

Др Вања СЕРЈЕВИЋ
Привредни суд у Нишу

ЗНАЧАЈ ПРИВРЕМЕНИХ МЕРА У ПРИВРЕДНИМ СПОРОВИМА

Резиме

Предмет рада су привремене мере у привредним споровима, као правни инструмент привременог обезбеђења потраживања и права странака до правноснажног окончања парничног поступка. Намера аутора је да укаже на значај привремених мера у очувању фактичке и правне равнотеже положаја странака у току поступка. Одржавање ове равнотеже применом привремених мера често је од пресудног утицаја на исход парничног поступка и остваривање његове крајње сврхе – а то је ефективно и правично задовољење права и легитимних интереса странака.

Кључне речи: *привремене мере, привредни спор, потраживање, обезбеђење, суд, арбитража.*

I Појам, врсте и значај привремених мера у привредним споровима

Привремене мере представљају посебан облик обезбеђења новчаног или неновчаног потраживања, односно права тужиоца, као правног инструмента који треба да обезбеди услове за ефективно остваривање права по окончању парничног или другог поступка у коме се одлучује о основаности потраживања чије се обезбеђење тражи. Према дефиницији привремених мера (енг. *provisional measures*) у међународним правним изворима о парничном поступку са елементом иностраности, суд може одобрити привремену заштиту (енг. *preliminary relief*) када је то неопходно да се одржи или уреди постојеће стање ствари (лат. *status quo*), како би се омогућила ефективна заштита права тужиоца након правноснажног

окончања парничног поступка. Принцип пропорционалности је основни принцип којим се суд руководи при одређивању привремене мере.¹

Суд може одредити привремену меру у *ex parte* поступку (без саслушања противника предлагача), ако то налажу нарочити разлози хитности, када посебне околности указују да би противник предлагача могао да отуђи или сакрије предмет привремене мере или да на други начин осујети остваривање потраживања предлагача. У том случају, треба омогућити саслушање друге стране у кратком року по одређивању привремене мере, као и полагање јемства (гаранције) предлагача на депозит суда, ради накнаде штете противнику предлагача.

Привремене мере имају велики значај у привредним споровима, у којима је често од пресудног значаја да се на почетку (или непосредно пре покретања) парнице, као и све време трајања поступка, очува *status quo* у погледу располагања и управљања имовином привредног субјекта – било због обезбеђења будуће наплате новчаног потраживања, било због очувања постојећег стања ствари у односу на имовину на коју претендују обе странке у поступку. Привремена заштита (обезбеђење) потраживања (права) странке у току парнице често је од пресудног значаја за исход саме парнице.

Привремене мере се могу класификовати према циљу који би требало постићи одређивањем мере, као и према врсти потраживања чије се обезбеђење тражи.

Према циљу чијем остваривању доприносе, разликујемо привремене мере којима се: а) одржава чињенично и/или правно стање (*status quo*) које је постојало непосредно пре или у тренутку покретања парнице (енг. *injunctive relief*); б) обезбеђује очување имовине противника предлагача, а тиме и будуће намирење потраживања на основу правноснажне пресуде суда (енг. *preliminary attachments or freezing orders*); в) омогућава испуњење новчане обавезе у скраћеном поступку (енг. *interim payments*).

Према врсти потраживања, односно права чијем обезбеђењу sluже, разликују се: а) привремене мере ради обезбеђивања новчаног потраживања; б) привремене мере ради обезбеђивања неновчаног потраживања (права).

1 ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, чл. 8.1.

II Привремене мере у праву и пракси Републике Србије

Привремене мере представљају једно од неколико правних средстава обезбеђења, прописаних Законом о извршењу и обезбеђењу.² Услед значајно проширене надлежности приватних, сада јавних, извршитеља за спровођење извршења, новим ЗИО (који ступа на снагу 01.07.2016. године) прописано је у чл. 416, ст. 4. да је извршни поверилац дужан да у предлогу за обезбеђење назначи конкретно одређеног и месно надлежног јавног извршитеља који спроводи извршење. У вези са тим, чланом 419. новог ЗИО предвиђено је да је суд искључиво надлежан да у поступку обезбеђења доноси решења, као и закључке о полагању јемства – што значи да такву надлежност има и у односу на новчана потраживања настала из комуналних услуга и сродних делатности (иако о предлогу за извршење на основу веродостојних исправа ради намирена ових потраживања одлучује јавни извршитељ, а не суд, сагласно чл. 3, ст. 3. новог ЗИО). Према чл. 422, ст. 4. новог ЗИО, претходну и привремену меру извршава јавни извршитељ, што је значајна новина у односу на сада важећи ЗИО. Оцена је аутора да такво решење није оправдано, јер ће – супротно циљу привремене мере – продужити трајање поступка њеног спровођења и усложити га. Такво решење не одговара духу правног института привременог обезбеђења потраживања привременом мером и одступа од упоредног права.³

Поступак обезбеђења привременом мером може да се покрене пре, у току или по окончању судског или управног поступка, све док извршење не буде спроведено (чл. 285, ст. 1. ЗИО, чл. 447, ст. 1. новог ЗИО).

Оба закона познају две основне врсте привремених мера: 1) ради обезбеђења новчаног потраживања (чл. 293-295 ЗИО, чл. 459. новог ЗИО) и 2) ради обезбеђења неновчаног потраживања (чл. 296-297 ЗИО, чл. 460. новог ЗИО). Иако је у судској пракси под неновчаним потраживањем подразумевано и право, па и будуће право (исказано као легитим-

2 Закон о извршењу и обезбеђењу - ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон, 109/2013 – одлука УС и 55/2014. У члану 261. овог закона прописано је да се као средства обезбеђења могу одредити заложно право на стварима и правима на основу извршне исправе, стицање заложног права на непокретним и покретним стварима на основу споразума странака, претходне мере и привремене мере. Упор. Закон о извршењу и обезбеђењу – нови ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015 – који ступа на снагу 01.07.2016. године, према чијем члану 414. је прописано да средства обезбеђења јесу стицање заложног права на непокретности и покретној ствари по споразуму странака, стицање заложног права на непокретности и покретној ствари, претходне мере и привремене мере.

3 Видети у раду, на пример, право Немачке у оквиру наредног поднаслова: „Привремене мере у упоредном праву“.

ни интерес тужиоца за утврђење права у парничном поступку), постојала су и супротна, ригидна и формалистичка схватања која нису одговарала природи и циљу овог средства обезбеђења (да се привремена мера не може одредити ради обезбеђења потраживања која се састоје од захтева за утврђење постојања, односно непостојања неког права или правног односа). Такве недоследности судске праксе и правних схватања виших судских инстанци неће представљати проблем савесним тужиоцима у будућем периоду примене новог ЗИО. Овај закон, наиме, одредбом чл. 447, ст. 2. изричито прописује да – поред обезбеђења потраживања која се састоје од давања, чињења, нечињења или трпљења – привремена мера може да се одреди и ради обезбеђења потраживања која се састоје од захтева за утврђење постојања, односно непостојања неког права или правног односа, повреде права личности и истинитост, односно неистинитост неке исправе или захтева за преображај неког материјалног или процесног односа. У вези са тим, битну измену доноси и одредба чл. 449, ст. 4. новог ЗИО, којом је прописано да привременом мером могу да се обезбеде и недоспела, условна и будућа потраживања.

Нови ЗИО је задржао посебна процесна правила о поступку обезбеђења (чл. 424), која садржи и сада важећи ЗИО (чл. 260). Овим посебним правилима је предвиђена могућност *ex parte* одређивања привремене мере (без саслушања супротне стране). Прописано је, наиме, да суд може одлучити о предлогу за обезбеђење пре него што га достави извршном дужнику и омогући му да се о њему изјасни: 1) ако би извршни поверилац, због одлагања, могао претрпети ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету; 2) ради отклањања непосредне опасности противправног оштећења ствари или губитка или тешког угрожавања права; 3) ради спречавања насиља.

Судска пракса показује уздржаност од примене наведених посебних правила о поступку обезбеђења, иако неретко представљају пожељан, па и неопходан инструмент обезбеђења нарушене равнотеже међусобног односа и правног положаја странака у привредним споровима. Стога, увек треба имати у виду да примена правила о одређивању привремене мере подразумева одређени степен дискреције суда у одлучивању, па и у случају одлучивања о предлогу након изјашњења супротне стране.⁴

4 За утврђивање постојања законских разлога за обезбеђење довољна је вероватноћа да чињенице од којих зависи оцена тих разлога постоје (ЗИО, чл. 260, ст. 3.). Привременом мером обезбеђује се новчано или неновчано потраживање чије постојање извршни поверилац учини вероватним (нови ЗИО, чл. 449, ст. 1.). Да би се одредила привремена мера за обезбеђење новчаног потраживања извршни поверилац, поред вероватноће постојања потраживања, мора учинити вероватним да ће без

Истовремено, потребно је имати и свест о основном циљу поступка обезбеђења потраживања (успостављање равнотеже правног и фактичког положаја странака и заштита легитимног интереса тужиоца да се очува и заштити постојеће стање ствари у погледу имовине, или да се спречи располагање правима на имовини у циљу спречавања или отежавања намирења потраживања тужиоца). Остваривање овог циља често бива онемогућено у пракси неправилном и рестриктивном применом законске норме у намери избегавања потенцијалне штете која би неоправданом привременом мером наступила за дужника.⁵ Ради се о једностраном сагледавању законске норме са аспекта последица на права и интересе извршног дужника, иако је у њеној примени неопходно успостављање равнотеже правног положаја и изгледа за правично задовољење легитимних интереса обе странке у поступку.⁶ Наведена равнотежа се остварује применом принципа пропорционалности, коме се у нашој литератури, законодавству и судској пракси не посвећује потребна пажња.⁷ Углавном је пропорционалност сагледавана у оквиру заштите извршног дужника, која све више губи на значају.⁸ Сагласно установљеној пракси Европског суда за људска права и Уставног суда Републике Србије, принцип пропорционалности у предузимању мера одузимања и ограничења стеченог имовинског права (међу којима и привремених мера обезбеђења) подразумева одређивање тих мера под условом легалитета, ради остварења легитимног циља, уколико је предузета мера подобна да оствари оправдани

привремене мере извршни дужник осујетити или знатно отежати наплату потраживања тиме што ће своју имовину или средства отуђити, прикрити или на други начин њима располагати (ЗИО, чл. 449, ст. 2.). Да би се одредила привремена мера за обезбеђење неовчаног потраживања, извршни поверилац, осим вероватноће постојања потраживања, мора учинити вероватним и да би без привремене мере испуњење његовог потраживања било осујећено или знатно отежано или да ће бити употребљена сила или настати ненадокнадива штета (нови ЗИО, чл. 449, ст. 3.). Суд разматра и утврђује само чињенице које су странке изнеле и изводи доказе које су странке предложиле, изузев кад се примењује принудни пропис (ЗИО, чл. 260, ст. 2.; нови ЗИО, чл. 424, ст. 2.).

- 5 Претерана опрезност суда у том погледу не погодује остваривању сврхе овог правног института у пракси, посебно ако се има у виду да је извршни дужник заштићен законским одредбама о јемству и накнади штете.
- 6 Правично одмеравање правног и фактичког положаја обе странке, као и њихових легитимних интереса, налаже и међународно признат принцип пропорционалности у одлучивању по предлогу за одређивање привремене мере (*ALI / UNIDROIT* Принципи транснационалног грађанског поступка, чл. 8.1.).
- 7 Никола Бодирого, „Начело пропорционалности у Закону о извршењу и обезбеђењу“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2014, 388.
- 8 Н. Бодирого, 388.

циљ и уколико постоји правична сразмера између циља и средства којим се он остварује.⁹

Сматрамо да није у духу начела пропорционалности и сврхе привремене мере постојећи став судске праксе да суд нема овлашћење да по службеној дужности одреди меру без изјашњења друге стране, већ само на основу предлога тужиоца.¹⁰ Посебно, ако се има у виду да такво ограничење у поступању суда не предвиђају ни упоредно право и пракса, али ни одредбе посебних закона Републике Србије, на које указујемо у даљем излагању.

Општи значај привремених мера у привредним споровима проистиче из напред описаног појма и циља овог правног инструмента, док се посебан значај огледа у остваривању сврхе посебних прописа којима су уређене одређене уже области привредноправних односа. Овде ћемо, примера ради, указати на неке од тих посебних прописа.

Закон о привредним друштвима¹¹ садржи одредбе које суду дају овлашћење да одреди привремену меру у случајевима када је неопходно очувати *status quo* или привремено заштити угрожена права мањинских акционара, чланова или поверилаца друштва. То су следеће привремене мере: 1) привремена мера суспензије права гласа члана друштва чије се искључење тражи, као и других права тог члана друштва или привремена мера увођења принудне управе у друштво, на захтев друштва, ако суд нађе да је то нужно и оправдано ради спречавања настанка штете за друштво (чл. 196, ст. 3.); 2) привремена мера забране извршења, односно регистрације одлуке чије је побијање предмет тужбе, на захтев тужиоца (чл. 377.); 3) привремена мера којом се налаже Централном регистру хартија од вредности да изврши упис привремене забране преноса акција акционара по чијем предлогу је донета одлука о спровођењу посебне, односно ванредне ревизије, на захтев друштва (чл. 458.); 5) привремена мера забране спровођења статусне промене, на захтев друштва, ако суд нађе да је то нужно и оправдано ради обезбеђивања одговарајуће заштите за повериоца који је поднео тужбу (чл. 511.).¹²

9 Н. Бодирога, 387.

10 Вид. Јасмина Стаменковић, „Начело диспозиције и начело официјелности у поступцима по привременим мерама“, *Правни инструктор*, бр. 76/2014.

11 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015.

12 Вид. Стојан Јокић, „Привремене мере у трговинским судовима“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 2/2006; Бранко Станић, „Привремена мера према члану 179. Закона о привредним друштвима: судско суспендовање права гласа члана друштва и других права“, *e-Press*, бр. 257/2007.

Прописи из области интелектуалне својине, такође, садрже одредбе о привременим мерама одузимања или искључења из промета предмета којима се врши повреда, односно мера забране настављања започетих радњи којима би се могла извршити повреда (Закон о ауторском и сродним правима, чл. 210.,¹³ Закон о патентима, чл. 134.,¹⁴ Закон о жиговима, чл. 75.).¹⁵ Дискреција суда у одређивању привремене мере искључена је у случају постојања истоветности жига у смислу чл. 38, ст. 2, тач. 1. Закона о жиговима, тиме што је у чл. 75, ст. 2. закона прописано да, у наведеном случају, суд обавезно одређује привремену меру одузимања или искључења из промета предмета којима се врши повреда, средстава за производњу тих предмета, односно меру забране настављања започетих радњи којима се врши или би се могла извршити повреда. Према одредбама чл. 75, ст. 3. Закона о жиговима и чл. 134, ст. 3. Закона о патентима, одређивање привремене мере без претходног изјашњења туженог (*ex parte*) је у домену диспозиције и дискреционог овлашћења суда, а није условљено формалним захтевом предлагача (тужиоца). За *ex parte* одлучивање по предлогу за одређивање привремене мере довољна је, наиме, оцена суда да постоји опасност од настанка ненадокнадиве штете.

Законом о јавном информисању и медијима је, такође, искључена дискреција суда у одређивању привремене мере којом ће, на предлог издавача медија, обавезати лице које се бави дистрибуцијом медија да до правноснажног окончања поступка настави да обавља дистрибуцију тог медија (чл. 58, ст. 5.).¹⁶ Основ изрицања привремене мере је повреда забране из чл. 58, ст. 1. наведеног закона, којим је прописано да лице које се бави дистрибуцијом медија не сме да одбије дистрибуцију медија примењујући неједнаке услове дистрибуције у односу на различите учеснике на медијском тржишту, као ни на други начин значајно ограничавати, нарушавати или спречавати конкуренцију на релевантном медијском тржишту. Проистиче да је оцена суда ограничена само на испитивање постојања условљавања дистрибуције супротно тржишним принципима. Уколико је одговор на ово питање позитиван (у случају постојања повреде забране), суд је дужан да успостави претходно фактичко стање (*status quo*), тако што ће обавезати дистрибутера да настави да обавља дистрибуцију предметног медија, све до прав-

13 Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016.

14 Закон о патентима, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011.

15 Закон о жиговима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009 и 10/2013.

16 Закон о јавном информисању и медијима, *Службени гласник РС*, бр. 83/14. Претходно: Закон о јавном информисању, *Службени гласник РС*, бр. 43/03, 61/05, 71/09, 89/10-УС, чл. 16, ст. 5.

носнажног окончања парничног поступка по тужби издавача медија против дистрибутера за утврђивање повреде и накнаду штете.¹⁷

III Привремене мере у упоредном праву

1. Немачка

Општи режим привремених мера у немачком правном систему уређен је Закоником о грађанском поступку.¹⁸ Најчешће, привремене мере се одређују ради прекида и даљег спречавања повреде неког права, када разлици хитности налажу да се успостави претходно фактичко или правно стање ствари (до окончања парничног или другог поступка за утврђивање и заштиту потраживања или права). Проистиче да је циљ привремених мера да се физичком или правном лицу забрани одређено чињење којим се врши повреда туђих права или на закону заснованог легитимног интереса. Ова врста привремених мера има значајну улогу у различитим правним областима, као што су: опште грађанско право, патентно право, управно (јавно) право, привредно право.¹⁹ Поред општег правног режима, посебним прописима су – по принципу *lex specialis-a* – предвиђени услови, врсте и поступак за одређивање привремених мера ради заштите права и интереса правних субјеката. У том смислу, од посебне важности су привремене мере које се одређују у области радног права, јавних набавки, патентног права, права конкуренције (ради спречавања злоупотребе доминантног положаја на тржишту), као и трговинског права (ради обуставе и даљег спречавања нелојалне пословне праксе). Поред забране чињења и уздржавања, циљ привремене мере изузетно је и одређено чињење, као у случају злоупотребе доминантног положаја на тржишту неоправданим ускраћивањем права на при-

17 Решење Привредног суда у Нишу 7 П 1214/13 од 16.10.2013. године. У одлуци је исказан став да се јавним гласилима која се дистрибуирају на некомерцијалној основи може ускратити дистрибуција само из разлога који су једнаки за сва гласила у тој групи, а који се примењују на недискриминаторски начин, као и да је дистрибутер дужан да одлуку о претежности комерцијалних и техничких разлога за обуставу дистрибуције над општим интересом јавности препусти надлежном РАТЕЛ-у, у складу са чл. 101. Закона о електронским комуникацијама, односно да је мишљење о оправданости разлога за обуставу дистрибуције јавног гласила требало да затражи од ове Агенције. Дистрибутер није поступио на наведени начин, те је суд усвојио предлог јавног гласила за одређивање привремене мере, којом је наложио дистрибутеру да настави да обавља дистрибуцију јавног гласила до правноснажног окончања парничног поступка по тужби гласила против дистрибутера за накнаду штете.

18 Немачки Законик о грађанском поступку из 2005. године, са последњим изменама из 2016. године (*Zivilprozessordnung* -ZPO), чл. 935-945.

19 Dr Niklas Conrad, Rechtsanwalt / senior associate in the Berlin office of Olswang LLP, доступно на адреси: www.olswang.com, 05.03.2016, 14.

ступ мрежи или ресурсима конкуренту или потенцијалном конкуренту (одбијањем да се закључи уговор).²⁰

Наведеним привременим мерама забране чињења и уздржавања (и само изузетно чињења) се, пре свега, обезбеђује *status quo* фактичке и правне ситуације, чиме се успоставља нарушена равнотежа правног положаја предлагача мере и противника предлагача и не задире непосредно и радикално у њихова имовинска права.²¹ У случају непоступања по привременој мери, суд може изрећи новчану казну, а ако она не буде плаћена, може наредити привођење и задржавање странке због непоштовања суда.²²

Приликом одлучивања о предлогу за одређивање привремене мере, суд самостално и на основу дискреционе оцене одређује меру која ће, по његовој процени, најбоље допринети остваривању одређеног циља.²³ Привремена мера се може састојати од привременог одузимања имовине (секвестрације), налога да се предузме нека радња, забране предузимања радње (посебно, забране продаје, стављања терета или залоге на непокретности, регистрованом броду, или броду у изградњи).²⁴ Посебном одредбом у чл. 940. немачког Законика прописана је привремена мера заштите, тј. очувања постојећег фактичког и правног статуса странака у вези са правним односом из кога је проистекао спор, нарочито, када је реч о трајном правном (пословном) односу. Прихватање јемства

20 *Ibid.*

21 ZPO, чл. 940.

22 *Ibid.*, ad 19. Нови српски ЗИО не прописује сличне мере принуде од стране суда, за случај непоштовања привремене мере. Према чл. 422, ст. 1. ЗИО, решење о обезбеђењу има дејство решења о извршењу и извршава се пре његове правноснажности; сходно ст. 4. истог члана, претходну и привремену меру извршава јавни извршитељ (према сада важећем ЗИО, привремену меру спроводи суд или извршитељ, а решење којим се одређује привремена мера има дејство правноснажног решења о извршењу – чл. 285.). Одредбом чл. 297, ст. 4. сада важећег ЗИО предвиђено је да ће се извршни дужник, односно треће лице коме је издата забрана или налог из ст. 1, тач. 1-4 овог члана (међу којима и забрана извршном дужнику да предузима радње које могу нанети штету извршном повериоцу), који не поступи по забрани, односно налогу, казнити у складу са чл. 51. овог закона (изрицањем новчане казне у износу од 10.000 до 200.000 динара за физичко лице и од 100.000 до 2.000.000 динара за правно лице, уз могућност поновљеног изрицања новчане казне у повећаном износу све док лице не поступи у складу са одлуком суда. Сходно чл. 51, ст. 4. и 8. ЗИО, новчану казну изриче судија решењем, на предлог странака, извршитеља или по службеној дужности, а наплаћује је суд по службеној дужности, одмах по протеклу рока за добровољно плаћање. Нови ЗИО не садржи одредбу о новчаном кажњавању због непоштовања забране.

23 ZPO, чл. 938 (1).

24 ZPO, чл. 938 (2).

уместо привремене мере само је изузетно дозвољено, у случају постојања посебних околности (чл. 939).

Као и у већини других правних система, немачко право предвиђа могућност одређивања привремене мере без изјашњења друге стране (лат. *ex parte*), када то налажу посебни разлози хитности, и то у року од једног до два месеца након наступања догађаја који је повод за привремену заштиту. Потреба за *ex parte* одређивање привремене мере постоји, нарочито, у ситуацијама када би саслушање друге стране обесмислило или озбиљно довело у питање остваривање сврхе привремене мере.²⁵

2. Француска

Општи режим привремених мера у Француској уређен је Закоником о грађанском поступку.²⁶ Надлежност за одређивање привремених мера имају привредни судови и судови опште надлежности.²⁷ Неопходно је да постоји хитност предузимања мера у циљу избегавања непосредне опасности од настанка штете или у циљу спречавања очигледног и противправног сметања и угрожавања права. Судовима је омогућена значајна дискреција у оцени постојања наведених општих услова за одређивање мере забране или враћања ствари у претходно стање. Посебно су привремене мере заступљене у области радноправних односа, а право на покретање поступка обезбеђења права из радног односа имају практично сви субјекти радног права: послодавци, запослени, синдикати и представници запослених.²⁸ Такође, омогућено је изрицање привремене мере и без изјашњења супротне стране (*ex parte*), када за то постоје оправдани разлози, као на пример у поступку издавања налога за плаћање (фр. *l'injonction de payer*).²⁹ Предлог за издавање налога за плаћање може се поднети када је новчано потраживање у одређеном износу засновано на уговору, или када произилази из неке законске обавезе у утврђеном износу; сматраће се да је износ уговореног потраживања одређен, ако је утврђен уговорним одредбама, укључујући и одредбе о казним

25 *Ibid*, ad 19.

26 Нови француски Законик о грађанском поступку из 1976. године, са последњим изменама из 2005. године (*Code de procédure civile*), чл. 1405-1425, 1425-1 - 1425-9.

27 Законик, чл. 1406; Geraldine Roch, Karine Audouze, partners in the Paris office of Olswang LLP, доступно на адреси: www.olswang.com, 05.03.2016, 13.

28 *Ibid*.

29 Поступак издавања платног налога је уређен одредбама чл. 1405-1425 француског Законика о грађанском поступку. Српски ЗИО не препознаје платни налог као привремену меру, већ је поступак издавања платног налога уређен посебним одредбама Главе XXXII Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, чл. 455-466.

пеналима (чл. 1405, тач. 1.). Такође, издавање платног налога може се тражити и када новчана обавеза проистиче из потписаног, односно прихваћеног чека и менице (чл. 1405, тач. 2.).

3. Европска унија

Право Европске уније (ЕУ) уређује питања надлежности, признања и извршења судских одлука у грађанским и трговачким стварима, са циљем спречавања истовремене надлежности судова различитих држава чланица, постизања ефикасне узајамне правне помоћи и извршавања судских одлука на територији ЕУ.

У садашњем тренутку постоји дуалитет правних извора који уређују наведену област. Тако се на судске поступке започете до 10.01.2015. године примењује Уредба (ЕЗ) бр. 44/2001 од 22. децембра 2000. године о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима.³⁰ На поступке, започете након 10.01.2015. године примењује се Уредба (ЕУ) бр. 1215/2012 Европског парламента и Савета од 12.12.2012. године о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима (преиначена).³¹ Предмет разматрања у овом делу рада ће, пре свега, бити одредбе Уредбе из 2012. године – у даљем тексту: „Уредба 2012“.

Судском одлуком (енг. *judgment*), у смислу Уредбе 2012, сматрају се и одлуке о одређивању привремених и других мера заштите (енг. *provisional, including protective, measures*), донете од стране суда који има надлежност за решавање главне ствари (сагласно правилима Уредбе). То не укључује судске одлуке о одређивању привремене мере и друге мере заштите које су донете без достављања предлога и изјашњења друге стране, осим када су исте достављене противнику предлагача пре покретања поступка извршења.³² Сходно уводним напоменама Уредбе 2012 (рец. 33), *ex parte* привремене мере не могу бити признате и извршене према одредбама Уредбе на територији других држава чланица (осим када су противнику предлагача достављене пре покретања поступка извршења). Такође, ако је одлуку о привременој мери донео суд који нема надлежност за решавање главне ствари према од-

30 *The Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 Decembre 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 12, 16.1.2001, 1.

31 *The Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351, 20.12.2012, 1.

32 Уредба 2012, чл. 2(а), пар. 2.

редбама ове Уредбе, ефекти такве привремене мере ограничавају се само на територију државе чланице у којој је мера донета.

Одредбом чл. 35. Уредбе 2012 прописано је да предлог за одређивање привремених и других мера заштите може да се поднесе судовима државе чланице, ако је таква могућност предвиђена законима те државе, чак и када судови друге државе чланице имају надлежност за решавање главне ствари.³³ Сагласно рециталу 33 (уводних напомена Уредбе), привремена мера донета у држави чланици, чији судови немају надлежност за решавање главне ствари, није извршива у другим чланицама ЕУ (већ само на територији државе у којој је донета).³⁴

Такође, као што је наведено, ни привремена мера која је донета у држави чланици, чији судови имају надлежност за суђење у главној ствари, неће бити извршива у другим чланицама, ако је донета у *ex parte* поступку (без достављања и изјашњења друге стране) – осим када је достављање одлуке о одређивању привремене мере извршено противнику предлагача пре покретања поступка извршења.

С друге стране, привремена мера (одређена од стране суда државе чланице који је истовремено надлежан за решавање главне ствари) извршива је на територији било које друге државе чланице у којој се налази имовина дужника. Према чл. 42, ст. 2. Уредбе 2012, подносилац предлога за извршење привремене мере доставља надлежном органу државе извршења: (а) копију одлуке која задовољава услове неопходне за потврду њене аутентичности; (б) потврду издату према чл. 53, која садржи опис мере и потврђује да је привремену меру донео суд који је надлежан за решавање главне ствари, као и да је одлука извршна на територији државе чланице порекла; (в) доказ о извршеном достављању одлуке дужнику, када је привремена мера одређена без обавештавања и саслушања дужника.

Процес хармонизације процесних правила држава чланица у области привремених мера започет је усвајањем Уредбе (ЕУ) бр. 655/2014 Европског парламента и Савета од 15.05.2014. године о увођењу Европског налога забране располагања средствима на рачуну у циљу поједностављења прекограничне наплате потраживања у грађанским и трговач-

33 Исто је прописано и Уредбом 2001, у чл. 31.

34 Ова одредба ограничава дејство привремене мере забране располагања имовином дужника, одређене од стране судова у Енглеској или Ирској (тзв. „Марева“ забрана, енг. *Mareva injunction*, сада *freezing order*) – која (према енглеском Законнику о процесним правилима, енг. *Code of Procedural Rules*) делује на свим територијама на којима се налази имовина дужника (укључујући и територије страних држава).

ким стварима (у даљем тексту: „Европски налог“ - ЕН).³⁵ Уредба ће бити у примени од 18.01.2017. године.³⁶ Издавање Европског налога је могуће само у тзв. прекограничним случајевима. Наиме, када суд који одређује ЕН има седиште у једној држави чланици, док је банковни рачун дужника отворен у другој држави чланици, или када поверилац има пребивалиште или седиште у једној држави чланици, док се суд и банковни рачун налазе у другој држави чланици (рец. 10, пар. 1, чл. 3.).³⁷

IV Привремене мере у међународном праву

Међународни правни извори у области привремених мера у споровима са међународним елементом (општи грађански и трговачки / привредни) имају дејство препоручених правила правичног поступка, заснованих на уопштеним резултатима упоредноправне анализе, која би требало да допринесу формалној хармонизацији процесних правила у будућности.

Општи услови привременог обезбеђења потраживања у међународним споровима опредељени су у заједничком правном извору Института Уједињених нација за међународно право (*UNIDROIT*) и Америчког правног института (*American Law Institute*), под називом *Принципи транснационалног грађанског поступка* из 1999. године.³⁸ Сагласно чл. 8. Принципа, суд може одобрити привремену заштиту када је то неопходно да се очува могућност ефективног дејства правноснажне пресуде или да се одржи или на други начин уреди *status quo*; привремене мере се одређују применом принципа пропорционалности (чл. 8.1); суд може одредити привремену заштиту и без обавештавања друге стране, само када то налажу разлози хитности и правичности; предлагач има дужност да потпуно изложи чињенично и

35 *Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters*, OJ L 189, 27.6.2014, 59.

36 Уз изузетак чл. 50. Уредбе, који ће бити у примени од 18.07.2016. године, а односи се на обавезу држава чланица да доставе Комисији ЕУ податке о судовима који су надлежни да одређују привремене мере, органу надлежном за достављање података о рачунима дужника и др. податке наведене у чл. 50.

37 У случају када поверилац подноси предлог за издавање ЕН у држави чланици у којој има седиште и истовремено у односу на банковне рачуне у тој држави и другим државама чланицама – није могуће издавање јединственог ЕН – већ је поверилац дужан да за рачуне у држави којој има седиште поднесе предлог за одређивање привремене мере према прописима државе чланице, а у односу на рачуне у другим државама може поднети предлог за издавање ЕН (рец. 10, пар. 2.).

38 UNIDROIT/American Law Institute's *Principles of Transnational Civil Procedure*, 1999.

правно стање, а суд да тако изложено стање ствари потпуно и савесно оце-ни; лице против кога је привремена мера донета *ex parte* мора имати могућ-ност да се, у најранијој могућој фази поступка, изјасни у погледу основано-сти привремене мере (чл. 8.2); предлагач привремене мере би, по редовном току ствари, требало да буде одговоран за накнаду штете лицу према против кога је одређена привремена мера, ако суд накнадно утврди да иста није тре-бало да буде одобрена; у одређеним случајевима, суд мора захтевати од предлагача привремене мере да положи јемство или да се формално обаве-же да ће накнадити штету противнику (чл. 8.3).³⁹

Полазећи од ових основних принципа, Европски правни институт и Институт Уједињених нација за међународно право (Радна група о привре-меним и заштитним мерама) објавили су новембра 2014. године први Изве-штај о даљим правцима анализе и изради регионалних (европских) правила у овој области.⁴⁰ Предлог Радне групе је упоредна анализа следећих врста привремених и других мера заштите (обезбеђења) потраживања која су предмет расправљања у поступку о главној ствари: 1) мере којима се обезбе-ђује новчани интерес (забрана располагања на рачуну, заложно право на имовини дужника); 2) мере којима се обезбеђује неновчани интерес (наред-ба да се нешто учини или не учини, привремено утврђење тј. решавање спорног односа, наредба да се положи јемство); 3) мере којима се штити предмет спора на који обе странке полажу право (наредба да се ствар пове-ри на чување трећем лицу, наредба да се ствар повери на чување једној од странака уз претходно полагање јемства, наредба којом се омогућава да ствар / имовина остварује приходе за време трајања поступка); 4) мере који-ма се штити вредност права (наредба за продају кварљиве робе); 5) мере ко-јима се спречава наступање даље штете (наредба за објављивање у средстви-ма јавног информисања); 6) мере којима се обезбеђују докази који ће бити употребљени у поступку о главној ствари (прибављање доказа који би мо-гли да нестану пре суђења, саслушање сведока који неће моћи да се саслуша у даљем току поступка); 7) прибављање података о имовини дужника (на-редба за достављање изјаве о имовини).⁴¹

Поред наведеног, значајни правни извор у области грађанских и тр-говачких парничних поступака са страним елементом представљају и тзв. Хелсиншки принципи из 1996. године (Принципи о привременим и за-

39 Прев. аутор.

40 Unidroit / ELI 2014, Study LXXVIA – Doc. 1, Working Group on Provisional and Protective Measures, First Report, November 2014, *Working Paper no 1: Identifying the Subject Matter*.

41 *Ibid*, стр. 5-8.

штитним мерама у међународним парницама), донети од стране Удружења за међународно право.⁴² Према чл. 17.1 Принципа, суд може одредити привремену меру тако да забрани или наложи понашање било ког лица које подлеже надлежности суда, у складу са правом државе суда и међународним конвенцијама, када је то неопходно да се сачува *status quo* или да се спречи ненадокнадива штета за време трајања парнице; обим заштите привременом мером одређен је принципом пропорционалности. Одредба чл. 17.1.1 дозвољава могућност *ex parte* одређивања привремене мере у веома хитним случајевима; према чл. 17.1.3, предлагач је одговоран за штету противнику ако се накнадно утврди да је привремена мера погрешно одређена; одлука о привременој мери може бити условљена полагањем јества (чл. 17.1.4). Сагласно чл. 17.3, признање и извршење привремене мере одређују правила државе у којој се налази имовина дужника.⁴³

У Привремене мере и арбитража

Арбитражно решавање привредних спорова могуће је само на основу споразума странака, при чему спор за који је уговорена арбитража решава арбитражни суд, који чине арбитраи.⁴⁴ Арбитража се може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је уговорена искључива надлежност суда.⁴⁵ Надлежност арбитражног суда за одређивање привремене мере одређена је у чл. 31. Закона о арбитражи, осим ако се странке нису друкчије споразумеле; у случају да арбитражни суд одреди привремену меру, на предлог једне странке, може истовремено да одреди да противна страна положи одговарајуће јемство. Према чл. 7. Закона, државни суд (у даљем тексту: суд) може, у вези арбитраже, да предузима само оне радње које су изричито одређене овим законом. Чланом 15. Закона прописано је да, пре покретања арбитражног поступка или у току поступка, свака странка може да поднесе суду захтев за доношење привремених мера, а суд може да одреди такве мере, чак и када се споразум о арбитражи односи на арбитражу чије је место у другој држави. Одредбе овог закона, чију примену странке не могу искључити, морају се поштовати када је место

42 International Law Association – ILA, *Principles on provisional and protective measures in international litigation (Helsinki Principles)*, 1996.

43 Dr Xandra E. Kramer (Erasmus University Rotterdam, The Netherlands), „Harmonisation of Provisional and Protective Measures in Europe“, *Procedural Laws in Europe Towards Harmonisation* (ed. M. Storme), 305-319.

44 Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 4.

45 Закон о арбитражи, чл. 5.

арбитраже у Републици Србији, док у случају међународне арбитраже странке могу предвидети и друкчија правила (чл. 2). Према врсти спора, разликују се унутрашња арбитража (поводом спора без страног елемента) и међународна арбитража (поводом спора из међународних пословних односа, а нарочито под условима предвиђеним у чл. 3. Закона).

Наведена одредба чл. 15. о надлежности суда за одређивање привремених мера обезбеђења права странака из спора за чије је решавање уговорена арбитража – по предлогу странке који може бити упућен суду пре или у току арбитражног поступка – усаглашена је са релевантним међународним правним изворима у области арбитражног решавања спорова. Овде, пре свега, мислимо на чл. 17 Ј УНЦИТРАЛ Модел закона о међународној трговачкој арбитражи из 1985. године (са изменама из 2006. године) – „Модел закон“, којим је судовима дато пуно овлашћење да одлучују о предлозима странака за одређивање привремене мере у вези са арбитражним поступком, независно од тога да ли је место арбитраже на територији државе суда. Суд ће одлучивати о привременој мери поводом арбитражног поступка, као да је реч о привременој мери поводом судског поступка, применом сопствених процесних правила и узимањем у обзир специфичности међународне арбитраже.⁴⁶ Члан 17 Ј Модел закона додат је 2006. године, у циљу отклањања сваке недоумице у погледу основа и обима надлежности суда да поступа по предлогу странке за одређивање привремене мере поводом спора за чије је решавање уговорена страна арбитража.⁴⁷ Наведени принцип пуне надлежности суда сагласан је општеприхваћеном правилу унутрашњег права да се привремена мера може поднети суду на чијем се подручју налази имовина дужника, чак и када тај суд нема надлежност за решавање о главној ствари. Циљ обе правне норме је правично и ефикасно задовољење легитимног интереса странке за очување фактичке и правне ситуације или обезбеђење потраживања другом одговарајућом мером, све до окончања поступка о главној ствари (арбитражног или судског).

При одлучивању о предлогу странке за одређивање привремене мере у вези са арбитражом, судови треба да имају свест о значају и ефектима предузетих радњи. Тачније, требало би да примењују стандарде од-

46 The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, из 1985. године, *Official Records of the General Assembly, Fortieth Session, Supplement No. 17 (A/40/17)*, са изменама из 2006. године, *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 17 (A/61/17)*, чл. 17 Ј.

47 UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, United States, New York, 2012, 94-95.

ређивања привремене мере према домаћем закону, уз посебно уважавање специфичности међународне арбитраже (чл. 17 Ј Модел закона). Истовремено, требало би да воде рачуна да равнотежу у односу са арбитражом (унутрашњом или међународном) не поремете применом мере која би могла да прејудуцира одлуку арбитраже или да на други начин спречи арбитражу да ефективно одлучује о стварима из своје надлежности. То се, нарочито, односи на могућност одређивања мере привременог уређења спорног односа (чл. 460, тач. 7. новог ЗИО).

Пример добре судске праксе у примени принципа пропорционалности и равнотеже у односу на арбитражу представља одлука донета у предмету *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction* – по предлогу инвеститора и будућег оператера железничког тунела испод Ламанша (*Channel Tunnel, Eurotunnel*), поднетом 1991. године енглеском суду против конзорцијума француских и енглеских компанија, као извођача (*Trans-Manche Link, TML*), ради одређивања привремене мере којом би суд наложио извођачу да настави уговорене радове на систему за хлађење (извођач је претио да ће ове радове обуставити због неуредног испуњавања обавезе плаћања од стране инвеститора). Енглески Дом лордова је преиначио одлуке првостепеног и другостепеног суда, тако што је одбио предлог за одређивање привремене мере. У образложењу је наведено да је енглески суд надлежан за одлучивање по предлогу, али да привремена мера није примерена у предметном случају, јер би прејудуцирала арбитражну одлуку и спречила ефективно деловање арбитраже у оквирима надлежности које су јој странке повериле арбитражним споразумом.⁴⁸

VI Закључак

Привремене мере обезбеђења су веома значајан и често неопходан инструмент заштите права и легитимних интереса странака, од чије примене неретко зависи и коначни исход парнице у привредним споровима.

Приказ домаћег, упоредног и међународног права и праксе у овој области потврђује да Република Србија има савремени правни режим привремених мера (уз одређене примедбе, на које је у раду указано), али да је исти праћен неадекватном применом у пракси.

48 Наведено према: Hon. J. Edgar Sexton, „Caught between Arbitrators and the Courts: Interim Measures in U.S. International Arbitration“, *Canadian Arbitration and Mediation Journal*, 2012, 36-38.

Посебну опасност од обесмишљавања правне норме и њеног циља у поступку обезбеђења потраживања привременом мером представљају, нарочито, следећи проблеми уочени у пракси привредних судова:

- неправилна примена принципа пропорционалности, занемаривањем основног циља привремене мере (заштита интереса повериоца, а не дужника);
- инсистирање да се одлука о одређивању привремене мере без са слушања друге стране може донети само ако предлагач то и формално нагласи у предлогу;
- упуштање другостепеног суда (у поступку одлучивања по жалби противника предлагача на решење о одређивању привремене мере) у правну оцену допуштености тужбе и примене материјалног права, чиме се прејудицира исход парничног поступка и преузима надлежност првостепеног суда.

Vanja SERJEVIĆ, PhD
Commercial Court of Niš

THE IMPORTANCE OF PROVISIONAL MEASURES IN COMMERCIAL LITIGATION

Summary

The paper's subject is focused on the preliminary measures, as a legal mechanism for interim protection of the creditor's claim, lasting usually until the finality of the litigation. The intention of the author is to highlight the importance that such measures have in the preservation of the factual and / or legal status quo and of the balance between the parties' standings during the trial. Maintenance of that balance is often determinant of the outcome of the trial – enabling or facilitating its main objective, which is effective and equitable satisfaction of the rights and legitimate interests of the claimant.

Key words: *preliminary measures, commercial litigation, creditor's claim, protection, court, arbitration.*