступак покренут захтевом странке, ако утврди да нема услова за његово вођење. На тај закључак би, *de lege ferenda*, увек била омогућена посебна жалба.

VI Обавештавање у пореском поступку

Обавештавање (нарочито „достављање“, члан 36 ЗПППА-а) у пореском поступку, комуникацију органа и странака, посебно у смеру орган-странка – треба знатно осавременити, наново правно уредити, уз нослонац на истоврсну регулативу будућег ЗУП-а. Тако, примерице: „Ако није другачије прописано законом, орган слободно одлучује о одговарајућем начину обавештавања у управном поступку. Начин обавештавања утврђује се узимајући у обзир правну заштиту странке, јавност обавештавања, рационално трошење средстава и једноставност поступка. Када је странка присутна, обавештавање се врши усмено или коришћењем другог погодног вида комуникације. Изузетно, кратка и хитна обавештења могу се упутити телефонски. Писани документ може да буде послат поштом, електронским путем, формалним обавештавањем (достављањем), или на други прикладан начин“. С тим у вези, ваља нагласити и следеће: „Странка и други учесници у поступку обавештавају се лично, осим кад странка има законског заступника, пуномоћника или пуномоћника за пријем обавештења, када се обавештавају наведена лица. Обавештавање законског заступника, пуномоћника или пуномоћника за пријем обавештења сматра се личним обавештавањем странке“ (члан 72 једне верзије Нацрта ЗУП-а).

VII Утврђивање чињеница

Управна ствар се решава у скраћеном поступку (ЗУП, члан 131), или после спроведеног испитног поступка (ЗУП, члан 132 и 133). Поједностављење пореског управног поступка значило би да се – убудуће – прецизно утврде претпоставке за *чешће сировођење скраћеној поспуи-ка у пореским стварима*. А да то не буде на штету начела законитости и утврђивања истине у поступку.

Главнину поступка који претходи доношењу одлуке о управној ствари, срж испитног поступка, представља *процес доказивања*. Доказивање се састоји од низа оперативних активности помоћу којих орган стиче сигурност о истинитости одређене правно значајне (одлучне) а спорне чињенице у конкретном случају. У предвиђеним случајевима, међутим, довољно је да поједине чињенице буду учињене вероватним (ЗУП, члан 152).

Сарадња органа и странке у пореском поступку – нарочито код доказивања – мора, *de lege ferenda*, да буде наглашена. Рецимо: Странка подноси доказе, информације, даје изјаве или се лично појављује пред органом, само када то закон изузетно захтева, а не постоји други начин за утврђивање чињеница. Странка даје изјаве усмено или у писаном облику. У сложеним предметима орган може да захтева од странке да поднесе и писану изјаву. Ради заштите правне позиције странке, важно је и следеће правило: *Странка не може бити позвана да се лично јојави пред органом ради давања изјаве ако изјава може да буде узета у писаном облику или на други погоднији начин*.

Такође, пре доношења решења важно је – ради заштите права странака – предвидети да орган буде дужан да обавести странку о резултатима испитног поступка. А странка би омала право да се изјашњава о резултатима поступка.

Ако је за поступање у управној ствари потребно спровести већи број управних активности, *јосебним законом се може предвидети усвојављање службе за јружање услуга на једном месцу, иако и у пореском поспуику*. О томе је – као европској правној вредности – било речи раније, на почетку овога текста.

Правни институт „повраћаја у пређашње стање“ (ЗПППА, члан 53) – у контексту утврђивања чињеница – чини нам се сувишним. На линији растеређења ЗПППА, примењује се истоврсна правна регулатива ЗУП-а (чл. 93–98).

VIII Акти пореског поступка

Уместо досадашње терминолошки тешко распознатљиве и недоследне дихотомије „порески акт и порески управни акт“ (ЗПППА, члан 34 – сви су ти акти/радње у суштини „управни“!), предлагем две другачије (макар имплицитне) будуће законске поделе: 1. правни и материјални порески акти (радње) – при чему би правни били или једностранни или двострани; 2. мериторни и процесни.

Важно је, поред класичног управног акта, као једностраног правног акта јавне управе, законски увести и *йравну моуићности* склапања пореског управног (јавног) уговора. То је конфорнији и еластичнији правни институт у поређењу са управним актом, премда ограничене примене у пореским управним стварима. Управни уговор је двострани акт који се закључује између органа и странке и којим се успоставља, мења или укида конкретан правни однос у управној ствари. Орган може да закључи управни уговор, поступајући у јавном интересу, без нарушавања права трећих лица, у области јавно-приватног партнерства, концесија, јавних служби, *као и у друћим обласћима йредвићеним законом* – па тако и у пореској материји (рецимо уговор између пореске управе и обвезника-паушалаца у погледу уређивања одређених пореских давања). Управни уговор мора да буде састављен у писаном облику. Материјални акти управе у пореском поступку су управне радње, поглавито код наплате пореза.

Што се тиче правних аакта, *решење* је назив за управни акт у коме је садржана одлука о главној (управној) ствари, предмету управног поступка; значи мериторна одлука (ЗУП, члан 192 став 1). А *закључак* је управни акт којим се уређују питања која се тичу тока поступка, као и сва друга којима се не одлучује решењем а имају споредан значај за само спровођење поступка (члан 210). Закључак, у односу на решење, има по правилу карактер зависног и помоћног акта. Поједини закључци, међутим, приближавају се својом процесном улогом значају који има одлука о главној ствари. Такви су, на пример, закључци о обустављању поступка (на пример, ЗУП, члан 121 став 5 и члан 124 став 6). У *йосћојећем йексћу ЗПППА, очийћа је законска недоследности у йо-йледу йравној режима жалбе на закључак*. Тако члан 33 став 3 ЗПППА предвиђа жалбу на закључак којим је пореска управа „утврдила да нема услова за покретање пореског поступка“, а начелна одредба члана 34 став 4 предвиђа да „је против закључка допуштена...жалба, ако овим законом није друкчије прописано“. Уз то, мера пореског инспектора којом он може „привремено запечатити пословни или складишни простор пореског обвезника по истеку радног времена пореског обвезника“, о чему доноси закључак – не сме остати без икакве правне заштите (супротно

садашњој одредби ЗПППА, члан 126 став 2 и 4). Начелно, сматрам да убудуће у пореском поступку жалба на закључак – за разлику од жалбе на решење – мора да буде изричито предвиђена да би била допуштена (у смислу члана 212 ЗУП-а). Иначе, закључак против кога није допуштена посебна жалба, редовно се може нападати стандардном жалбом на решење.

Сводни утисак је да је, *de laga lata*, порески поступак уређен претежно из угла пореске управе, ради лакшег утврђивања и наплате пореза преваходно. Убудуће, неопходан је примеренији баланс. Уравнотеженије (што не значи изједначење) процесних позиција органа и странке, пореске управе и грађана, односно њихових колективитета у пореском поступку.

IX Правна заштита и правни лекови у пореском поступку

У пореском поступку, меродавним законом треба уредити само она питања у погледу којих та специјална регулатива одступа од ЗУП-а. Тако је код правила да жалба у пореским стварима не одлаже извршење првостепеног решења, уз могућност да другостепени орган ипак одложи извршење пореског управног акта под законским условима.¹⁶ Постојећи ЗПППА, међутим, непотребно уређује (без одступања) и оно што ЗУП већ садржи: рок за жалбу, подношење жалбе, поступак по жалби код првостепеног органа, одустанак од жалбе, одбијање жалбе, а нарочито опширно – поништавање пореског управног акта (члан 152).

Пажњу треба да заслужи предлог нове норме о томе када је другостепени орган, решавајући по жалби, сам дужан да мериторно реши ствар (а не да вишекратно враћа правну ствар првостепеном органу, одуговлачећи тако поступак). Тако, залажем се за следеће: „Другостепени орган је дужан да сам реши ствар када је раније првостепено решење истог органа већ једном било поништено, као и у случају поновљеног ћутања првостепеног органа које се у складу са законом не сматра усвајањем захтева“.

Уз то, ради заштите законитости и права странака ваља *de lege ferenda* увести *уриџовор на ујавни ујовор* (када и ако буде предвиђен, рецимо у погледу уређивања односа са паушалним пореским обвезницима), у складу са новим ЗУП-ом.

Што се тиче тзв. ванредних правних средстава, регулатива ЗПППА је правно-занатски, такође, мањкава. Наиме, уређена су само два таква

16 Вид. ЗПППА, чл. 147.

ванжалбена управна пута заштите – „Оглашавање пореског управног акта ништавим“ (члан 153) и „Поништавање и измена пореског решења у вези са управним спором“ (члан 154). Међутим, регулатива тог првог се суштински не разликује од оне из ЗУП-а. Чему онда уопште такве норме у једном пореском пропису? Што се тиче правног уређења другог поменутог ванжалбеног правног пута, оно је унеколико другачије од истоврсне норме ЗУП-а (члан 251). *Прво* – порески орган може поништити или изменити сопствени акт само ради „отклањања неправилности и незаконитости у поступку доношења решења“ – дакле *prima facie* због процесних мањкавости, а не и због евентуалне материјалноправне грешке у решењу. При томе није до краја прецизирано које су се то процесне „неправилности“ имале у виду, посебно са гледишта норме да се дотична правна интервенција може вршити „из оних разлога из којих би суд могао да поништи то решење“ (став 1 члана 154 ЗПППА у вези са чланом 24 ЗУС-а) – а то су једино разлози незаконитости, и то како они формални, тако и они материјални. *Друго* – поништавањем и изменом пореског решења о коме је реч порески обвезник се не сме доводити у неповољнији положај, вели ЗПППА-а, а том приликом није везан захтевом тужбе (ЗУП на одговарајућем месту, члан 251, говори о уважавању свих захтева тужбе!). Уважавајући вољу пореског законодавца, не видимо такве специфичности пореске материје у процесном смислу које би изискивале описану специјалну регулативу, различиту од оне из ЗУП-а. Осим тога, односна норма ЗПППА-а је правно-занатски неодређена и унеколико унутар себе противуречна.

С друге стране, околност да остала тзв. ванредна управна средства – особито „Понављање поступка“ (чланови 239–250 ЗУП-а) – нису ни поменута, упућује на резонување да у погледу њих вреди без изузетка оно што је написано у ЗУП-у, а не да су она у пореском поступку недопуштена!¹⁷ Стојим на становишту да у будућем пореском процесном закону треба посебно уредити баш правни институт понављања поступка, нарочито разлоге за његово спровођење са гледишта специфичности пореске материје. Уопште, ванжалбене правне путеве заштите законитости и права странака треба збирно означити као „службено интервенисање у пореске акте“.

Х Општа напомена о пореском извршењу (наплати пореза)

Извршење ујравној акциа састоји се у материјалним радњама непосредног спровођења у живот садржине његовог диспозитива. Стран-

17 Вид. ЗПППА, начелна норма чл. 3.

ка, адресат управног акта, може обавезу утврђену диспозитивом извршити добровољно, у остављеном року. (Разуме се, призната права се слободно уживају, па се и не могу принудно остваривати!). Тек ако она то не учини, примениће се одговарајуће законске одредбе о принудном извршењу теретних управних аката. Управни (административни) извршни поступак утврђује ЗУП (чланови 261–283), а судски извршни поступак – Закон о извршењу и обезбеђењу.¹⁸

Од врсте обавезе из диспозитива управног акта зависи, начелно, ком правном режиму извршења ће он бити подвргнут: *правилима ујавној извршној постојаности* – у *појединој извршења новчаних обавеза (и код изв. административних забрана из примања по основу радног односа, али само по присиљанку извршеника)*, а *правилима судског извршног поступка* – у вези са извршењем новчаних обавеза (члан 266 ЗУП-а). Стога, извршење управног акта није искључиво институт управног поступка. С друге стране, за наплату јавних новчаних потраживања из пореског управног односа, према ЗПППА, надлежна је пореска управа према одредбама тог закона (чланови 77–112), а не суд. Јер, према ЗИО, „овим законом уређује се поступак принудног остваривања потраживања... и обезбеђења потраживања..., на основу домаће или стране извршне или веродостојне исправе ако посебним законом није другачије одређено“ (члан 1 став 1). Ради веће ефикасности извршења, сматрам да таква солуција у ЗПППА – да пореска управа спроводи наплату пореских (новчаних) обавеза – треба и да остане, уз поједине измене, додатке и поједностављења регулативе ЗПППА, односно скраћивање и убрзање поступка принудне наплате (особито код принудне наплате продајом покретних ствари – члан 104 и продаје непокретности непосредном погодбом и поступка са оствареним приходом од продаје непокретности – чланови 110–111).

Примерице, било би умесно законски навести – рецимо код начела (члан 81 ЗПППА-а) – да је поступак принудне наплате *хитан*. Иначе, начела принудне наплате *de lege ferenda* треба разрадити, водећи рачуна о европским процесним принципима размотреним на почетку ове анализе. С посебним нагласком на законитости, ефикасности, економичности, сразмерности, заштити права и интереса странака, особито заштите података о личности, као и њиховим легитимним очекивањима. Посебно се у новом пореском процесном закону мора навести да „када постоји могућност да се извршење спроведе на више начина и применом разних средстава, извршење ће се спровести на онај начин и применом оног средства који доводе до циља, а који су по извршеника најблажи“ (члан 263 став 1 ЗУП-а).

18 Закон о извршењу и обезбеђењу (Службени гласник РС, бр. 31/11, даље у тексту: ЗИО).

До обустављања принудној извршења (наплате пореза) по службеној дужности и поништавања дејстава предузетих радњи у том поступку, доћи ће у следећим случајевима: 1) када се утврди да је обавеза о којој је реч већ извршена; 2) уколико извршење није уопште било допуштено; 3) када је извршење спроведено према лицу које није у обавези; 4) ако тражилац извршења одустане од свог захтева; 5) ако управни акт који се извршује буде поништен или укинут (члан 271 став 1 ЗУП-а). Налазим да је овај сет одредаба прецизнији и обухватнији (дакако, уз нужне додатке везане за пореске специфичности) од постојеће регулативе ЗПППА (члан 80). При томе не треба доносити решење, већ закључак.

XI Управни спор у пореским стварима

Мера реулисања ујравно-судске материје у ошћем пореском процесном закону могла би да се стриктно сведе на пар питања, али да се тиме не снижава ниво судске заштите из ЗУС-а: 1) рок, хитност судског одлучивања – рецимо најкасније у року од 60 дана од пријема тужбе (видети и раније излагање везано за критичко преиспитивање члана 140 ЗПППА) и 2) предмет одлучивања. Што се тиче предмета судског одлучивања, могло би се у будућем општем пореском процесном закону поступити слично као у Закону о заштити конкуренције.¹⁹ Наиме, према том пропису, суд може „преиначити оспорено решење“ и само у погледу висине новчаног износа одређене управне мере, и то „под условом прописаним законом којим се уређују управни спорови“ (члан 72 став 3 ЗОЗК-а) – премда ЗУС ни у једној својој одредби не говори о преиначењу тужбом оспореног акта, па ни дела акта. Ипак, такво судско преиначење оспореног акта у одређеном делу значи у ствари – језиком ЗУС-а – *уравну моућности њејвој само делимичној поинишћавања и судско мериторно решавање у шом делу ујравне ствари, уместо надлежној орјана* (тзв. пуна јурисдикција). У конкретном случају области заштите конкуренције, у погледу висине новчаног износа изречене управне мере – *а у пореској материји, хистојички, у погледу висине новчане обавезе*, и то применом члана 43 став 1 ЗУС-а. Овим се, држим, нити умањује нити увећава судска заштита у управном спору прописана ЗУС-ом, већ се она само чини еластичнијом. Речју, то би била некаква потенцијална специфична пуна јурисдикција у делу односне (овде, пореске) управне ствари која не дира у сушћину шој инстћуија.

19 Закон о заштити конкуренције (Службени гласник РС, бр. 51/09, даље у тексту: ЗОЗК).

ХП Закључна разматрања

Све у свему, предлажем доношење потпуно новог општег пореског процесног закона Србије – који би био краћи, једноставнији, савременији, прецизнији, уз јасан и доследан однос са ЗУП-ом. Њиме би се, нарочито, допринело делотворнијем задовољењу и припадајућег јавног – фискалног интереса и појединачних интереса грађана и правних лица у пореским управним стварима; лакшем и потпунијем остварењу и заштити како законитости, тако и слобода и права грађана у процесу непосредне примене прописа у овој слојевитој и деликатној управној материји. Тај *прејоручени нови ойшћи порески уйравно-йроцесни йро-йис имао би у йоїледу својих начела (йредвиђених круцијалних йринциийа) йримай на друїм йосебним йроцесним йореским законима, али не и у ог-носу на начела ЗУП-а. Ова йоїтоња остйају да вреде једнако и обавезујуће у свим уйравним обласїима, йа и у оној йореској.*

Важно је *ослањање будућеї йорескої йроцесної закона на одредбе нової ЗУП-а рађеної йо најважнијим евройским сїандардима, односно на йај нови йроїис (када буде донесен) – како у йоїледу комйозиције, йако и садржине бројних нових солуција.*

De lege ferenda, сматрам прикладним нови назив закона – Закон о йореском йосїууку, при чему пореска управа, налазим, треба да буде уређена посебним организационим законом. *Преїушїање йојединих неойходних ускойореских (код йојединих врсїа йореза) йроцесних особеностїи сїецијалним йореским законима – Закону о порезу на добит корпорација, Закону о порезу на имовину, Закону о порезу на доходак грађана, Закону о порезу на додату вредност, Закону о акцизама и дру-гим.*

Zoran R. TOMIĆ, PhD
Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

LOOK AT THE GENERAL TAX PROCEDURAL LAW **– Some Selected Administrative Dilemmas –**

Summary

The author proposes the adoption of a completely new Law on general Tax procedure in Serbia, which would be shorter, simpler, more modern and more precise, with clear and consistent relationship with the Law on general administrative procedure. It would particularly contribute to a more effective satisfying of public fiscal interest as well as individual interests of individual citizens and legal entities in tax administrative matters, easier and more complete realization and protection of legality, freedoms and rights of citizens in the process of direct application of regulations in these intricate and delicate administrative matters. The new Law on general Tax administrative procedural would have primacy in respect of his principles (crucial principles) over other special procedural tax laws, but not over the principles of the Law on general administrative procedure. It remains to be valid and binding in all administrative areas, including that of tax.

*De lege ferenda, author considers a new name of the law – Law on Tax procedure more appropriate, whereby the Tax administration should be regulated by *lex specialis*.*

Key words: *lex specialis, tax administrative matter, party, tax administrative act, administrative remedy, forced collection, procedure in contentious.*

Др *Хасиба* ХРУСТИЋ
Центар за правна и финансијска истраживања, Београд

ХАРМОНИЗАЦИЈА ПОРЕСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ СА ПОРЕСКИМ ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Србија је одавно зајочела пореску реформу како би њен порески систем одговарао тржишним условима привређивања и био ујоредив са системима држава чланица ЕУ, прихватањем кључних пореских облика који постоје у тим системима. У том смислу, приоритет у наредном периоду је усклађивање пореских прописа са ЕУ пореским директивама и унапређење рада пореске управе. Сарадња у области опорезивања обухвата и побољшање транспарентности, борбу против корупције, укључујући и размену пореских информација са државама чланицама ЕУ у циљу сарадња ушаје пореза. У том смислу, Србија би требало да комплетира мрежу билатералних споразума са државама чланицама ЕУ о размени пореских информација, као и мрежу билатералних споразума о избегавању двоструког опорезивања у складу са последњим изменама ОЕЦД Модела конвенције о порезима на приходе и капитал (у даљем тексту: ОЕЦД Модел пореске конвенције).

Кључне речи: *реформа, усклађивање пореских прописа, пореска управа, ушаја пореза.*

I Увод

Имајући у виду да је стратешки приоритет Србије да постане чланица Европске уније потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању у априлу 2008. године први пут је формализована њена институционална сарадња са Европском унијом (у даљем тексту: ЕУ).¹ Србија учествује у процесу стабилизације и придруживања, а важна обавеза коју је Србија преузела потписивањем наведеног споразума јесте усклађивање прописа са правним тековинама ЕУ (*acquis communautaire*), као и њихова доследна примена. Што се тиче области пореског усклађивања, оно је регулисано чланом 100 Споразума, којим се предвиђа да ће Србија успоставити сарадњу у области опорезивања, укључујући мере усмерене ка даљој реформи фискалног система и реструктурирању пореске управе ради ефективније наплате јавних прихода и борбе против пореске утаје и штетне пореске конкуренције.

Сарадња у области опорезивања обухвата и побољшање транспарентности, борбу против корупције, укључујући и размену пореских информација са државама чланицама ЕУ у циљу спречавања утаје пореза. У том смислу, Србија ће комплетирати мрежу билатералних споразума са државама чланицама ЕУ на основу ОЕЦД Модела споразума о размени пореских информација, као и мрежу билатералних споразума о избегавању двоструког опорезивања у складу са последњим изменама ОЕЦД Модела конвенције о порезима на приходе и капитал (у даљем тексту: ОЕЦД Модел пореске конвенције).

Након стицања статуса кандидата Србије за чланство у ЕУ у марту 2012. године, Влада Србије је у фебруару 2013. године донела Национални план усвајања *acquis* за период 2013–2016. године.² Европски Савет је 28. јуна 2013. године одлучио да отвори преговоре о приступању са Србијом на њеном путу ка учлађењу у ЕУ, а Комисија ЕУ је у септембру започела аналитички преглед (*screening*) степена усаглашавања законодавства Србије са ЕУ *acquis*. Следећи корак био је усвајање оквира за

1 Споразум о стабилизацији и придруживању (*Службени гласник РС*, бр. 83/2008), (енгл. *The Stabilisation and Association Agreement between the EU and Serbia – SAA*). Споразум о стабилизацији и придруживању је ступио на снагу 1. септембра 2013. године. Садржај Споразума је типски за све земље које су га потписале, обухвата бројне области – политички дијалог, политику сарадње, регионалну сарадњу, слободу кретања људи, услуга и роба, усклађивање националног законодавства са *acquis communautaire*, финансијску помоћ и сарадњу, и друго. Саставни делови Споразума су и одређени анекси и протоколи.

2 Енгл. *National Plan for the Adoption of the Acquis* (NPAА); The Commission and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy issued an *ad hoc* joint report on specific issues on which the Council had, in December 2012, requested additional information, JOIN(2013) 7 final of 22.4.2013.

преговоре са Србијом од стране Савета ЕУ, потврђен одржавањем прве међудржавне конференције о приступању Србије у јануару 2014. године након настављања видљивог и одрживог напретка у нормализацији односа Србије са Косовом, укључујући имплементацију постигнутих споразума.

Кључни изазови са којима се сусреће Србија су владавина права, нарочито реформа правосуђа, борба са корупцијом и борба са организованим криминалом, реформа јавне управе, независност кључних институција, слобода медија, анти-дискриминационо законодавство и заштита мањина.

II Пореско право Европске уније

Полазећи од главних циљева Уговора ЕУ о успостављању заједничког унутрашњег тржишта са здравом конкуренцијом и омогућавању слободног кретања људи, производа, услуга и капитала, и елиминисања свих фактора који штете конкуренцији, државе чланице некадашње Европске економске заједнице (ЕЕЗ), која је прерасла у данашњу ЕУ, сагласиле су се да изврше хармонизацију закона о порезу на додату вредност и закона о акцизама. У том циљу усвојено је више директива о хармонизацији поменутих закона држава чланица.

Извор пореског права ЕУ, односно правни основ за усвајање докумената који се тичу хармонизације прописа држава чланица из пореске области је Уговор ЕУ:

- члан 293 Уговора захтева да државе чланице преговарају једна са другом да би се избегло двоструко опорезивање у оквиру Уније;
- према члану 308 Уговора, Европски савет на предлог Европске комисије и након консултација са Европским парламентом предузима одговарајуће мере у постизању циљева Уније. Порески системи држава чланица морају да респектују фундаменталне принципе Уговора који се тичу слободе кретања грађана, услуга, производа и капитала и слободе оснивања компаније (чланови 39, 43, 49 и 56 Уговора) и принцип недискриминације;
- члан 93 Уговора ЕУ предвиђа независно деловање Европског савета када су у питању разматрања предлога Европске комисије ради усвајања докумената о хармонизацији законодавства држава чланица или правила из области индиректног опорезивања (пореза на додату вредност, акциза и других пореза), јер индиректни порези у кратком року могу да проузрокују сметње

у слободном промету производа и услуга на унутрашњем тржишту и да озбиљно наруше слободну конкуренцију. За пореску хармонизацију у ЕУ заправо је битна хармонизација индиректних пореза. Чланом 93 Уговора ЕУ, прописано је да је хармонизација индиректних пореза предуслов за успостављање и несметано функционисање унутрашњег тржишта Уније. На основу овог члана органи Уније имају овлашћења да доносе директиве у овој области;³

- у вези са директним порезима, иако се у Уговору ЕУ не спомиње хармонизација директних пореза (порези на доходак), из члана 94 у којем се говори о хармонизацији правних прописа *en general*, изведена су овлашћења органа Уније за доношење директива које се тичу хармонизације одређених решења из области директних пореза која непосредно утичу на функционисање унутрашњег тржишта. Према члану 94 Европски савет одлучује о усвајању одредби које се тичу усклађивања закона, уредби или упутстава држава чланица, а које су у непосредној вези са уклањањем сметњи у функционисању унутрашњег тржишта на принципима утврђених слобода из Уговора, елиминисањем двоструког опорезивања и спречавањем пореских злоупотреба и пореске утаје. На основу овог члана усвојено је неколико директива из области директних пореза које се односе на заједнички систем опорезивања капиталне добити у случају статусних промена компанија, опорезивања расподељеног профита у односима између повезаних компанија и опорезивања камата и ауторских накнада између повезаних компанија из различитих држава чланица, како не би дошло до двоструког опорезивања и евентуалних ризика и сметњи у слободном кретању капитала на унутрашњем тржишту;
- у сагласности са члановима 93, 94 и 95 Уговора ЕУ усвојене су и директиве о пореској управној сарадњи.⁴

3 Енгл. *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*, signed at Lisbon, 13 December 2007, *Official Journal* 2007/C 306/01 Volume 50, 17 December 2007.

4 Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation and taxation of insurance premiums, *Official Journal* L 336 of 27 December 1977; Amending acts: Council Directive 79/1070/EEC of 6 December 1979 amending Directive 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, *Official Journal* L 331 of 27 December 1979; Council Directive 2004/56/EC of 21 April 2004 amending Directive 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, certain excise duties and taxation of insurance premiums, *Official Journal* L 127,

III Пореска хармонизација у ЕУ

Пореска хармонизација законодавства држава чланица ЕУ је савремена тенденција која својим резултатима заокупља пажњу научне, стручне и шире јавности.⁵ Поготово, што ЕУ чине државе чланице са израженим економским и друштвеним диспаратима. Пореска хармонизација полази од тога да порези могу да буду узрок различитих економских и друштвених поремећаја, како на унутрашњем, тако и на међународном тржишту, који се могу уклонити или умањити само њиховим усклађивањем. Хармонизација најважнијих облика индиректних пореза била је предуслов за формирање заједничког унутрашњег тржишта.

Пореска хармонизација у ЕУ подржава принципе несметаног функционисања унутрашњег тржишта: слободно кретање људи, производа, услуга и капитала. Састоји се од две компоненте: хармонизације индиректног опорезивања, које преко цена утиче на слободан промет производа и услуга; и, незнатне хармонизације директног опорезивања, које је у надлежности држава чланица. Висок ниво толеранције и постепено усаглашавање држава чланица потврђивањем различитих решења појединих држава чланица, прихватајући их као изузетке од усвојених заједничких ставова чини да је пореска хармонизација ЕУ по својим карактеристикама постала је својеврстан европски феномен. Ради се не само о *in continuo* процесу постепеног усаглашавања, већ и о процесу који на бази различитости настоји да усклађује међусобне односе у целини. Наиме, прихватање различитих решења за поједине државе чланице је и разумљиво ако се узму у обзир велике разлике између чланица у степену привредног развоја и животног стандарда грађана, привредним структурама, социјалним политикама и у другим друштвеним показатељима.

IV Степен хармонизације законодавства Србије са пореским правом ЕУ

У оквиру реформских задатака, у Србији је одавно започета пореска реформа како би порески систем одговарао тржишним услови-

29/04/2004; Council Directive 2004/106/EC of 16 November 2004 amending Directives 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, certain excise duties and taxation of insurance premiums and 92/12/EEC on the general arrangements for products subject to excise duty and on the holding, movement and monitoring of such products, *Official Journal* L 359, 04/12/2004.

5 Детаљније вид. Хасиба Хрустић, *Пореска хармонизација у Европској унији*, Београд, 2011.

ма привређивања и био упоредив са системима држава чланица ЕУ, прихватањем кључних пореских облика који постоје у тим системима. У том смислу, приоритет у наредном периоду је усклађивање пореских прописа са ЕУ пореским директивама и унапређење рада пореске управе.

Да би наплата пореских прихода била ефикасна и како би се смањило обим сиве економије неопходно је одлучно и стално радити на унапређењу рада пореске управе. Функционисање законске регулативе не може се успешно реализовати без одговарајуће техничке опремљености и увођења модерних метода контроле у раду пореске управе. Пореска управа захтева јасну стратегију која превасходно мора да обухвати увођење пореског информационог система и сталну обуку, поготово особља које обавља послове контроле.

На основу оцена ЕУ о степену усклађивања пореског система Србије са ЕУ пореским прописима, изнетих у досадашњим извештајима о напретку (енгл. *Progress Report*), Србија је предузела извесне мере у правцу усаглашавања законодавства у области опорезивања.⁶ У области индиректног опорезивања, међане су акцизе у смеру фискалне консолидације.⁷ Акцизе на цигарете повећане су, а њихова структура усаглашена је са ЕУ *acquis*. Акциза на минерална уља хармонизирана је са ЕУ *acquis*.⁸ Међутим, остали енергетски извори, попут угља, тешких

6 Conclusions on Serbia (extract from the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament „Enlargement Strategy and Main Challenges 2009–2010“, COM(2009)533 final; SERBIA 2010 PROGRESS REPORT, *accompanying* The Communication From The Commission to The European Parliament and The Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2010–2011, COM(2010)660, Commission Staff Working Document, European Commission, Brussels, 9 November 2010, SEC(2010)1330; Progress towards meeting the economic criteria for accession: the assessment of the 2011 Progress Reports and the Opinion (Serbia), *European Economy*, European Commission Directorate – General for Economic and Financial Affairs Publications, Occasional Papers 85, December 2011, Brussels; Conclusions on Serbia (extract from the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council „Enlargement Strategy and Main Challenges 2012–2013“, COM(2012)600 final, Brussels; Progress towards meeting the economic criteria for EU accession: the EU Commission’s 2012 assessments, *European Economy*, Occasional Papers 122, December 2012, European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, Publications, B-1049 Brussels, Belgium, European Union, 2012, стр. 34–41.

7 Вид. 4.16. Chapter 16: Taxation, Conclusions on Serbia (extract from the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council ‘Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014’, COM(2013)700 final, стр. 33.

8 2013 PROGRESS REPORT, *Accompanying the document*, Communication From The Commission to The European Parliament and The Council European Commission, SWD(2013)412 final, Commission staff working document SERBIA, Brussels, 16.10.2013; Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014, COM(2013)700 final, Serbia, 2013 Progress Report, Conclusions on Serbia (extract from the Communication from

горива, природног гаса и електричне струје остали су неопорезовани аквизом, а нека ослобађања за употребу минералних уља за одређене намене нису усаглашена са ЕУ легислативом.

Пореска легислатива у погледу директног опорезивања хармонизована је са ЕУ директивама о опорезивању расподељеног профита у односима између повезаних компанија и опорезивања камата и ауторских накнада између повезаних компанија (енгл. *Parent Subsidiary Directive and the Directive on Interest and Royalties*).⁹

Што се тиче унапређења рада пореске управе и управне сарадње, у наредном периоду неопходно је уложити значајан напор у развој ИТ система за размену података и у обуку запослених у пореској управи. Нарочито, имајући у виду да се управна сарадња у области размене информација у ЕУ обавља електронским путем, специјално праћење кретања акцизних производа: размена података о регистру пореских складишта и регистрованим трговцима.

Србија је наставила да учествује на састанцима сарадње пореских управа балканских земаља (Б-6). Учињен је напредак увођењем електронских пореских пријава. Међутим, не постоји одговарајући контролни механизам у раду пореске управе и јединствена примена прописа у земљи, а сива економија и даље остаје велики проблем. Модернизација информатичког система и комуникација са пореским обвезницима настављена је, али захтева даље јачање.

1. Хармонизација пореза на додату вредност

Усвојеним директивама о хармонизацији пореза на додату вредност (ПДВ) у ЕУ дефинисани су заједнички ставови у погледу територије примене, предмета опорезивања, пореских обвезника, основице, броја и минималне висине стопа, врста ослобађања, одбитка, посебних поступака опорезивања, обавеза обвезника. Директива 2006/112/ЕЗ сматра се базичном директивом за хармонизацију ПДВ.¹⁰

the Commission to the European Parliament and the Council 'Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014', COM(2013)700 final.

9 У области корпоративног пореза, Европски савет усвојио је неколико директива да би се избегло двоструко опорезивање на унутрашњем тржишту ЕУ, када је у питању опорезивање капиталне добити у случају статусних промена компанија, опорезивање расподељеног профита или исплате камата и ауторских накнада између повезаних компанија из различитих држава чланица. То су Директива 90/434/ЕЕЗ, Директива 90/435/ЕЕЗ и Директива 2003/49/ЕЗ. Што се тиче пореза на доходак грађана само је усвојена Директива 2003/48/ЕЗ о опорезивању доходака од камате резидената држава чланица ЕУ, која је имала директан утицај на сузбијање пореске утаје и елиминисање штетне пореске конкуренције.

10 Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, *Official Journal* L 347 of 11.12.2006.

Закон о порезу на додату вредност Србије базиран је на принципима ЕУ директива о ПДВ, са извесним одступањима.¹¹ Наиме, изменама и допунама Закона о ПДВ последњих година уведени су додатни посебни поступци опорезивања који усложњавају и компликују примену ПДВ и контролу овог пореза а уједно отварају простор за разна тумачења и корупцију.¹²

Уведен је посебан поступак опорезивања који представља одступање од механизма функционисања ПДВ, јер се наплата ПДВ не врши по фактурисаном промету. Тим посебним поступком опорезивања пружена је могућност одређеној категорији обвезника ПДВ да се определи за плаћање ПДВ по наплаћеном потраживању. Обвезник ПДВ, чији укупан промет добара и услуга у претходних 12 месеци није већи од 50.000.000 динара и који је у том периоду непрекидно био евидентиран за обавезу плаћања ПДВ, може да поднесе захтев надлежном пореском органу за одобравање плаћања пореске обавезе по наплаћеном потраживању за извршени промет добара и услуга (у даљем тексту: систем наплате). Обвезник ПДВ који не наплати потраживања за промет добара и услуга у року од шест месеци од дана када је извршио промет, дужан је да пореску обавезу по основу овог промета плати за порески период коме је истекао рок од шест месеци.

Такође, изменама и допунама Закона о ПДВ у 2012. години измењен је и члан 33 тако што је износ којим се одређује изузеће од опорезивања за мале обвезнике дупло повећан са 4.000.000 на 8.000.000 динара. Исто се односи и на пољопривреднике који су, такође, изузети од опорезивања уколико њихов укупан промет добара и услуга у претходних 12 месеци није био већи од 4.000.000 динара, а од 2012. године је то износ од 8.000.000 динара.¹³ Тим изменама умањени су потенцијални буџетски приходи државе. С тим у вези неопходно је нагласити да се Директивом 2006/112/ЕЗ о заједничком систему ПДВ, прописани праг износа изузећа у посебном поступку за мале предузетнике (изузеће од опорезивања) у државама чланицама ЕУ, креће од 5.000 до 37.000 евра (Малта), док је у Србији то око 66.000 евра.¹⁴

11 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: Закон о ПДВ).

12 Закон о изменама и допунама Закона о порезу на додату вредност (*Службени гласник РС*, бр. 93/12).

13 Закон о ПДВ, чл. 34 ст. 5–7.

14 Article 287, Council Directive 2006/112/EC. Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, *Official Journal L* 347 of 11.12.2006; Council Directive 2006/138/EC of 19 December 2006 amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax as regards the period of application of the value added tax arrangements applicable to radio and television broadcasting services and certain electronically supplied services, *Official Journal L* 384/92 of 29.12.2006.

Затим, уведен је још један посебан поступак који се односи на рефундацију ПДВ купцима хране и опреме за бебе. Овде нарочито треба истаћи да ПДВ као облик индиректног пореза не би требало да има социјалну, односно редистрибутивну улогу за разлику од директних пореза. Увођењем тог посебног поступка за рефундацију, такође се усложњава функционисање механизма ПДВ, компликује контрола и отвара могућност за разне злоупотребе. Сада, осим контроле рефундације, Пореска управа мора да води евиденцију о рефундацији ПДВ за куповину хране и опреме за бебе, као и о износу остварене рефундације ПДВ.

2. Хармонизација акциза

У погледу акциза, у ЕУ установљен је општи споразум о акцизама да би се обезбедио слободан промет акцизних производа и да се не повећавају формалности у вези са њиховим кретањем између држава чланица. Усвојеним директивама о држању, отпремању и контроли акцизних производа и о структури и нивоу стопа ових производа у трговинској размени између држава чланица, дефинисани су заједнички ставови у погледу: предмета опорезивања, територије примене, обавезе плаћања акциза, лица обавезних за плаћање акциза, структуре и минималне стопе акциза, врста ослобађања, отпремања акцизних производа. Хармонизација акциза односи се на акцизне производе: минерална уља, алкохол и алкохолна пића, дуван и дуванске прерађевине и енергетске производе (угаљ, природни гас и електричну струју). Државе чланице могу да уведу акцизе и на друге производе и услуге.

На основу последњих оцена ЕУ о степену усклађивања акциза у Србији са ЕУ *acquis*, мењане су акцизе у смеру фискалне консолидације, повећане су акцизе на цигарете, а њихова структура усаглашена је са ЕУ *acquis*.¹⁵ Акциза на минерална уља хармонизирана је са ЕУ *acquis*. Међутим, остали енергетски извори, попут уља, тешких горива, природног гаса и електричне струје остали су неопорезовани акцизом, а нека ослобађања за употребу минералних уља за одређене намене нису усаглашена са ЕУ легислативом.¹⁶

15 Вид. 4.16. Chapter 16: Taxation, Conclusions on Serbia (extract from the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council 'Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014', COM(2013)700 final, стр. 33; Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014, COM(2013)700 final Serbia, 2013 Progress Report, Conclusions on Serbia (extract from the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council 'Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014', COM(2013)700 final.

16 Закон о акцизама (*Службени гласник РС*, бр. 22/01, 73/01, 80/02, 80/02, 43/03, 72/03, 43/04, 55/04, 135/04, 46/05, 101/05, 61/07, 5/09, 31/09, 101/10, 43/11, 93/12, 119/12, 8/13, 47/13, 68/14, 142/14).

Акциза на деривате нафте, биогорива и биотечности усклађена је са ЕУ стопама, а изменама и допунама Закона о акцизама последњих година извршена је извесна категоризација права на рефакцију плаћене акцизе у зависности од сврхе за коју се користе минерална уља. Према ЕУ директивама, минималне стопе аксизе за минерална уља разликују се у зависности од сврхе коришћења, да ли се користе као гориво за моторе, за индустријску или комерцијалну сврху (пољопривреда, шумарство, грађевинарство, јавни саобраћај и др.), или за грејање.¹⁷ Енергетски производи опорезовани су само ако се користе као гориво за моторе или грејање, али се не опорезују ако се користе као сировине за хемијску редукацију или у електролитичком и металуршком процесу.

Минималне стопе аксизе на уља која се користе као моторно гориво су:

- оловни бензин: 421 евро/1.000 л;
- безоловни бензин: 359 евра/1.000 л;
- дизел: 330 евра/1.000 л;
- керозин: 330 евра/1.000 л;
- течни нафтни гас (ЛПГ): 125 евра/1.000 л;
- природни гас: 2,6 евра/GJ.

Наведени минимални износи аксизе на минерална уља могу у појединим државама чланицама да буду и нижи или, чак, да се нека минерална уља и ослободе од плаћања аксизе, у зависности од намене за коју се користе (јавни превоз, амбулантна возила, возила за слепе, оружане снаге, итд.).

Државе чланице морају да примењују минимални износ пореза на потрошњу цигарета, који укључује специфичну акцизу по јединици производа, *ad valorem* акцизу базирану на максималној малопродајној цени и ПДВ учешће у малопродајној цени. Минималне стопе аксизе за дуванске прерађевине у ЕУ су:

- цигарете: 57% од просечне малопродајне цене, укључујући све порезе (*ad valorem* + акциза + ПДВ), с тим да акциза не буде мања од 64 евра на 1.000 комада. Држава чланица која примењује минималну акцизу од 101 евра на 1.000 комада за цигарете не

17 Council Directive 1999/81/EC, *Official Journal* L 211 of 11.8.1999; Council Decision (2001/224/EC) of 12 March 2001 concerning reduced rates of excise duty and exemptions from such duty on certain mineral oils when used for specific purposes, *Official Journal* L 84/23, 23.3.2001; Council Directive 2002/10/EC, *Official Journal* L 46 of 16.2.2002; Council Directive 2003/96/EC, *Official Journal* L 283 of 31.10.2003; Council Directive 2003/117/EC, *Official Journal* L 233 of 20.12.2003.

мора износ акцизе да усагласи са минималним захтевом од 57% учешћа свих дажбина у малопродајној цени;¹⁸

- цигаре или цигарилоси: 5% од малопродајне цене, укључујући све порезе, или 12 евра/кг или на 1.000 комада;
- фини дуван за пушење: најмање 40% од малопродајне цене или 40 евра/кг;
- други дуван за пушење: 20% од малопродајне цене или 22 евра/кг.

Од 1. јануара 2014. године учешће износа акцизе не може бити мање од 5% нити веће од 76,5%, заједно са ПДВ, у пореском оптерећењу, односно у просечној малопродајној цени.

Акциза на алкохолна пића у Закону о акцизама усклађена је са предвиђеним у ЕУ директивама, изузев опорезивања пива. Законом о акцизама алкохолним пићем сматрају се све врсте пива, осим безалкохолног пива које садрже до 0,5% алкохола, што је супротно ЕУ директивама о акцизама, према којима је пиво предмет опорезивања акцизом *ако садржи више од 4% алкохола*.

V ЕУ Кодекс понашања за пословна опорезивања

Многе државе кроз механизме смањења опорезивања добити компанија утичу на привлачење директних страних инвестиција у условима високе међународне мобилности капитала. Такав вид конкуренције има негативне ефекте на земље из којих се сели капитал, јер је крајњи резултат смањење њихових јавних, односно пореских прихода. Штетна пореска конкуренција постоји када државе имају такав порески систем којим се нарушавају порески приходи у другим државама путем пореских бенефиција резервисаних само за нерезиденте путем опорезивања које је значајно ниже, укључујући и нулто опорезивање. Управо из тог разлога, Савет министара финансија и економије ЕУ (ECOFIN) усвојио је Кодекс понашања за пословна опорезивања (у даљем тексту: Кодекс).¹⁹ Елиминисање штетне пореске конкуренције би требало да се врши на основу принципа из Кодекса, који је сачињен ради откривања мера оријентисаним према нерезидентима кроз давање повољнијег пореског

18 Article 2, Council Directive 2010/12/EU of 16 February 2010 amending Directives 92/79/EEC, 92/80/EEC and 95/59/EC on the structure and rates of excise duty applied on manufactured tobacco and Directive 2008/118/EC, *Official Journal L* 50, 27.2.2010; Council Directive 2011/64/EU of 21 June 2011 on the structure and rates of excise duty applied to manufactured tobacco, *Official Journal L* 176, 5.7.2011.

19 The Code of Conduct for business taxation, *Official Journal C* 2/4 of 06/01/1998.

третмана. У сврху идентификације штетне пореске конкуренције, Кодекс је установио критеријуме за откривање мера штетне конкуренције:

- да ли је ниво опорезивања нерезидената знатно нижи од општег нивоа у датој држави, и да ли су пореске предности везане само за нерезиденте или за трансакције са нерезидентима;
- постоје ли порески подстицаји само за одређену делатност или производњу одређених производа, што генерално није обезбеђено за сва лица и делатности;
- да ли се омогућују пореске предности и у случају одсуства било каквог реалног пословања.

Изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана у 2012. години измењен је члан 64 тако да је стопа пореза на приходе од капитала повећана са 10% на 15%.²⁰ Том висином стопе нарушени су принципи ЕУ Кодекса понашања за пословна опорезивања, јер је у односу на резиденте Србије, за нерезиденте који су резиденти држава са којима је у примени уговор о избегавању двоструког опорезивања, обезбеђен нижи ефективни ниво опорезивања за приходе од капитала (дивиденде, камата, и др.).

У закљученим међународним уговорима о избегавању двоструког опорезивања који се примењују у Србији, када је прималац дивиденде физичко лице резидент друге државе, најчешће предвиђене стопе су 10 одсто.

Такође, и изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица у 2012. години повећана је стопа пореза на добит правних лица са 10 на 15 одсто, а према изменама члана 40 уколико међународним уговором о избегавању двоструког опорезивања није друкчије уређено, порез по одбитку по стопи од 20 одсто обрачунава се и плаћа на приходе које оствари нерезидентно правно лице од резидентног правног лица по основу: дивиденди и удела у добити у правном лицу; накнада по основу ауторског и сродних права и права индустријске својине; камата; накнада по основу закупа непокретности и покретних ствари на територији Србије.²¹

Уколико је уговором о избегавању двоструког опорезивања предвиђена нижа стопа онда се не примењује прописана стопа од 20% у За-

20 Службени гласник РС, бр. 93/12. Закон о порезу на доходак грађана (Службени гласник РС, бр. 24/01, 80/02, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11-УС, 93/12, 114/12 – УС, 47/13, 48/13, 108/13, 57/14, 68/14).

21 Закон о изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица (Службени гласник РС, бр. 119/12); Закон о порезу на добит правних лица (Службени гласник РС, бр. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14, 142/14).

кону о порезу на добит правних лица, већ стопа из уговора закљученог са државом чији је резидент те приходе остварио на територији Србије. У већини закључених уговора о избегавању двоструког опорезивања, дивиденде се могу опорезивати и у држави уговорници чији је резидент компанија која исплаћује дивиденде, ако је стварни власник дивиденди резидент друге државе уговорнице, а разрезан порез не може бити већи од 5 одсто бруто износа дивиденди ако је стварни власник компанија која непосредно има најмање 25 одсто капитала компаније која исплаћује дивиденде, односно 10 одсто бруто износа дивиденди у свим другим случајевима.

Што се тиче ауторских накнада које настају у држави уговорници а исплаћују се резиденту друге државе уговорнице, могу се опорезивати у држави у којој настају, ако је стварни власник ауторских накнада резидент друге државе уговорнице, а разрезан порез не може бити већи од 5 одсто бруто износа ауторских накнада за коришћење или за право коришћења ауторског права на књижевно, уметничко или научно дело, укључујући биоскопске филмове и филмове или траке за телевизију или радио, односно не већи од 10 одсто бруто износа ауторских накнада за коришћење или за право коришћења патента, заштитног знака, нацрта или модела, плана, тајне формуле или поступка или за право коришћења индустријске, комерцијалне или научне опреме или за обавештења која се односе на индустријска, комерцијална или научна искуства.

Камата се може опорезивати и у држави уговорници у којој настаје, ако је власник камате резидент друге државе уговорнице, а порез не може бити већи од 10 одсто бруто износа камате.

На основу напред наведеног, у повољнијем положају су нерезиденти који су остварили дивиденду, накнаду по основу ауторског и сродних права и права индустријске својине, камату или накнаду по основу закупа непокретности и покретних ствари на територији Србије, а резиденти су државе са којом је закључен уговор о избегавању двоструког опорезивања, јер се тада примењује повољнија, односно нижа стопа опорезивања у односу на општи ниво.

VI Обавеза у вези са пореским билатералним споразумима

Једна од обавеза Србије, која проистиче из потписаног Споразума о стабилизацији и придруживању је комплетирање мреже билатералних уговора о избегавању двоструког опорезивања са државама чланицама ЕУ, у складу са последњим изменама ОЕЦД Модела пореске

конвенције. Комплетирање мреже билатералних уговора претпоставља, не само закључивање ових уговора са државама чланицама са којима нису закључени, већ и ревизију постојећих с обзиром на досадашње бројне промене ОЕЦД Модела пореске конвенције у сагласности са променама правног и економског амбијента у којем се одвија међународно пословање. При томе, требало би имати у виду и чињеницу да су неки од тих уговора потписани пре 30 и више година, те да нису одраз савременог пословног окружења. Неки од њих садрже и одредбу о нултој стопи за камату што је у супротности са Кодексом понашања за пословна опорезивања (Француска, Шведска, Холандија, Финска, Немачка). С тим у вези до сада није извршена ниједна ревизија тих старих уговора, али ни закључивање тих уговора са Португалијом и Луксембургом.

Сарадња Србије и ЕУ у области опорезивања предвиђа и побољшање транспарентности и размену информација са државама чланицама ЕУ ради спречавања утаје пореза. У том смислу Србија би требало да комплетира и мрежу билатералних споразума о размени пореских информација са државама чланицама ЕУ, а на основу ОЕЦД Модела споразума о размени информација у пореској области.²² Заправо, недостатак размене информација је један од кључних критеријума у одређивању штетне пореске праксе. ОЕЦД Модел споразума о размени информација у пореској области представља стандард за размену информација у циљу елиминисања штетне пореске праксе. Србија, од потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању, до данас, није закључила ниједан билатерални споразума о размени пореских информација са државама чланицама ЕУ.

VII Закључак

У даљем настављању пореске реформе у Србији, приоритет у наредном периоду је усклађивање пореских прописа са ЕУ пореским директивама и унапређење рада пореске управе. Мада је *de facto* Србија у области пореза била на добром путу да испуни ЕУ стандарде, последњим изменама неколико важних пореских закона у 2012. и у 2013. години нарушено је усклађивање у области опорезивања, а пореско законодавство још увек није усаглашено са Кодексом понашања за пословна опорезивања.

Наплата пореских прихода остала је неефикасна, а обим сиве економије није се смањивао тако да је убудуће неопходно одлучно и стално радити на унапређењу рада пореске управе. Пореска управа захтева

22 The OECD Model Tax Agreement on Exchange of Information in Tax Matters, OECD, Paris, 2002.

јасну стратегију која превасходно мора да обухвати увођење пореског информационог, односно модернизацију система техничке опремљености и сталну обуку, поготово особља које обавља послове контроле.

Grosso modo, недовољна пажња посвећена је делотворној примени постојећих закона и процени њихових ефеката, тако да је *in corpore* досадашња пореска реформа била спора.

Hasiba HRUSTIĆ, PhD

Center for Law and Financial Research Belgrade

THE TAX LEGISLATION HARMONIZATION OF SERBIA WITH THE EUROPEAN UNION TAX LAW

Summary

Hereafter continuation of the tax reform at Serbia, priority at following period is tax regulation harmonization of Serbia with EU tax directives and improvement tax administration.

Even Serbia within tax been in community yes to fill up EU standards, last amendments of some tax law in the last quarter of 2012, and on the beginning of 2013, the harmonization is perturbed and tax legislation still not according to The Code of Conduct for business taxation.

Tax revenue payment the rest is ineffective and grey economy volume not reduced. So is hereafter need decisive reform and keep on in improvement tax administration, especially modernization of technical accomplishment and constant instruction of tax personnel.

Key words: *reform, harmonization, tax administrartion, tax evasion.*

ПРИВРЕДНОПРАВНО ОКРУЖЕЊЕ

Др Александар ВУЛЕТИЋ

доцент на Универзитету „Унион – Никола Тесла“, Београд

QUO VADIS, NOMEN AGENTIS? – МОВИРАНИ ФЕМИНИНУМИ У ФУНКЦИОНАЛНИМ СТИЛОВИМА ПРИВРЕДНО-ПРАВНОГ ДИСКУРСА

Резиме

У овом раду разматра се актуелна лингвистичка проблематика родне равноправности у савременом српском језику привредно-правне стирке и науке, саљедана из уїла најроминентнијих одлика Ѳомену-ше Ѳојаве – мовираних фемининума и социјалних фемининашва. Ова социолингвистичка номошехничка анализа има за циљ да уѲошребом аналишичке и дескриптивне методе укаже на све учесшалије Ѳрису-сшво Ѳоменушшх нових лексичко-семаншичких јединица у раслојеним функционалним стиловима привредно-правне Ѳисмене и усмене дискурс-не дихошмије. Скрешашем Ѳажње на чињеницу да су законѲисци већ Ѳрејознали Ѳоменушш Ѳојаву, и шѲо у Закону о равноправности Ѳолова, рад указује на мошше Ѳравце и форме законѲисања и комуникације у новом Грашанском законику Решублике Србије, али и привредно-правном окружењу уошшше.

Кључне речи: мовирани фемининуми, функционални стил, привредно Ѳраво, родна равноправност.

I Раслојавање језика и функционални стилови (привредног права)

Језик није хомогена и потпуно јединствена целина, без обзира на то да ли је нормиран или не. Изложен многобројним друштвеним, временским, просторним и функционалним утицајима и променама, језик се раслојава у специфичне појавне облике. Ови облици називају се варијететима језика или подјезиком. Дакле, како у оквиру говорног, тако и у оквиру писаног медијума, језик варира у инвентару, избору и употреби средстава којима потенцијално располаже. Раслојавање језика манифестује се на бар три начина:¹ *територијално раслојавање језика на дијалекте, друштвено раслојавање на социолекте и функционално раслојавање на функционалне стилове.*

Поред територијалног раслојавања језика, које се огледа у чињеници да исти језик донекле различито употребљавају његови говорници који потичу са различитих делова истог говорног подручја, и социјалног раслојавања језика, са социолектима који представљају друштвено дистинктивне варијетете којима се одликују друштвене групе дефинисане пре свега социоекономским положајем, степеном образовања, професијом, узрастом и полом – за овај рад највећи значај има *диференцирање језика на функционалном нивоу.*²

Према предмету комуникације језик се, дакле, диференцира у *функционалне стилове или рејсџере*. Појам *стил* или *рејсџар* односи се на језичка средства карактеристична за поједине сфере употребе језика (политика, привреда, право, религија, спорт...). Ово су, дакле, варијетети који поседују своју сопствену терминологију. Ови регистри се тематски разликују, а уколико дође до израженијих струковних обликовања језика у посебне сврхе, тада говоримо о *стручним језицима*.³ Њихове препознатљиве и упадљиво приметне карактеристике, стручна фразеологија и терминологија (дакле, пре свега лексика, а ређе граматика), разрађене су и систематизоване у оквиру датих области, тј. струка. Инвентар, избор и употреба језичких средстава, дакле, прилагођава се посебним улогама, функцијама и задацима језика које намећу потребе научно-стручних домена.

1 Овај поглед заступа Ранко Бугарски, *Увод у описну лингвистику*, Београд, 2003, док Милорад Радовановић, *Социolingвистика*, Сремски Карловци – Нови Сад, 2003, говори о четири правца раслојавања језика: у функционалном, социјалном, индивидуалном и територијалном смислу.

2 Стана Ристић, *Раслојеност лексице српског језика и лексичка норма*, Београд, 2006.

3 Р. Бугарски, *нав. дело*, стр. 45.

1. Језик није (само један) стил

Према општеприхваћеној социолингвистичкој теорији Б. Тошовића о раслојавању језика на функционалне стилове, иначе добрим делом заснованој на учењу чувене Прашке лингвистичке школе, функционални стилови су „екстралингвистички условљене системске реализације језика у одређеним областима људске делатности“.⁴ Тошовић, према тим областима људске делатности, разликује пет основних функционалних стилова: *књижевноуметнички*, *научни*, *јублицистички*, *административни или јавни* и *разговорни* (Тошовић (2002), стр. 96–98), истичући при томе да научни, административни или правни и публицистички функционални стил припадају сфери јавне употребе језика. О административном, односно правном стилу Тошовић каже да покрива правну делатност, те писану комуникацију тела установа и органа државних и друштвених субјеката. Исти аутор дефинише и подстилове правног стила: *законодавни* (језички израз закона, подзаконских прописа и општих аката), *јословни* (језички израз споразума, уговора, фактура, поручбеница, сертификата, полиса и сл.), *дипломатски* (језички израз међународних уговора, конвенција, нота, меморандума, акредитива, коминикеа и др.), *индивидуално-јошврдни* (језички израз потврда, сведочанстава, диплома и сл.), *кореспонденцијски* (језички израз писама, телеграма, извештаја, захтева, позива, молби и сл.).⁵ М. Луковић у свом чланку о српском правном језику потпуно оправдано тврди (Луковић (2006), стр. 535): „Устаљени термини административни функционални стил и правни функционални стил у потпуности су синоними јер је овде администрација узета у најширем значењу: као област стварања и примене права.“ Међутим, исти аутор у наставку свог текста каже да се овим постојећим терминима може у истом значењу придодати и трећи термин – правни језик, који јасно упућује на употребу језика у области права.⁶

Наш став је да се термини стил и језик, као прво, не могу поистовећивати. Језик је виша, стилу надређена социолингвистичка појава. Иако говоримо о језику права, већ раслојеном појавном облику општег језика, ми и даље говоримо о језику које може да има, и има, своје раслојене функционално-стилске реализације. Па зар језик права нема, поред већ поменутог административног, и научни стил? Уџбеници, научне публикације и научни радови писани су научним стилем. Такође, постоји и разговорни стил у правној, односно привредно-правној

4 Бранко Тошовић, *Функционални стилови*, Београд, 2002, стр. 65.

5 Б. Тошовић, *нав. дело*, стр. 355.

6 Милош Луковић, „Српски правни језик“, *Архив за јавне и друштвене науке*, бр. 3–4/2006, стр. 1535.

дискурсној дихотомији, и то као врло битан и специфичан појавни облик језика струке, баш као и што сваки други научно-стручни регистар има свој разговорни стил, не постојећи, дакле, при том искључиво у писаном дискурсу. Можда изгледа натегнуто, али могли би наћи примере и публицистичког и књижевноуметничког стила у привредно-правној језичкој бази (правно-историјска документаристика или афористика на пример).

Дакле, један богат и сложен научно-стручни језик као што је језик привредног права, који је непосредно повезан и испреплетан са економско-финансијском терминологијом, која је неретко основ свеукупног привредно-правног термилошког фонда,⁷ итекако има своје реализације у готово свим функционалним стиливима и подстиливима. Управо због социолингвистичких специфичности сваког од поменутих стилова, и реализација, односно дистрибуција мовираних фемининума у тим стиливима ће бити другачија.

II Мовирање, мовирани фемининуми и социјални фемининативи

Творбени начин за формирање мовираних фемининума у српском језику познат је под називом именичка моција. „Овим термином означавамо способност језика да помоћу одређених форманата гради називе за бића женског пола од корелативних именица мушког рода. (...) За именичку моцију је карактеристично да је моциона изведеница мотивирана мушким корелативом и да се у творбеном процесу семантика мушког корелатива не мења. Такав творбени процес називамо *мовирање* а његов производ – *мовирани фемининум*. Основна карактеристика мовираног фемининума јесте да он остаје у оквирима семантичке области мушког корелатива, а деривацијом је само пол промењен.“⁸ Именице супротног пола у моцијском односу чине моцијске парове (нпр. *заступник* – *заступница*, *јуномоћник* – *јуномоћница*, *адвокат* – *адвокаткица*, *јавник* – *јавница*, *једседник суда* – *једседница суда*).

Најчешћи облици мовираних фемининума су именице женског рода типа *potina professionis*, које се још називају социјални фемининативи. „Социјални фемининативи су суфиксалне именичке изведенице женског рода које имају значење професионалног или неког дру-

7 Одличан пример корпуса економско-правне терминологије представља књига: Мирко Васиљевић, *Компанијско право (право привредних друштва Србије и ЕУ)*, Београд, 2005.

8 Божо Ђорић, „Моциони суфикси у српскохрватском језику“, *Монографије Филолошкој факултета Београдској универзитету*, књ. 53, Београд, 1982, стр. 6–7.

гог друштвеног статуса, нпр. *хришћанка*, *шефица*, *чистишчица* и сл. за разлику од биолошких феминатива, нпр. *јолубица*, *лавица*, *слоница* и сл.⁹ Мовирани фемининуми, односно социјални фемининативи у привредно-правном регистру су, дакле, суфиксалне именичке изведенице женског рода које означавају особе женског пола које су део привредно-правног окружења, без обзира да ли су део законописаног административног и научног сегмента овог дискурса (нпр. *ошћенећена*, *шужена*, *ошћужена*, *окривљена*, *шћићеница*, *клијенћикиња*), или су у питању титуле и занимања које жене у привредно-правном окружењу имају (нпр. *јравница*, *адвокаћица*, *шужишћелка*, *јредседница суда*, *заменица/јомоћница јредседника*, *јравобранишћелка*, *засћујница*, *јорћијаролка*, *заменица јавној шужиоца*), или су у питању нека друга подручја и сфере права у привреди где се жене појављују (нпр. *јрофесорка*, *исћираживачица*, *сарадница*, *виша сарадница*, *сћручна сарадница*, *академћкиња*, *доценћкиња*, *консулћанћкиња*, *савејница*, *дирекћорка*).

1. Од неутралне ка конкретној употребној ситуацији

Е. Барић говори нам о општој или неутралној употребној ситуацији и појединачној или конкретној употребној ситуацији мовираних фемининума.¹⁰ По нашем мишљењу, ово је један од кључних сегментата битних за разумевање и даљи „развој“ мовираних фемининума у привредно-правном дискурсу. Наиме, према овој ауторки, општом употребном ситуацијом називамо ситуацију у којој пол није задан, нити га је потребно задавати, а конкретном употребном ситуацијом можемо назвати ситуацију у којој је пол задан, па његово неизрицање нарушава граматички склад скупа којем припада. Примере за општу употребу, у којој се мушки лик користи као неутрални облик и заступа оба пола, налазимо код разних врста натписа (на вратима и у јавним установама уопште – нпр. *адвокаћ*, *јредседник суда*, *шужилац*), текстова конкурса (нпр. *Конкурс за радно месћо судској јријравника*), обавештења (нпр. *Обавешћавају се сви клијенћи банке...*), назива друштава и удружења (нпр. *Удружење јравника Србије*) и сл.

Међутим, чим дође до конкретизације појма, са подручја општег долазимо на подручје конкретног, па одређени облик не представља само занимање, већ и пол особе која то занимање обавља. Ово се посебно испољава у случајевима апозиције у реченици (нпр. *Адвокаћица Мара Пилиповић објаснила је јуче...*; или *Порћијаролка* Трговинског

9 Предраг Пипер, Иван Клајн, *Нормативна јрамајика срћској језика*, Нови Сад, 2013, стр. 54.

10 Еугенија Барић, „Моцијски парњаици и њихова употреба“, *Расјраве*, св. 13, Загреб, 1986, стр. 15–17.

суда Јована Јовановић изјавила је у обраћању медијима... или Звездана Јанчић, *финансијска директорка* нашег познатог извозника...).

2. Фемининуми кроз стилове

Добро је познато да мовирани фемининуми и социјални фемининативи у оквиру моцијских парова одавно постоје у лексици привредног права (нпр. *џужени* – *џужена*, *џужийељ* – *џужийељка*, *окривљени* – *окривљена*). Међутим, они се прво појављују у разговорном и, посебно данас, публицистичком функционалном језичком стилу, док се њихова еманација у научни и административни стил „одлаже“ због низа социолингвистичких фактора. „Постоје социјални фемининативи изведени од именица мушког рода, нпр. *докторка*, *професорка*, *шефица*, који су у широкој употреби у разговорном стилу, али се мање употребљавају у другим стиловима, а избегавају се у научном и административном стилу.“ (Пипер, Клајн (2013), стр. 55). Отпор према мовираним фемининумима у правном, односно административном стилу заснива се на изузетно великој ригидности и крајњој фиксираности овог функционалног стила, што није случај само у српском, већ и у многим другим језицима. Међутим, данас су жене присутне у готово свим областима научне, стручне и професионалне делатности, те заиста постоји стварна потреба да се њихова звања и титуле у тим делатностима творбено означе. На овај начин стварају се нови женски парњаци досадашњим мушким облицима за звања и занимања, настају нови моцијски парови, језик се обогаћује новим творбеним јединицама.

Са друге стране, правни стил обилује немаркираним терминолошким облицима, као што су *лице*, *сйрана*, *сйранка* и *субјект*, у смислу деперсонализације, односно полне и родне (де)маркације предметног појма, што је добра одлика овог стила, па се ови термини у комбинацији са низом детерминатора и модификатора врло често и користе – нпр. *йравно*, *физичко*, *малолетно*, *йунолетно*, *йужено лице*, *ујоворна сйрана*, *йривредни субјект*, и сл.

3. Она је и правник и правница

Како, дакле, тумачити чињеницу да у разговорном и публицистичком стилу, те у конкретној, односно појединачној употребној ситуацији, привредно-правни језички регистар обилује мовираним фемининумима које корисници језика врло радо и често користе, док се правни, односно административни стил и формална привредно-пословна комуникација одликују занемаривањем ових језичких средстава?

Како ствари тренутно стоје, претпостављамо да ће судбина мовираних фемининума, односно њихова интеграција у језик привредно-правне струке остати амбивалентна – у разговорном и публицистичком стилу биће добродошли, док ће правно-административни стил и формалнији облици комуникације још увек бити забрањена зона за ове „језичке новотарије“. Међутим, то ће бити само до тренутка док нам неко не каже да се тиме крше људска права. А онда ће се ствари мењати, у правном, лингвистичком и номотехничком смислу.

III Творбом речи до родне равноправности

Питање полне, односно родне једнакости одавно привлачи пажњу низа друштвених група и покрета, институција и удружења, појединаца из разних научних области, друштва у целини. Свој став о једнакости жена и мушкараца одавно су у правној форми изнеле Уједињене нације,¹¹ а данас се у оквиру Европске уније и њених тела¹² воде широке и озбиљне кампање којима се не само скреће пажња на положај жена у друштву и доносе одговарајући противдискриминаторни закони, него и реализују пројекти који за циљ имају да родну равноправност „спроведу у дело“ и да жене у друштву заиста учине видљивијим.

Поменути процеси су се пренели и на поље језика. Циљ појединих бораца за људска права јесте да свесно утичу на језик како би га учинили родно издиференцираним и несексистичким. С обзиром на разлике у структурама, пореклу и системима светских језика, овај процес не одвија се у свим језицима на исти начин. Узимајући, дакле, у обзир поменуте специфичности језика, али и разлике засноване на националним језичким политикама, те макролингвистичкој перцепцији појма полне, односно родне једнакости и родно осетљивог језика, као и политизацији поменуте проблематике, у појединим језицима (нпр. у енглеском језику), у погледу остварења родне издиференцираности врше се процеси окренути ка стварању *родне неутралности*, односно употреби родно неутралних именица типа *nomina agentis et professionis*. На англосаксонском говорном подручју то је решавано потпуном неутрализацијом обележја рода: на пример, уместо *businessman* или *businesswoman* препоручује се коришћење *business traveller*, *agent* или *executive*, уместо *ombudsman* препоручује се употреба термина *mediator*, а уместо *salesman* и *salesgirl*

11 The Universal Declaration of Human Rights (1948), The Convention Against Discrimination in Education (1960), Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (1979) су примери за само неке од њих.

12 Један од одбора при Европском парламенту је и Одбор за права жена и равноправност полова.

– *salesperson*, уместо *chairman* и *chairlady* препоручује се *chairperson* или *chair*. Такође, формирање фемининатива уз помоћ врло продуктивног енглеског моционог суфикса *-ess* сматра се пејоративним и препоручује се употреба родно неутралних облика (нпр. *poet*, *author*, *flight attendant* уместо *poetess*, *authoress*, *stewardess*), јер инсистирање на обележавању пола у ствари може указивати на дискриминацију.¹³

Ово је готово потпуно друкчији став у оквиру теорије родне равноправности од оног који се у одређеним лингвистичко-политичким круговима заговара у нашој јавности. У нас, у српском језику (а и у многим другим словенским језицима) инсистира се на стварању посебних облика именица женског рода које су изведене од именица мушког рода (тзв. мовирани фемининуми и социјални фемининативи) не би ли се на тај начин истакла видљивост жене у језику. Различити погледи на помнуте неуједначености процеса и специфичности језика и даље доводе у сукоб званичан лингвистички врх у Србији и групе окупљене око идеје за безрезервне промене у језику.

1. Поларизација ставова: о родној неутралности генеричког мушког рода

Став најмеродавнијег српског лингвистичког тела, Одбора за стандардизацију српског језика, јасан је и кратак по овом питању: „Облике женског рода за именице које значе професије треба употребљавати тамо где је њихова употреба у складу са постојећом нормом и добром језичком праксом. Када је реч о облицима женског рода за означавање професија који нису нормирани или уобичајени у језичкој пракси, исправно је користити генерички мушки род (нпр. *борац*, *џилош*, *академик*), јер његова употреба никако не имплицира дискриминацију жена, већ подразумева свет о једнакој друштвеној (људској) вредности мушкарца и жене.“¹⁴ У овим Одлукама Одбора још се додаје: „Родна неутралност генеричког мушког рода у српском језику није *цретијосџавка*, већ лингвистичка чињеница: граматички и природни род именица у српском језику нису идентични. Граматике српског језика у званичној употреби кажу да именице које значе врсту, звање или занимање означавају бића оба пола (*човек/људи*, *џас*, *џолуб*, *џисац*, *судија*...). Стога тврдња да употреба генеричког мушког рода угрожава права жена бива у нескладу са важећим ставом лингвистичке науке. И не само то – оваква би тврдња подразумевала да су готово сви законодавни акти Републике Србије, почев од Устава – родно дискриминаторски, јер се

13 A. Desprez-Bouanchaud, и др., *Guidelines on Gender-Neutral Language*, UNESCO, 1999, стр. 7–15.

14 Одлуке бр. 57 и 60 Одбора за стандардизацију српског језика.

у њима не користе доследно облици женског рода. И у самом Закону о равноправности полова користи се генерички мушки род (*сведок, по-слодавац,...*). При том, Закон о равноправности полова, сасвим у складу са важећом граматиком српског језика, изричито каже: *Термини којима су у овом закону означени положеји, професије, односно занимања, изражени у трамајичком мушком роду, подразумевају природни мушки и женски род лица на које се односе.*¹⁵

Ипак, постоје и ставови који се разликују од ставова званичног српског лингвистичког врха. Њих најбоље илуструје проф. Свенка Савић, једна од најагилнијих ауторки у овој области: „...српски језик, као и неки други словенски језици, има доследно уткану родну перспективу, тј. свака именица има род (мада постоје и двородне именице типа *судија* и сл.). Управо дато правило употребе женског рода за занимања жене је у духу српског језика. И ту нема проблема док је занимање на нижим нивоима друштвене лествице (нико се не буну против употребе речи *сјремачица, куварица*). Лингвисти праве проблеме за титуле и занимања која су високо на лествици моћи у друштву где жене не смеју бити видљиве у језичкој форми! Залажем се за то да се у језику види женска особа која већ обавља политичку, научну и другу функцију и има статус у друштву. Њихов број није занемарљив. Много је *филозофкиња, психолошкиња, боркиња* за разна права, а пре свега људска – па и за право на другачије мишљење.“¹⁵

Колико-толико помирљив тон овим поларизованим ставовима можда можемо наћи у *Нормативној трамајици српског језика*: „Приликом оцене нормативне прихватљивости новијих социјалних феминатива треба их разматрати понаособ, јер степен и облик њихове укључености у језички систем, посебно у систем функционалних стилова није у сваком поједином случају исти. Социјални феминативи новијег порекла као именички неологизми које предлажу и за које се залажу представници одређених политичких погледа често се не могу сматрати одликом доброг књижевног језика док не уђу у ширу употребу и ако нису добро уклопљени у систем савременог српског језика“, па се у наставку ове реченице наводе десетине таквих неологизама, односно социјалних феминатива, од којих издвајамо „...*ајенџкиња, аласкиња, ајосџолка, архимандрџица, бизнисменка, декаденџкиња, ејнојеоџрафкиња, ејискоја, инвалиџкиња, јајџачица, каубојџка, омбудманка, хирурџкиња.*“ (Пипер, Клајн (2013), стр. 55–56).

15 Свенка Савић, „Женски род за жене“, *Политика*, Београд, 9. сеп. 2006.

2. Закони, равноправност и род пред пороткињама, стручњакињама и суткињама

Дакле, један од најчвршћих српских научно-стручних језичких бедема, језик права, са свом својом херменеутичношћу и ригидношћу, по први пут се, чини се, бар накратко, једном реченицом у једној уводној законској одредби, позабавио поменутом проблематиком равноправности полова путем лингвистичких средстава. Тај историјски догађај у српској историји законописања „одиграо се“, као што смо рекли, у Закону о равноправности полова из 2009. године, у којем стоји да термини којима су у закону означени положаји, професије, односно занимања, изражени у граматичком мушком роду, подразумевају природни мушки и женски род лица на које се односе.¹⁶ Иако у потпуности покрива становиште званичног српског језичког врха о генеричкој неутралности мушког рода, ова одредба закона је битна зато што се њоме износи став о свесности чињенице да постоји врло битан сегмент у језику, сегмент родне обележености, односно диференцираности, која може да игра изузетно битну улогу у перцепцији појма и закона о родној односној полној равноправности у друштву.¹⁷ На овај начин, микролингвистички контекст исказивања равноправности полова у језику, односно правичности и једнакости полова у друштву уопште, ставља језик и номотехнику у жижу (привредног) права у једном новом светлу. А како ствари стоје, ово може да буде само почетак сценарија који су се већ подобро „одвили“ у земљама и законским актима у нашем окружењу.

Уколико се неком учини да ова тематика представља шекспировско „много буке ни око чега“, нека погледа Закон о родној равноправности Црне Горе из 2007. године у чијем члану 4 стоји: „Дискриминацијом, у смислу става 1 овог члана, сматра се и сексуално узнемиравање, подстицање другог лица на дискриминацију, као и коришћење речи у мушком роду као генерички неутралне форме за мушки и женски род.“ Уколико се не придржавате ове законске одредбе и у комуникацији са дамама не користите наведене социјалне фемининативе, можете бити осуђени на плаћање казне у износу од неколико хиљада евра. А да не буде забуне око звања, занимања и титула за даме у Црној Гори, тамошње Министарство за људска и мањинска права, објавило је и Регистар у којем су таксативно прописани облици за мушки и женски род,

16 Закон о равноправности полова (Сл. гласник РС, бр. 104/2009), Основне одредбе, чл. 10.

17 Да ли, при том, поменута формулација о родној неутралности генеричког мушког рода из Закона о равноправности полова треба да се уврсти и у нови Грађански законик РС, те да се на тај начин покаже његова црта правичности и једнакости свих грађана и грађанки наше државе?

у којем се, између осталих, прописује употреба следећих мовираних фемининума (које можемо срести у привредно-правном окружењу): *актиуарка, банкарка, брокерка, економистикиња, аналитичарка, инспектиорка, испитна суйкиња, књиовоикиња, набављачица, овлашћена рачуновоикиња, порезница, пороикиња, посредница, правна секретарка, правна помоћница, проценишеља, референкиња, ревизорка, суйкиња, стручњакиња, судска испедница, суйервизорка, презористикиња...*¹⁸

IV Уместо закључка: *Quo vadis, nomen agentis?*

У светлу свега изнетог, а у складу са опредељењем наше државе да се прикључи Европској унији, високоразвијеној демократској заједници народа у којој се инсистира на предузимању свих врста и облика антидискриминаторних мера, укључујући и инсистирање на већој видљивости жена у друштву, те самим тим и у језику, немојмо се чудити када, прво у говорном а затим и осталим функционалним стиливима српског језика привредног права, ускоро видимо, прочитамо и чујемо следеће мовиране фемининуме, односно социјалне фемининативе: *ношарка, извршишеља, уштеривачица дугова, ликвидаторка, стицашеља, уоварачица, дужница, налојодавка, имашеља, стицашеља, поверишеља, усуйишеља, оставишеља, прокурисикиња, шиеишница, осигуравашеља, осигуравачица, оклонодавашеља, оклонопримашеља, оршакиња, соистишвеница, ошпрешисеља, сведокиња, порошница, комисионарка, дейоненкиња, комитенкиња, иуномоћница...*¹⁹

Коликогод нам данас ови неологизми били неумесни и непотребни и коликогод се чинило да не могу освојити правни функционални језичко-стилски бастион, можда ће управо правници бити ти који ће, законопишући нове антидискриминаторне, демократске и несексистичке законе, морати да уведу неке од ових неологизама, а по препоруци наших, за људска права забринутих партнера из Европске уније.

Што се тиче следећег одредишта конзистентног и јасног става српске граматике о родној неутралности генеричког мушког рода од Вука па наовамо, није искључено да ће то бити одредиште на којем ће језик поново бити разапет.

18 Сања Мијушковић, *Рејситар занимања, звања и ишијула жена*, Министарство за људска и мањинска права Црне Горе, 2013, стр. 20–50.

19 Готово сви фемининуми формираны су на основу њихових моцијских парњака које смо идентификовали у Радној верзији Грађанског законика Републике Србије, књиге I, II, III, IV (према <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>) од 12.3.2015.

Aleksandar VULETIĆ, PhD

Assistant Professor at the University „Union – Nikola Tesla“, Belgrade

QUO VADIS, NOMEN AGENTIS? – FEMININE NOMINA AGENTIS ET PROFESSIONIS IN THE FUNCTIONAL STYLES OF THE ECONOMIC-LEGAL DISCOURSE

Summary

This paper discusses the current linguistic issue of gender equality in the contemporary Serbian language of economic-legal profession and science, viewed from the perspective of the most prominent feature of the phenomenon – feminine nomina agentis et professionis. By using analytical and descriptive methods, this nomotechnical sociolinguistic analysis aims to point to the increasingly frequent presence of the aforementioned new lexical-semantic units in stratified functional styles of the economic-legal written and oral discourse dichotomy. By drawing attention to the fact that lawmakers have already recognized the aforementioned phenomenon in the Law on Gender Equality, the paper suggests possible directions and forms of communication in the new Civil Code of the Republic of Serbia, as well as in the economic-legal setting in general.

Key words: *nomina agentis et professionis, functional styles, business law, gender equality.*

Др Јелена ШОГОРОВ ВУЧКОВИЋ, LL.M. (Münster)
доцент Факултета за европске правно-политичке студије у Новом Саду

ПОЈАМ, СТРУКТУРА И СВРХА ПРАВА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Резиме

Посматрајући право животне средине као део објективног права, ауторка се залаже да се оно схвати у ширем смислу, као једна права која за предмет регулације има не само природну већ и социо-културну човекову средину. Право животне средине се дефинише као скуп правних норми којима се животна средина, у целини или у њеном делу, штити, негује и развија. При одређивању сврхе ове једне права ауторка констатира да је данас владајући антропоцентрични (хomoцентрични) модел, по коме се животна средина схвата само као човекова животна средина, али указује и на схватања која овај модел превазилазе, изражавајући да се животна средина штити и као вредност по себи, а не само као животна средина вредна за човека. Надаље, ауторка сматра да је право животне средине по структури ипак да има јасно изражен објект и посебан део, са јавноправним, приватноправним и кривичноправним карактеристикама. На крају рада истиче се да је назив право животне средине појоднији од других назива за ову једну права.

Кључне речи: *животна средина, право животне средине, појам структуре и сврха, метод и назив.*

I Уводне напомене

Ако тзв. хуману цивилизацију схватимо као процес непрекидног овладавања човека природом,¹ јасно је да је он морао водити мењању и природе и човека. Мењањем природе човек је непрестано себе развијао, увећавао своја знања, унапређивао своје способности и моћи. Због способности стварања, а нарочито кроз процес производње добара, човек се постепено издизао из осталог живог света, обезбеђујући себи место на врху пирамиде живота.

Ипак, овакав развој хумане цивилизације имао је и своју цену. Њеним развојем непрекидно се мењала и природа. Човек је у том процесу природу непрекидно прилагођавао својим потребама, не марећи много за негативне последице који такав процес доноси.

Хомоцентрични (антропоцентрични) начин искоришћавања природе у основи производи две групе проблема.

Прва група се тиче негативног утицаја овог искоришћавања на природу уопште, на њене универзалне ресурсе, као што су земљиште, вода, ваздух, али и тишина и живи свет. Негативни утицаји се углавном јављају у виду измене структуре и квалитета тих ресурса. То се чини кроз разне штетне емисије као и кроз нарушавање природне равнотеже. Пошто се ради о глобалним ресурсима, еколошке мере се свде на смањивање и контролу емисија штетних материја и избегавање мењања структуре тих ресурса.

Друга група проблема се тиче конкретних покретних ствари које човек после искоришћавања природних супстанци одбацује. То је проблем отпада. Коришћење материја из природе је одувек за последицу имало и одбацивање остатака неискоришћених материја, одбацивање свега оног што човеку није било потребно или није било целисходно за коришћење. У том смислу проблем отпада постоји одвајкада. Ипак, док је коришћење материја из природе имало мале размере (предисторијска друштва, историјска друштва с натуралном привредом) ни проблем третмана одбачених материја после њиховог коришћења није сматран нарочито важним. Међутим, индустријски начин производње и савремени начин живота је све изменио из темеља. Човекове интервенције у природи, посебно коришћење разних материја из природе, достигле су такве размере се природно окружење битно мења за живота само једне људске генерације. Како се убрзавао процес коришћења материја из природе, тако се увећавао и проблем третмана одбачених материја после искоришћавања.

1 В. Стеван Шогоров, „Облици избегавања и збрињавања отпада као предмет правног регулесања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, бр. 3/2011, Том I, стр. 43 и сл.

Слични проблеми се јављају и због утицаја човекових активности на климу, земљиште, воду, ваздух, биљни и животињски свет, тишину и друге елементе животне средине. Како су негативне последице ових утицаја непрекидно расле, јавила се потреба да се ова област правно уређи, с циљем да се човекова околина заштити, негује и даље унапређује. Правно уређивање заштите човекове околине је, најпре, почело да се јавља фрагментарно и спорадично, да би данас израсло у самосталну и конзистентну грану права, засновану на националним, регионалним и универзалним међународним изворима права. Будући да је млада и динамична грана права која се и даље убрзано развија, природно је што су схватања о њеном карактеру доста неуједначена, због чега има смисла разматрати њену природу преко елемената који је одређују као што су појам, предмет, сврха, структура, метод, као и сам назив.

II Појам

Право животне средине (често означавањем и као *право заштите животне средине*, односно *еколошко право*) је грана права у правном систему и као такво део је објективног права једне земље. Може се на уопштен начин рећи да оно садржи норме којима се правно уређују односи у животној средини. Али за прецизније одређивање нужно је претходно одговорити бар на два питања и то:

- о *чијој* животној средини је реч и
- *шта* је животна средина?

Прво питање, о *чијој* животној средини је реч, може деловати на први поглед збуњујуће, будући да се у антропоцентричном погледу на свет, какав је до сада и у сфери права животне средине био преовлађујући, унапред претпоставља да се ради о *човековој* животној средини, свеједно да ли се схвата у ужем смислу (као човекова природна средина) или у ширем смислу (као човекова природна и социо-културна средина). Али, данас се све чешће појављују и схватања по којима се животна средина мора разумети сама по себи и за себе, а не као човекова животна средина („животна средина за човека“). То значи да се животна средина мора штитити и развијати због ње саме, а не само због човека, што значи да се има посматрати из „перспективе“ укупног живог и неживог света, а не само из перспективе људске врсте. До сада се у теорији, али и у законодавству, животна средина углавном схватала антропоцентрично, као човекова животна средина.

Али, шта је животна средина, чак и ако се схвата антропоцентрично? У одговору на ово питање до сада су се испојила два гледишта. По

једном, екстензивнијем, под животном средином треба разумети укупност свега што човека окружује, што значи не само његово природно окружање већ и и његово социјално, културно и политичко окружење.² Овакво одређивање појма животне средине је несумњиво целовито и свеобухватно, али је због недовољне одређености и јасних контура, релативно тешко за правно регулисање. Због тога се у праву животне средине појам „животна средина“ доста дуго схватао у ужем смислу, тј. као човеково *природно окружење*. У природно окружење спадају све околности дате од природе као што су земља, вода, ваздух, биљке, животиње, клима и други природни елементи. Ипак, у новије време се и у праву животне средине појам животне средине све чешће разуме и у свом ширем, екстензивнијем значењу.³ Данас је овакав став преовлађујући, како у литератури, тако и у нормативној пракси.

У праву Републике Србије животна средина се такође најчешће схвата у свом ширем значењу. У том смислу карактеристично је законско дефинисање животне средине као „скупа природних и створених вредности чији комплексни међусобни односи чине окружење, односно простор и услове за живот“.⁴ У ширем смислу се право животне средине схвата и у праву ЕУ, будући да се под животном средином најчешће подразумева и животна средина створена од самог човека.⁵

За разлику од животне средине, само право животне средине се скоро нигде законски не дефинише. То важи како за национална права тако и за право ЕУ. Отуда се овакве дефиниције могу наћи само у правној литератури. С обзиром на предмет регулисања, право животне средине, у антропоцентричном моделу посматрања, би се најједноставније могло дефинисати као скуп правних норми којима се уређује однос човека према животној средини. Ипак, с обзиром на чињеницу да нису све активности човека према животној средини прихватљиви и пожељни, неопходно је додатно одредити карактер тих активности. Пожељне активности би морале бити само оне којима се штити или на други начин афирмише животна средина. Због тога су у литератури веома честе дефиниције које управо наглашавају заштитни карактер ове гране права. Карактеристичне су у том смислу дефиниције које право животне средине одређују као скуп правних норми које служе заштити животне средине.⁶

2 Reiner Schmidt, Wolfgang Kahl, *Umweltrecht*, 8. Auflage, München, 2010, стр. 9.

3 *Ibidem*.

4 В. Закон о заштити животне средине Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009, 72/2009 и 43/2011 – одлука УС; у даљем тексту: ЗЗЖС), чл. 3.

5 Ulrich Meyerholt, *Umweltrecht*, 2. Auflage, Oldenburg, 2007, стр. 26.

6 V. Gerhard Schnedl, *Umweltrecht im Überblick*, 2. Auflage, Wien, 2014, стр. 29.

Тако посматрано, право животне средине би се могло прецизније одредити као *скуп њравних норми којима се животиџа средина, у целини или у њеном делу, шћићи, нећује и развија*.

Право животне средине је нова грана права, која је настала и постепено се уобличавала у 20. веку. У том тренутку све класичне гране права, па и неке нове, већ су увелико биле прецизно дефинисане, како по предмету и методу уређивања одређених (парцијалних) друштвених односа, тако и по критеријумима разграничења према другим гранама права. Право животне средине, међутим, за предмет има животну средину у тоталитету, због чега долази у контакт практично са свим другим гранама права. За ово право се обично каже да је типичан пример скупа норми који попречно пресеца скоро све гране права. Оваквих норми, иначе кохерентних по карактеру и сврси, има практично у свим областима јавног и приватног права. Чак и неке норме које на први поглед нису типичне норме права животне средине, као напр. бројне норме привредног управног права, такође улазе у корпус права животне средине, мада своје место и даље имају и у привредном управном праву. Правне норме о заштити од емисија такође јасно сведоче о томе.⁷ Због тога се за право животне средине може рећи да попречно пресеца јавно право, приватно право и кривично право у њиховом међудејству.⁸

III Предмет

Предмет права животне средине је сама животна средина. По данас преовлађујућем схватању под животном средином треба разумети човекову животну средину и то не само природну човекову средину већ и његову социо-културну (друштвену, културну, политичку) средину.

Разложено, животна средина се може поделити на природну животну средину и на културну (од човека створену, „вештачку“) животну средину.

Када се поближе осмотре оба дела животне средине, могуће је јасно идентификовати добра која човек у њима жели заштитити. Та добра се могу назвати и заштитним добрима права животне средине.

Од заштитних добара права животне средине најважнији су

– људи, животиње, биљке и њихови животни простори;

7 Упор. U. Meyholt, *нав. дело*, стр. 27.

8 Thomas Pfeiffer, Umweltrecht, доступно на адреси: https://www.google.rs/search?q=Umweltrecht+Pfeiffer&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=3-rQVNz2CsL_ywPm94KwCQ, преузето 02.02.2015. године, стр. 2.

- медији животне средине као што су земља, вода, ваздух (укључујући атмосферу) клима и сл.;
- материјална и културна добра које је човек створио.

При томе, човек и материјална и културна добра која је створио не представљају директно, већ само индиректно добро права животне средине и то онда када су угрожени због лошег стања у којем се налазе медији животне средине.⁹

Исто тако животиње су заштитно добро животне средине само уколико се ради о заштити појединих животињских врста, односно њихових животних простора (станишта). Другим речима заштитни објект су животињске врсте, а не животиње као такве (држање животиња, транспорт животиња и сл.).¹⁰

IV Сврха

За сваку грану права је значајна идентификација њене сврхе. У случају нејасних, двосмислених и контрадикторних норми од великог је значаја њихово тумачење према циљу, односно сврси конкретне гране права.

У националним правним системима се срећемо са различито израженим циљевима права животне средине. Доста често су ти циљеви постављени крајње уопштено, нејасно, на нивоу општих програмских прокламација. Тако се сврха види у одржању „добробити друштва“, „обезбеђењу основе живота људи“¹¹ и сл. Насупрот томе, у неким законима који регулишу специфичне области права животне средине, могу се наћи и конкретни циљеви који се правним нормама желе постићи.

Ипак, када се сагледају сви аспекти, сва хетерогеност и сложеност права животне средине, тешко је побећи од уопштеног дефинисања његове сврхе.

Чувена је у том смислу формулација сврхе коју је немачка влада дала у свом Програму животне средине из 1971. године. Према том програму право животне средине има за циљ да:

- људима осигура такву животну средину која ће им омогућити здрав живот и живот достојан човека;
- заштити добра животне средине, као што су биљни и животињски свет, од штетних утицаја људи;

9 V. G. Schnedl, *нав. дело*, стр. 29.

10 *Ibidem*.

11 В. напр. за немачко право пар. 6 I Вр. 3 WHG; пар. 10 IV KrW-/AbfG као и пар. 1 I BnatSchG.

- одстрани већ настале штете због нарушавања животне средине што је могуће потпуније.¹²

Позната је и лапидарно одређена сврха у Нацрту Законика о животној средини Немачке од 4.12.2008. године према којем право животне средине служи:

- заштити човека и животне средине;
- заштити људи и животне средине из одговорности за будуће генерације.¹³

Одређивање сврхе права животне средине директно зависи од жељеног исходишта примене норми ове гране права. У правној теорији су се с тим у вези искристалисала два става.

Према првом, сврха права животне средине је да штити, негује и унапређује човекову животну средину. Овако схваћена сврха одређује право животне средине као антропоцентрично (хомоцентрично) право, независно од тога да ли се оно схвата у ужем смислу (тј. као право човекове природне средине) или напротив у ширем смислу (као право човекове природне и социо-културне средине).

Према другом ставу, сврха права животне средине се мора одредити шире. Животна средина се мора штитити и унапређивати због ње саме, а не само због човека, не само као човекова животна средина. Овакво схватање полази од принципа да је животна средина вредност сама за себе, те да је не би требало сводити на животну средину вредну за човека. Насупрот антропоцентричном схватању, ово схватање полази од еколошких одн. биоцентричних вредности животне средине као таквих.¹⁴

У позитивном упоредном праву, као и у европском и међународном праву сврха права животне средине се углавном схвата антропоцентрично, тј. као заштита, неговање и унапређивање (развој) *човекове* животне средине.

V Структура

По својој структури право животне средине као грана права и као научна дисциплина има јасно оформљен општи део (опште норме) и посебан део (посебне норме у појединим областима животне средине). Овакву дихотомну структуру право животне средине има у сваком правном систему.

12 Цит. према: R. Schmidt, W. Kahl, *нав. дело*, стр. 10.

13 *Ibidem*.

14 Упор. Klaus Messerschmit, *Europäisches Umweltrecht*, München 2011, стр. 10.

Дихотомна подела права животне средине се може исказати и као подела на:

- интегрално право животне средине и
- медијално право животне средине.

У интегрално право животне средине би спадале све правне норме (независно од тога да ли су јавноправног, приватноправног или кривичноправног карактера) којима се заједнички, на општи начин, уређују све области („медији“) животне средине. Насупрот томе, медијално право би обухватало све правне норме, без обзира на њихову правну природу, којима се уређују односи у одређеним областима, „медијима“ као што су земља, вода, ваздух итд.¹⁵

Посебно је питање карактера и места планских аката у праву животне средине. Мада се и планови најчешће доносе неким правним актом, због чега се понекад говори и о тзв. праву планирања, они сами по себи не садрже норме које би се лако могле разврстати у неку од класичних грана права. Јасно разграничење права животне средине према праву планирања једва да је могуће, пре би се могло рећи да је право планирања (у делу који се односи на животну средину) заправо планска компонента права животне средине. Ово је тако пре свега због чињенице да право животне средине није само право заштите, већ и право одржања, а затим и унапређења и развоја животне средине.

Није, међутим, оваква структура права животне средине карактеристична само за национална права. Напротив, она је једнако присутна и на регионалном и универзалном нивоу. Због тога поменутој дихотомној подели, карактеристичној за свако национално право животне средине, додајемо у овом раду и скупове правних норми које су настале на међународном и европском нивоу. С обзиром на њихове изворе, карактер и подручје примене, ове скупове норми означавамо као *међународно право животне средине* и *европско право животне средине*. Понекад се уз ове скупове норми помиње и међународно приватно (колизионо) право животне средине, које чине норме о сукобу закона и јурисдикција у области права животне средине.

Структура права животне средине се може посматрати и према карактеру норми које садржи. Тако посматрано, право животне средине се може посматрати и као:

- јавно (управно) право животне средине;
- приватно право животне средине;
- кривично право животне средине.

15 В. Т. Pfeiffer, *нав. дело*, стр. 2.

Оваквој структури се онда могу придодати и међународно јавно право животне средине, европско право животне средине и међународно приватно право животне средине.¹⁶

Посматрано медијално, према карактеру вредности које се штите, посебни део права животне средине се структурално може исказати и на следећи начин:

1. право заштите природе (укључујући заштиту природног миљеа и биодиверзифицитета)
2. право заштите од имисија (заштита чистоће ваздуха и заштита од буке)
3. право заштите вода
4. право заштите земљишта
5. право заштите од отпада
6. право заштите од штетних зрачења (посебно радиоактивног зрачења)
7. право заштите од опасних хемијских материја
8. право заштите од генетски модификованих организама
9. право заштите од шкољдивих производа.

Мада уобичајена,¹⁷ оваква структура посебног дела права животне средине може да трпи одређене корекције. Тако би се, напр. са доста разлога сегмент права заштите од штетних зрачења могао подвести под право заштите од имисија. Исто то важи и за сегмент права заштите од опасних хемијских материја.

VI Метод

С обзиром на своју сложену структуру, право животне средине има и сложени метод регулације. При уређивању односа у животној средини оно се у великој мери служи јавноправним методом, пре свега посебним управноправним методом. При уређивању односа у животној средини који су по своме карактеру приватноправни, право животне средине користи приватноправни метод регулације. То се посебно јасно види при уређивању односа у вези са накнадом штете, али у бројним другим областима. Коначно, многе радње у области животне средине представљају кажњива кривична дела, због чега се уређују кривичноправним методом.

16 *Ibidem.*

17 В. напр. К. Messerschmidt, *нав. дело*, стр. 12.

VII Назив

Право животне средине се у упоредном праву може срести под различитим називима. Разноликост означавања ове гране права је јасно видљива и у научној и стручној литератури, како у свету тако и код нас.¹⁸

Најчешће коришћени називи за ову грану права и наставно-научну дисциплину су *право животне средине*, *право заштите животне средине* и *еколошко право*.

Како различити називи могу имплицирати и различит садржај, па и предмет регулисања, потребно је утврдити који назив (термин) би за ову грану права био најприкладнији.

При одређивању прикладног назива мора се поћи од две неспорне чињенице и то:

- да је данас преовлађујуће антропоцентрично схватање животне средине;
- да модерно поимање животне средине подразумева да њу чини не само природна средина (природно окружење) већ и социо-културна средина коју је човек створио.

Термин „право заштите животне средине“ није сасвим прикладно јер предмет права животне средине није ограничен само на заштиту, већ и на негу и развој животне средине. Отуда је овај назив преузак у односу на стварни предмет права животне средине, мада је тачно да највећи број правних норми из области права животне средине има заштитни карактер.

Назив „еколошко право“ је због своје компактности и краткоће несумњиво погодан за практично коришћење. Међутим, овај назив упућује на то да је предмет ове гране права само природна животна средина али не и социо-културна животна средина. Овакав назив је одговарао ранијем ужем одређењу предмета права животне средине. Како је данас преовлађујуће шире схватање предмета ове гране права (поред природне средине и социо-културна средина) то и назив „еколошко право“ асоцира на ужи предмет регулисања од стварног.

Из наведених разлога може се закључити да је назив „право животне средине“ најприкладнији јер омогућује да предмет регулисања ове гране права буде не само природна већ и социо-културна средина, као и да се њене норме не ограниче само на заштиту те средине.

18 В. напр. Золтан Виг, Тамара Гајинов, *Стање и перспективе еколошког правне регулације у Србији*, Нови Сад, 2011, стр. 21 и сл.

Jelena ŠOGOROV VUČKOVIĆ, PhD, LL.M. (Münster)
Assistant Professor at the Faculty of European Legal and Political Studies
in Novi Sad

TERM, STRUCTURE AND PURPOSE OF ENVIRONMENTAL LAW

Summary

Observing the Environmental Law as a part of objective law, author pleads for understanding it in wider sense, as a branch of law which has the subject not only in natural but also in socio-cultural man environment. Environmental Law is defined as a congregation of legal norms by which environment, as a whole or in parts, is preserved, taken care of and developed. By determining the purpose of this branch of law, author establishes that the prevailing model nowadays is anthropocentric (homocentric), upon which the environment is comprehended as only human environment, but also points out the aspects that are overcoming this model, requesting that the environment should be protected as a value by itself, not only important for humans. Furthermore, author considers that the structure of Environmental Law has clearly expressed basic and specific part, with public law, private law and criminal law characteristics. In the end, author emphasizes that the term Environmental Law is more suitable than the other terms for this branch of law.

Key words: *environment, environmental law, term, structure and purpose, method and title.*

Мр Срђан РАЈЧЕВИЋ
директор Агенције за информационо друштво Републике Српске

ПРАВНИ ОСВРТ НА УСЛУГЕ „РАЧУНАРСТВА У ОБЛАКУ“

Резиме

„Рачунарство у облаку“ (енгл. *Cloud computing*) је релативно нов концепт у рачунарству који је у посљедњих неколико година доживио оћромну експанзију. Кибернетичко иржиише је данас ирећлављено разним ионудама у којима се ио ивољним условима корисницима нуде ове услуге. Мећуиим, рачунарство у облаку неријећко код корисника изазива скејсу у иоћледу безбједности и иравноћ сћайуса иодаћака који се складиише и обраћују на иеоћрафски удаљеним и неиознаћим локацијама којима се ирисћуја иуишем инћернећа. Ова чињеница, која је уједно и суићина концепта рачунарства у облаку, у иракћичном смислу доириноси иоћуларности ионуде, док у исто вријеме изазива недоумице иравне ирироде.

Са иравноћ сћановишћа иособно је занимљив и адхезиони ућвор о иружању услуга рачунарства у облаку. Проииси којима се у Босни и Херцећовини рећулише заићишћа личних иодаћака су у великој мјери ирилаћћени евроћским начелима у овој обласћи кроз ићрансћозицију релеванћноћ секундарноћ законодавствва Евроћске уније, ирвенствено кроз додаћне одредбе које рећулишу ићенос иодаћака о личности у иносћранствво.

Кључне речи: рачунарство у облаку, заићишћа иодаћака, мјеродавно ираво, информациона безбједности, иодаци о личности.

I Уводна разматрања

Динамичан развој интернета и пратећих електронских услуга је резултирао стварањем тзв. глобалног дигиталног тржишта које у економским токовима модерног информационог друштва поприма статус равномјерног такмаца са тржиштем у којем се прометују материјални производи.¹ Са експанзијом понуде електронских услуга појавиле су се и питања правне природе, од којих су, узевши у обзир географски дисперзирану природу интернета као саобраћајне „кичме“ глобалног дигиталног тржишта, најзначајнија она која се односе на мјеродавно право, одговорност пружалаца услуга, те правни статус података у електронском облику у смислу осигурања ауторскоправне заштите и безбједности.

Једна од таквих услуга на којој се данас заснивају пословни модели водећих свјетских компанија из области рачунарства је и рачунарство у облаку (енгл. *Cloud computing*). „Облак“, као авангардна термилошка одредница, чини се разумним избором информатичких теоретичара уколико се пажљиво сагледају сви технолошки аспекти овог концепта. Наиме, за разлику од традиционалног начина складиштења и обраде података на рачунарима и другим кућним уређајима, рачунарство у облаку подразумева похрањивање одређене количине података на географски удаљеним локацијама, односно специјалној информатичкој инфраструктури (не нужно власништву и посједу) пружаоца услуге, те трајном и неометаном приступу путем интернета од стране корисника услуга. У фокусу корисника, дакле, више није локација на којој се његови подаци обрађују, па се стиче утисак да се процес обраде и похрањивања података дешава у недефинисаном кибернетичком простору, односно „облаку“. Поред података, друга битна погодност услуге су и софтверске апликације које се, као и подаци, налазе на инфраструктури пружаоца и којима се управља путем интернета. На овај начин велики свјетски произвођачи мијењају и досадашњи начин лиценцирања својих софтверских производа фокусирајући се на приступ корисника као примарни лиценци модел који је већ дуже вријеме присутан код серверског софтвера умјесто досадашњег права инсталације који се везивао за одређени уређај, односно процесорску јединицу. Трећа погодност, како за пружаоца услуге, тако и за корисника је значајно смањење трошкова за обе стране, као и флексибилан модел наплате.² Готово сви

1 Kevin Cox (editor), *The New Digital Economy: How It Will Transform Business*, Oxford, 2011, стр. 7.

2 Пружалац услуга смањује трошкове дистрибуције, јер се пружање услуге одвија путем интернета и трошкове коришћења сопствених информатичких ресурса, јер исте истовремено користи више корисника, док је *pay-per-use* (плаћање по коришћењу) модел повољан за корисника који плаћа цијену само оних хардвер-

реномирани произвођачи софтвера данас нуде услуге рачунарства у облаку, било да је у питању „софтвер као услуга“ (енгл. *SaaS – Software as a Service*), односно нуђење приступа софтверским апликацијама у веб окружењу, „платформа као услуга“ (енгл. *PaaS – Platform as a Service*), односно изнајмљивање софтверске платформе која се адаптира за специфичне потребе корисника, „инфраструктура као услуга“ (енгл. *IaaS – Infrastructure as a Service*), односно изнајмљивање хардверских капацитета или уступање простора за складиштење и приступ корисничким подацима.³

Већ на први поглед уочава се комплексност односа на релацији пружалац услуге – корисник. Чињеница да се одговорност у погледу безбједности, интегритета и повјерљивости података пребацује на пружаоца услуга, корисника не ослобађа обавезе похрањивања искључиво оних података у чији је посјед дошао легалним путем, који су његов оригинални рад (ауторско дјело) или на које полаже друга права. У смислу пословног односа који је настао закључењем уговора и поштовања начела добре пословне праксе, пружалац услуга се обавезује да ће осигурати неометан и трајан приступ подацима,⁴ иако се питање извршења ових обавеза често пребацује и на посреднике у комуникацији као што су пружаоци услуга интернет приступа и друге. Узевши у обзир да данашња понуда ових услуга често зависи и од, са аспекта корисника, трећих лица, односно лица којима је пружалац услуга повјерио конкретне послове (нпр. складиштење, обрада, очување безбједности и сл.), међусобна права и обавезе уговорних страна добијају нову димензију која се додатно компликује питањем мјеродавног права, дилема у вези *lex loci contractus*, поврата података у посјед корисника који је раскинуо уговор и многих других.

Рачунарство у облаку, као тржиште услуга које је још увијек у развоју,⁵ представља истински правни изазов и као такав је предмет мултидисциплинарног изучавања. Тако, на примјер, правници којима је предмет интересовања ауторскоправна заштита података који се складиште у „облаку“ указују на све чешће повреде права трећих лица, они

ских и софтверских ресурса које користи, као и због чињенице да у било којем тренутку може раскинути уговор без финансијских посљедица. Више о овоме вид. Siani Pearson, Azzedine Beameur, „Privacy, Security and Trust Issues Arising from Cloud Computing“, 2nd IEEE International Conference on Cloud Computing Technology and Science, DOI 10.1109/CloudCom, 2010, стр. 696.

3 Познати кориснички сервиси за смјештање података су нпр. Гугл драјв (енгл. *Google Drive*), Дропбокс (енгл. *Dropbox*) и Мајкрософт Ван Драјв (енгл. *Microsoft OneDrive*).

4 Тзв. „уговор о сервисном нивоу услуга“ (енгл. *Service Level Agreement – SLA*).

5 W. Kuan Hon, Christopher Millard, Ian Walden, „Negotiating Cloud Contracts: Looking at Clouds from Both Sides Now“, *Stanford technology law review*, бр. 1/2012, стр. 81.

који се интересују за питање кибернетичке приватности изражавају скепсу у погледу спречавања неовлашћеног приступа корисниковим подацима,⁶ док се експерти за међународно приватно право баве дилемом ефективне примјене мјеродавног права, надлежности за рјешавање судских спорова и сл.

У оквиру овог рада настојимо приказати и покушати пружити одговоре на неке од ових питања, како у контексту међународних правила, тако и у оквиру позитивних прописа у Босни и Херцеговини, првенствено оног који регулише заштиту података о личности.

II Уговорни модели за пружање услуга рачунарства у облаку

Обзиром да су приликом закључења уговору о пружању услуга рачунарства у облаку уговорне стране пружалац услуга и корисник, јасно је да свака од њих има свој угао посматрања на новонастали однос у оквиру којег желе да стекну што повољнији статус. То се првенствено односи на ризик од губитка и отуђења података, али и од континуитета пружања услуга по претходно договореним условима, приликом чега ће свака од уговорних страна још у току преговарања настојати одговорност пребацити на другог. Међутим, примјетно је да су за услуге рачунарства у облаку карактеристични и адхезиони (приступни) уговорни модели које дефинишу пружаоци услуга у зависности од тога да ли је уговорна страна физичко лице, пословни субјект, државни орган, непрофитна или академска организација, па ће они бити и почетни корак у овој анализи.

1. Физичко лице као уговорна страна

Резултати истраживања⁷ показују да велика већина пружалаца услуга рачунарства у облаку крајње кориснике, примарно физичка лица којима се нуди тзв. мултистанарски модел (енгл. *Multi-tenant*) у којем више корисника дијели исте ресурсе, дефинише сопствене „усло-

6 Кибернетичка, односно он-лајн приватност је и предмет све већег интересовања медија на глобалном нивоу, поготово након открића Едварда Сноудена о постојању организованог система државног надзора над дигиталним подацима, пресретањем комуникације и интернет саобраћајем у Сједињеним Америчким Државама, али и шпијунажом високих званичника у иностранству. Више о овоме вид. Lorenzo Franceschi-Bicchierai, *The 10 Biggest Revelations From Edward Snowden's Leaks*, New York, 2014, доступно на адреси: <http://mashable.com/2014/06/05/edward-snowden-revelations/>.

7 W. K. Hon, C. Millard, I. Walden, *нав. чланак*, стр. 83–84.

ве коришћења“, тј. уговор којем се приступа путем конкluentне радње, најчешће притиском на одговарајуће дугме на веб страници. Овакав уговорни модел, без могућности преговарања и измјене клаузула од стране корисника је посебно присутан уколико се ради о пробном, тј. тестном коришћењу услуга рачунарства у облаку, иако је у појединим случајевима судске праксе оцијењен као изразито неповољан по другу уговорну страну и као такав не производи правно дејство.⁸ Након тога, корисник се преусмјерава на веб странице путем којих врши уплату кредитном картицом или коришћењем услуга финансијског посредника, те је у прилици да додијељене ресурсе користи одмах.

Како су наведени услови прописани од стране пружаоца услуге, јасно је да исти иду њему у корист при чему је дисбаланс права и обавеза у односу на корисника посебно примјетан у погледу доступности услуга и несметаног приступа. Тако се, на пример, у Уговору о сервисном нивоу услуга за он-лајн услуге корпорације Мајкрософт (енгл. *Microsoft*)⁹ који се примјењује на све услуге рачунарства у облаку које ова компанија нуди, наводи да пружалац не сноси одговорност за недоступност или смањене перформансе уколико је то изазвано спољним факторима на које пружалац нема утицаја или вишом силом попут природних непогода, рата, терористичких активности, или поступцима које покрећу државни органи. У члану 5 тачки а наведеног уговора се недоступност услуге која би наступила „дјеловањем корисникових или услуга трећих лица, хардвера, софтвера укључујући, али не ограничавајући се и на недовољну пропусну моћ интернета којом корисник располаже“ пребацује на корисника или на трећа лица, као и у случајевима у којима се корисник оглушио на претходна упозорења пружаоца у вези са коришћењем услуге.

За разлику од Мајкрософта, Амазон (енгл. *Amazon*), пружалац и главни конкурент на тржишту услуга рачунарства у облаку на глобалном нивоу дефинише посебне уговоре о сервисном нивоу услуга за сваку услугу понаособ.¹⁰ И ови услови коришћења садрже сличне одредбе када се ради о одговорности пружаоца, односно иста се у што већој мјери пребацује или на корисника или на посредника у комуникацији, а метод закључења је идентичан Мајкрософтовом. Услови коришћења у случају Амазона корисника стављају и у неповољнији положај, јер пружалац може без најаве трајно или привремено онемогућити услугу у случају

8 Вид. *Unfair Contract Terms Act*, 1977, с. 50 (U.K.)

9 Microsoft Corporation, *Service Level Agreement for Microsoft Online Services*, Redmond, 2015, доступно на адреси: <http://www.microsoftvolumelicensing.com/DocumentSearch.aspx?Mode=3&DocumentTypeId=37>.

10 На пример, *Amazon EC2 Service Level Agreement*, 2013, доступно на: <http://aws.amazon.com/ec2/sla/>.

када процијени да корисникове активности угрожавају безбједност и друге интересе пружаоца, његових сарадника или других корисника, гдје пружалац услуга задржава дискреционо право одлучивања о конкретним случајевима у којима корисникове активности представљају пријетњу по његове интересе, при томе нигдје не прецизирајући који су то поступци.

Поред услова који се односе на доступност услуге, уговор који се може сматрати основом цјелокупног уговорног односа који наступа на релацији пружалац услуге – корисник је онај који садржи одредбе о безбједности података, приватности, генералној одговорности уговорних страна, начинима плаћања, правном статусу података са аспекта заштите интелектуалне својине и права трећих лица, накнади штете, мјеродавном праву, надлежности за рјешавање судских спорова и откривању података по налогу државних органа. Мајкрософт ове услове коришћења наводи у Уговору о он-лајн претплати,¹¹ док Амазон исти назива Корисничким уговором.¹²

2. Услови који се односе на пословне субјекте и друга правна лица

„Количинско лиценцирање“ је колоквијални назив за лиценцирање већег броја корисника који су запослени у одређеном пословном субјекту како би се без трошкова физичког медијума на којем се уобичајено испоручује софтверски производ и трошкова израде и доставе пратеће документације поједноставно читав процес уз повољније финансијске услове и додатну корист за корисника као што је телефонска и он-лајн подршка, тренинг, најновији ИКТ алати и сл.¹³ У склопу овог програма, корпорација Мајкрософт нуди и посебне услове коришћења својих услуга рачунарства у облаку који су садржани у Условима о услугама на мрежи.¹⁴ За разлику од модела који је намијењен физичким лицима, приликом закључења уговора из програма количинског лиценцирања у интересу страна је да обезбједе што већи степен правне сигурности и за њих је потребна формална изјава воље (својеручни потпис или ква-

11 Microsoft Corporation, Microsoft Online Subscription Agreement, доступно на: <http://azure.microsoft.com/en-us/support/legal/subscription-agreement/?country=rs>.

12 Amazon Web Services Inc., AWS Customer Agreement, доступно на адреси: <http://aws.amazon.com/agreement/>.

13 Microsoft Corporation, How Volume Licencing Works, доступно на адреси: <http://www.microsoft.com/licensing/about-licensing/how-volume-licensing-works.aspx>.

14 Microsoft Corporation, Услови о услугама на мрежи (превод на српски језик), доступно на адреси: <http://www.microsoftvolumelicensing.com/DocumentSearch.aspx?Mode=3&DocumentTypeId=31>.

лификовани дигитални потпис). Мишљења смо и да је благовремени *due diligence* један од предуслова за закључење уговора и реализације у обостраном интересу, па би се ова активност свакако требала одвијати већ у току преговора, уколико је то опција, или приликом разматрања тржишне понуде и одабира понуђача који нуди адхезионе моделе уговарања.

У општим условима Мајкрософтових Улова о услугама на мрежи налазе се термилошке дефиниције појмова који се користе у осталим одредбама. За ову анализу битни су „клијентови подаци“ који означавају „све податке, укључујући све текстуалне, звучне, видео или сликовне датотеке и софтвер који су компанији Мајкрософт дати од стране, или у име Клијента посредством Он-лајн услуга“ и „Он-лајн услуга“ која означава „услугу коју хостује Мајкрософт, а на коју је Клијент претплаћен у оквиру Мајкрософт уговора о количинском лиценцирању, укључујући било коју услугу идентификовану у одјељку „Он-лајн услуге“ на „листи производа“. Битно је напоменути да се, како се види из претходно наведеног, под појмом „Он-лајн услуге“ не означавају искључиво услуге рачунарства у облаку, него и пратеће услуге из основног уговора о количинском лиценцирању, као на пример кориснички портал путем којег понуђач и корисник размјењују поруке и путем којег корисник стиче увид у детаље свог претплатничког односа, искоришћеност софтверских лиценци, хардвера и сл.

У истом поглављу одређено је да понуђач може да „са временом на вријеме“ изврши „комерцијално разумне“ промјене на свакој од онлајн услуга, при томе не прецизирајући шта сваки од ових појмова заправо подразумеива. У погледу задржавања података, наведено је да понуђач и након истека или раскида уговора може задржати корисничке податке у оквиру он-лајн услуге до деведесет дана како би корисник био у могућности да их преузме, након чега се исти трајно уклањају са понуђачеве инфраструктуре уз истовремени прекид приступа самој услузи.

а) Приватности и безбједности

Проблематика која привлачи највише пажње приликом коришћења услуга рачунарства у облаку је очување приватности и безбједност података који су предати понуђачу ради складиштења и обраде.¹⁵ У Уловима о услугама на мрежи, понуђач се обавезује да ће се корисникови подаци користити само у сврху пружања услуге, те да исти неће бити

15 W. Kuan Hon, Christopher Millard, Ian Walden, „The problem of ‘personal data’ in cloud computing“, *International Data Privacy Law*, бр. 4/2001, стр. 219.

коришћени у сврхе било каквог рекламирања или у друге комерцијалне сврхе. Власништво, сва права, и евентуална корист од употребе података припадају кориснику.

Занимљиве су и одредбе које се односе на могуће откривање корисникових података трећим лицима. Видљиво је да Мајкрософт настоји овим одредбама створити имиџ повјерљивог и безбједног партнера, што је значајно за постизање боље тржишне позиције у свјетлу све чешћих медијских написа о сарадњи америчких компанија са државним органима задуженим за унутрашњу и спољну безбједност, као и пружање података на увид и без претходно издатог судског налога. Тако се нпр. у поглављу „Откривање клијентових података“ наводи на постоје само три услова под којима ће Мајкрософт пружити корисникове податке на увид, и то а) када корисник то тражи, б) када има дозволу од крајњег корисника,¹⁶ в) у случајевима наведеним у Условима и г) ако је прописано законом.

Понуђач се обавезује да корисникове податке неће одавати правосудним органима осим у случајевима предвиђеним законом, а чак и тада ће се тај захтјев правосудног органа преусмјерити прво на корисника. Ипак, уколико је захтјев у потпуности оправдан, а његово извршење по сили закона неизбјежно, понуђач ће корисника благовремено обавијестити и доставити му копију захтјева. Исти принцип се примјењује и у случајевима када је захтјев упућен од стране било којег трећег лица.

У циљу изградње што већег степена повјерења, Мајкрософт се обавезује да трећим лицима у било којем случају неће обезбједити директан, индиректан, оквирни или слободни приступ корисниковим подацима, као ни криптографске кључеве који се користе у сврху крипто заштите података која се подразумијева за све услуге рачунарства у облаку. Из ових одредби се може закључити да трећа лица у крајњем случају могу доћи само до слике (енгл. *Image*) тренутног стања на фајл систему који користи корисник услуге, иако се то експлицитно не наводи. Компанија квартално објављује и листу упућених захтјева од стране америчких и иностраних органа безбједности. По извјештају који покрива другу половину 2014. године, од стране БиХ органа упућен је само један такав захтјев који је одбијен.¹⁷

16 „Крајњи корисник“ је у смислу Услови о услугама на мрежи корисник услуга које му пружа пословни субјект који је у уговорном односу са понуђачем услуга рачунарства у облаку, на пример локална компанија која се бави пословима веб хостинга, а која за те потребе користи инфраструктуру неког од понуђача ових услуга.

17 Вид. Microsoft Corporation, *Law Enforcement Requests Report*, 2014, доступно на адреси: <http://www.microsoft.com/about/corporatecitizenship/en-us/reporting/transparency/>.

У истом поглављу је прецизирано да са закључењем уговора Мајкрософт располаже дискреционим правом у погледу одређивања локације за смјештање и обраду података (САД или нека од држава у којима понуђач посједује инфраструктуру, односно дата центре). Наведено је и да компанија поштује принципе и обавезе наведене у програму тзв. „Сигурне луке“ (енгл. *Safe Harbor*), што је од посебног интереса за кориснике чије је сједиште у једној од држава-чланица Европске Уније.¹⁸

Како смо напоменули раније, неријетко се понуђачи одлучују да ангажују и подизвођаче како би се кориснику пружила несметана и безбједна услуга. У Условима о услугама на мрежи експлицитно се наводи да понуђач има право на склапање оваквих аранжмана, те да подизвођачи сnose исти ниво одговорности као и уговорна страна, односно понуђач, када се ради о безбједности података и приватности корисника. У односу на корисника, подизвођачи наступају у име понуђача услуге.

б) Обрада података

Европска Комисија је, на основу члана 26 става 4 Директиве 95/46/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 24. октобра 1995. о заштити појединаца у погледу обраде података о личности и о слободном кретању таквих података у више наврата доносила одлуке које имају за циљ заштиту корисникове приватности и података у складу са стандардима и прописима Европске Уније. Познат под именом „Стандардне одредбе о заштити података“¹⁹ (енгл. *EU Model Clauses*), овај сет уговорних клаузула су постале незаобилазан чинилац сваког уговора о пружању услуга рачунарства у облаку када је корисник уговорна страна са сједиштем у држави-чланици Европске Уније. У односу на то о каквом се пословном односу ради, тј. да ли се ради о контролеру или процесору података,²⁰

18 „Сигурна лука“ је програм сертификације америчких пословних субјеката у циљу поштовања прописа Европске Уније о заштити личних података. Већина свјетски познатих компанија које складиште или обрађују личне податке грађана ЕУ подлијежу обавезама из овог програма (Гугл, Мајкрософт, Фејсбук и други).

19 European Commission, *Model Contracts for the Transfer of Personal Data to Third Countries*, 2015, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/international-transfers/transfer/index_en.htm.

20 У терминологији домаћих прописа који регулишу заштиту података о личности и Директиве 95/46/ЕЗ, „контролер“ је „физичко или правно лице, јавни орган, агенција или било који други орган који сам или заједно са другима утврђује сврхе и начине обраде података о личности; када су сврха и начине обраде утврђени националним законима или прописима или онима Заједнице, контролер или посебни критеријуми за његово именовање могу се утврдити националним законо-

Европска Комисија је израдила три сета Стандардних одредби о заштити података.²¹

Компанија Мајкрософт их нуди као опциони елемент у Условима о услугама на мрежи у оквиру поглавља који дефинише начине обраде података, док их Амазон нуди као анекс Уговора о обради података.²² У случају Улова о услугама на мрежи, увозник података, односно процесор који пристаје да прими личне податке извозника а које су намијењене за обраду у његово име након преноса у складу са упутствима и условима наведеним у Стандардним одредбама је компанија Мајкрософт, док је извозник података, односно контролер који преноси личне податке друга уговорна страна (корисник). Као подобрађивач се појављује пословни субјект којег ангажује увозник података или било који други подобрађивач увозника који пристане да од истог прима личне податке намијењене за обраду у име увозника података након преноса у складу са његовим упутствима, условима из Стандардних одредби и условима писаног предуговора. Под „техничким и организационим безбједносним мјерама“ означавају се мјере које су усмјерене на заштиту личних података од случајних или незаконитих уништавања или случајног губитка, измјене, неовлашћеног откривања или приступа, посебно када обрађивање укључује пренос података преко мреже, као и код свих других незаконитих облика обрађивања.

Стандардне одредбе о заштити података извознику података намећу одређене обавезе у циљу заштите и информисаности лица чији се подаци обрађују, што је и њихов крајњи циљ. У Клаузули 4 извозник је обавезан на придржавање локалног закона који регулише материју заштите података о личности, те да, уколико то закон налаже, орган који надзире примјену закона буде обавијештен о преносу података. Такође, увознику података се налаже да за вријеме трајања услуга обраде личних података обрађује само податке о личности који се преносе у име извозника података и у складу са важећим законом, као и да безбједносне мјере за заштиту података од случајног или незаконитог уништења или губитка морају бити адекватне. Уколико пренос обухвата

давством или оним Заједнице“, а „процесор“ је „физичко или правно лице, јавни орган, агенција или било који други орган који обрађује податке о личности у име контролера“.

21 Први сет одредби је донесен 2001. године и као и други (донесен 2004. године), примјењује се на односе између контролера са сједиштем у ЕУ и контролера са сједиштем у иностранству, док се трећи сет (донесен 2010. године) примјењује на контролера са сједиштем у ЕУ и процесора са сједиштем ван ЕУ, односно Европског Економског Простора.

22 Amazon Web Services, *AWS EU Data Protection*, 2015, доступно на адреси: <http://aws.amazon.com/compliance/eu-data-protection/>.

специјалне категорије података, лице на које се подаци односе, а који се преносе у трећу државу која не обезбјеђује одговарајућу заштиту прописану Директивом 95/46/EЗ мора бити информисано унапријед или одмах након извршеног преноса. Обавеза извозника је и да лицима на које се подаци односе стави на располагање примјерак Стандардних одредби и резимирани опис безбједносних мјера, као и примјерак било којег уговора за услуге подобраде, изузев оних који садрже информације о финансијским детаљима из уговорног односа.

Како је мотив Европске Комисије и Директиве 95/46/EЗ приликом доношења Стандардних одредби о заштити података везан за заштиту лица чији се подаци обрађују, посебно су занимљиве одредбе које се односе на обавезе увозника података. Тако се увозник у Клаузули 5. обавезује да ће обрађивати податке о личности само у име увозника и у складу са његовим упутствима, а уколико из било којег разлога не може обезбједити такву усклађеност, мора без одлагања информисати увозника о новонасталим околностима при чему извозник има право да обустави пренос и раскине уговор. Уколико се у држави у којој увозник има сједиште измјене релевантне одредбе прописа које регулишу заштиту података о личности на начин да у значајној мјери одступају од клаузула садржаних у Стандардним одредбама, исти је дужан о томе обавијестити извозника који, као и у претходном случају, задржава право обуставе преноса и раскида уговора.

Правно обавезујући захтјеви за откривањем личних података које добија контролер, односно процесор су изнимно важна питања за самог контролера, јер директно утичу на његову тржишну репутацију. Стандардне одредбе налажу да извозник буде благовремено обавијештен о таквим захтјевима, изузев у случајевима у којима је таква радња законски забрањена (нпр. кривичним законом гдје би такав поступак могао угрозити ток истраге). Извозник се обавјештава и у случају да је дошло до неовлашћеног приступа подацима или уколико постоји захтјев од стране лица на које се подаци односе, при чему на такав захтјев контролер неће директно одговарати уколико не располаже таквим овлашћењима.

Све уговорне стране (контролер, процесор, подобрађивач) се слажу да лице на које се односе подаци, а које је претрпело штету по основу кршења обавеза између уговорних страна, има право на правичну накнаду од извозника података. Увозник података преузима обавезу да одговара за штету нанијету лицу чији се подаци обрађују у случају да извозник изгуби статус правног лица или постане несолвентан, осим у случају када неко треће лице преузме све обавезе увозника путем уговора или административне мјере, приликом чега то лице постаје одго-

ворно према лицу које је поднијело тужбу за накнаду штете. Уколико је штета настала активношћу подобрађивача, одговара увозник података, међутим одговорност подобрађивача се тиме не избјегава, јер је исти дужан надокнадити штету уколико су увозник и извозник података постали несолвентни или су изгубили статус правног лица. Накнада штете мора бити сразмјерна удјелу подобрађивача у смислу његових уговорних обавеза.

Стандардне одредбе о заштити података одређује стварно надлежни суд у држави у којој се налази сједиште извозника података као суд надлежан за рјешавање спорова проистаклих из уговора. Уколико законом није одређено друго, орган који је надлежан за надзор над спровођењем закона који регулише заштиту података о личности има право да спроведе контролу увозника података, као и подобрађивача под истим условима који се односе на извозника. Извозник података прихвата обавезу достављања примјерка уговора надзорном органу уколико је то његов изричит захтјев. Мјеродавно право је оно које се примјењује у држави у којој извозник података има сједиште.

По обустављању пружања услуга обраде података, увозник и подобрађивач се обавезују да извознику врате све пренијете податке о личности, униште преостале копије у свом посједу, те да о томе обавијесте извозника. Уколико закон који обавезује увозника или подобрађивача то онемогућавају, исти се обавезују да ће чувати повјерљивост пренијетих података, као и да ће обуставити све даље радње на обради.

Како се види из претходно наведеног, Стандардне одредбе о заштити података представљају солидан механизам правне заштите лица чији се подаци обрађују. Поред тога, оне су суштинска мјера нивелирања дисбаланса проузрокованог адхезионим уговорима који се нуде од стране понуђача услуге рачунарства у облаку, те су као такве пожељни елементи за сваку уговорну страну са сједиштем или пребивалиштем у државама-чланицама Европске уније, али и у трећим државама. Препознавши потребу за већим степеном правне сигурности уговорних страна, а више под притиском Европске комисије, већина глобалних понуђача услуга рачунарства у облаку у оквиру својих уговора пружају могућност примјене ових одредби.

III Законодавство Босне и Херцеговине

Подаци који се посебно штите у оквиру националних јурисдикција су подаци о личности. Ова чињеница посебно до изражаја долази у контексту услуга рачунарства у облаку, обзиром да се у већини случајева у већем или мањем омјеру ови подаци користе како за саму обраду,

тако и за идентификацију корисника и његов приступ самој услузи. Под појмом „податак о личности“ у смислу поменутог европске Директиве о заштити појединаца у погледу обраде података о личности и о слободном кретању таквих података подразумева се било која информација „која се односи на идентификовано физичко лице или физичко лице које се може идентификовати, односно лице чији је идентитет могуће утврдити, директно или индиректно, а посебно навођењем идентификационог броја или једног или више фактора специфичних за његов физички, физиолошки, ментални, економски, културни или социјални идентитет“.²³

Наведена Директива је у правни систем Босне и Херцеговине транспонирана доношењем Закона о заштити личних података 2006. године.²⁴ Овдје морамо нагласити да је, по нашем мишљењу, самим називом, па и одредбама поменутог закона дошло до одређене терминолошке девијације, јер се појам „лични податак“ заправо односи на „податак о личности“ иако се ради о двије језичке конструкције са потпуно другачијим значењем. У осталим терминолошким одредницама закон слиједи Директиву, иако је дефиниција „личног податка“ сажета на „физичко лице које је идентификовано или се може утврдити идентитет лица“.²⁵

За нашу анализу је од значаја и дефиниција „збирке личних података“ која у контексту услуге рачунарства у облаку представља базу података унутар које се подаци корисника складиште и обрађују. Збирка података о личности је „било који системски скуп личних података који су доступни према посебним критеријумима, било да су централизовани, децентрализовани или разврстани на функционалном и географском основу или постављени у складу са посебним критеријумима који се односе на лице и који омогућавају несметан приступ личним подацима у досијеу“.

У погледу сагласности лица чији се подаци обрађују, чл. 5 императивно налаже да иста мора бити у писаној форми, потписана од стране носиоца података, мора садржати тачну назнаку података у вези са којима се даје сагласност, те мора садржавати назив контролора, сврху и временски период на који се даје сагласност. Сагласност може бити повучена у било којем тренутку изузев ако није договорено другачије, а

23 Директива 95/46/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 24. октобра 1995. године о заштити појединаца у погледу обраде података о личности и о слободном кретању таквих података, чл. 2 ст. 1 алинеја а.

24 Закон о заштити личних података (*Службени тласник Босне и Херцеговине*, бр. 49/06, 76/11 и 89/11, даље у фуснотама: ЗЗЛП).

25 ЗЗЛП, чл. 3 ст. 2.

иста мора бити доступна надлежном органу у свако вријеме.²⁶ Под „надлежним органом“ се подразумијева самостална управна организација установљена Законом, тј. Агенција за заштиту личних података Босне и Херцеговине.

Постоје и случајеви у којима контролер може обрађивати податке без сагласности носиоца података, од чега се на услуге рачунарства у облаку односи услов наведен у члану 6 тачки б Закона, тј. ако је неопходно да носилац података на властити захтјев приступи преговорима о уговорном односу или да се испуне обавезе које су договорене са контролером. Контролер који нема сједиште на територији Босне и Херцеговине, а који приликом обраде података о личности користи инфраструктуру која је смјештена на територији Босне и Херцеговине мора одредити представника, осим када се инфраструктура користи само за транзит података. Појам „представник“ се у закону не прецизира, али се може закључити да је то пословни субјект који у име контролера предузима одређене радње на територији Босне и Херцеговине.

Пренос података у иностранство је дозвољено уз услов да пословни субјект који обрађује податке о личности примјењује адекватне мјере заштите које су прописане Законом о заштити личних података.²⁷ Адекватност мјера се процјењује на основу конкретних околности узимајући у обзир врсту података о личности, сврху и период обраде, државу и законом прописана правила која су на снази у држави у којој је сједиште контролера, односно подобрађивача. Уколико држава у којој је сједиште контролера не примјењује мјере заштите које се примјењују у Босни и Херцеговини, податке је могуће преносити уз претходно добијену сагласност носиоца података које је упознато са могућим посљедицама такве радње. На услугу рачунарства у облаку односи се и члан 18 став 3 тачка ц која наводи да је изношење података из Босне и Херцеговине могуће уколико је то потребно ради „извршења уговора између носиоца података и контролера или испуњавања предуговорних обавеза предузетих на захтјев лица чији се подаци обрађују“. Такође, Агенција за заштиту личних података може одобрити пренос података у другу државу која не осигурава одговарајући ниво заштите уколико контролер пружи довољно гаранција у погледу заштите приватности и основних права и слобода појединаца или ако пружање сличних права произилази из одредби посебног уговора.

Агенција за заштиту личних података располаже широким овлашћењима када је у питању заштита носиоца података и његових права. Носилац података може у било којем тренутку поднијети приговор уко-

26 ЗЗЛП, чл. 5.

27 ЗЗЛП, чл. 18.

лико установи или посумња да су контролер или обрађивач података повриједили неко његово право, те захтијевати накнаду штете коју му је друга уговорна страна, ако се њена одговорност утврди окончањем судског поступка односно правоснажном пресудом, дужна надокнадити путем новчане накнаде и уз јавно извињење.²⁸ Такође, Агенција спроводи инспекцијски надзор, налаже блокирање, брисање или уништавање података, доноси привремене или трајне мјере забране обраде, упозорава или опомиње контролера, изриче казне у оквиру прекршајног поступка, те, што је посебно важно за пружаоца услуга рачунарства у облаку са сједиштем у Босни и Херцеговини, а који користи услуге подобрађивача са сједиштем у иностранству, надзире изношење података о личности из Босне и Херцеговине.

IV Закључна разматрања

Рачунарство у облаку, као свеprisутан тренд у информатичкој индустрији, утицао је на појаву све већег броја ових услуга на глобалном дигиталном тржишту. Кроз развој овог тржишног сегмента водећи пружаоци услуга су кроз уговоре о приступу настојали заузети бољи положај у односу на кориснике, што је још увијек видљиво, поготово када се ради о физичким лицима као другој уговорној страни. Међутим, све већа потражња од стране пословних субјеката који кроз коришћење услуга рачунарства у облаку настоје смањити трошкове и увести електронско пословање наметнула је потребу за уједначавањем њиховог положаја. Увиђајући потребу да се заштите интереси физичких лица чији се подаци обрађују и похрањују, односно носилаца података, Европска Комисија је, користећи повјерене јој механизме из Директиве о заштити појединаца у погледу обраде података о личности и о слободном кретању таквих података, у више наврата доносила одлуке путем којих је прописивала минимални ниво правне заштите за своје грађане и пословне субјекте са сједиштем у државама-чланицама Европске уније. Стандардне одредбе о заштити података су постали опциони елемент уговора које нуде већина реномираних пружалаца ових услуга, било да се ради о односу контролера према контролерима или контролера према процесорима података.

Законодавство Босне и Херцеговине је, у циљу усвајања европских стандарда у овој области, обogaћено Законом о заштити личних података путем којег се примјењује већина свјетских и европских правних института који обезбјеђују заштиту основних и људских слобода, првенствено права на приватност. Законодавац је руковођен тим циљем, кроз

28 33ЛП, чл. 32.

измјене и допуне овог закона 2011. године уврстио и одредбе које регулишу пренос података о личности у иностранство уз широка овлашћења повјерена Агенцији за заштиту личних података као надзорног органа.

Иако многа питања правне природе која се вежу уз услуге рачунарства у облаку и даље представљају узроке неповјерења и избјегавања процеса адаптације, мишљења смо да овај концепт представља будућност, а у већој мјери и садашњост пословних активности у области електронског пословања, те ће, уз сазријевање и даљу изградњу релевантних правних механизма све више узимати маха и међу домаћим пословним субјектима.

Srđan RAJČEVIĆ, Mag. iur.

Director of Agency for Information Society of the Republic of Srpska

LEGAL ASPECTS OF CLOUD COMPUTING SERVICES

Summary

Cloud computing is a relatively new concept in computing, which has in recent years undergone a major expansion. Cyber market today is flooded with a variety of offers in which major companies are providing these services. However, cloud computing often provokes skepticism among users in terms of safety and legal status of data that is to be stored and processed in a geographically remote and unknown locations accessed via the Internet. This fact, which is also the essence of the concept of cloud computing, in practical terms, contributes to the popularity of the offer, while at the same time raises doubts of a legal nature.

From a legal standpoint, it is particularly interesting to observe adhesion contracting models offered by the companies providing these services. Bosnia and Herzegovina statutes that are regulating protection of personal data are largely adapted to European principles in this area through the transposition of the relevant secondary legislation of the European Union, primarily through additional provisions that regulate the transfer of personal data abroad.

Key words: *cloud computing, data protection, applicable law, information security, personal data.*

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италики).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – 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, италики); 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>I Појам</p> <p>1. Терминологија</p> <p>а) <i>Терминологија у ујоредном љраву</i></p> <p>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*, 3rd 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 љосљуљуку*, Београд, 2006, 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3^e 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 друшљива, 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 привреда*, 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 привреда*, 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, b, c, d, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

Пример: И. Јанковец (1995a), 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 курсивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

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 курсивом, 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, 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. Интелектуална права
2. Привредни уговори
3. Привредни спорови – судски и арбитражни
4. Међународно привредно право
5. Међународно приватно право
6. Стечајно право
7. Право конкуренције
8. Радно и социјално право
9. Пореско право
10. Привредноправно окружење

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“